



Net: 1-10-10

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 005
LOGROÑO

BRETON DE LOS HERREROS 5-7

Número de Identificación Único: _____
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Sobre PROCEDIMIENTO ORDINARIO
De D/ña. _____
Procurador/a Sr/a. _____
Contra D/ña. BANKINTER, S.A. BANKINTER, S.A.

SENTENCIA Nº

En la ciudad de Logroño, a 29 de Septiembre de 2010

Doña María del Puy Aramendía Ojer, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Logroño y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario en reclamación de cantidad _____, seguidos en este Juzgado, a instancia de _____, representada por el Procurador _____ y defendida por el Letrado _____; contra Bankinter S.A., representada por el Procurador _____ y defendida por el _____; en nombre de S.M. El REY, pronuncio la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Repartido a este Juzgado escrito de demanda formulada por el Procurador Sra. _____ se basa en los hechos y derechos expuestos y termina suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de los contratos de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros" suscritos con la demandada, condenando a la demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO: Se admitió a trámite la demanda y se emplazó en legal forma a la demandada, que comparece y contesta oponiéndose a la demanda por los hechos y derechos expuestos en el escrito de contestación y suplica al Juzgado se dicte sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO: Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio, se celebró en el día y hora señalados, a la que comparecieron actora y demandada, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Desestimada la excepción alegada por la parte demandada de defecto legal en el modo de proponer la demanda, las partes personadas fijaron los hechos controvertidos y propusieron las pruebas que estimaron oportunas, señalándose para la celebración del juicio el 12 de Mayo de 2010 a las 10,15 horas.

CUARTO: Al acto del juicio, que se celebró en el día y hora señalados, comparecieron las partes personadas, practicándose las pruebas propuestas y admitidas de interrogatorio de las partes, y testifical, con el resultado que obra en autos, al que quedaron en su momento procesal incorporados los documentos aportados, e informando las partes a través de sus Letrados lo conducente en defensa de sus pretensiones tras la práctica de las pruebas, quedaron los autos para dictar sentencia.

QUINTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por notoria acumulación de asuntos civiles en este Juzgado.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Con las pruebas practicadas en el juicio ha quedado debidamente acreditado que don _____, en su condición de administrador único de las mercantiles _____, y en representación de dichas sociedades, suscribió con la entidad Bankinter S.A., los contratos que a continuación se refieren:

_____, en su condición de administrador único de la mercantil _____, y en representación de dicha sociedad, suscribió con la entidad Bankinter S.A. en fecha 25 de Abril de 2003, un contrato de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

en fecha 25 de Abril de 2005, un contrato de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", denominado Clip Bankinter 4, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

en fecha 6 de Mayo de 2008, un contrato de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", denominado Clip Bankinter Flexiplus 5, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

y en fecha 24 de Abril de 2002 había suscrito una póliza de crédito para el descuento de efectos de comercio y otras operaciones, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

_____, en su condición de administrador único de la mercantil _____, en representación de dicha sociedad, suscribió con la entidad Bankinter S.A. en fecha 25 de Abril de 2003, un contrato de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

en fecha 25 de Abril de 2005, un contrato de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", denominado Clip Bankinter 4, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

en fecha 7 de Mayo de 2008, un contrato de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", denominado Clip Bankinter Flexiplus 5, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

y en fecha 5 de Febrero de 2001 había suscrito una póliza de crédito para el descuento de efectos de comercio y otras operaciones, en las condiciones consignadas en el referido contrato, aportado a los autos, cuyo contenido se da por reproducido;

SEGUNDO: La entidad Bankinter S.A. fue practicando las liquidaciones trimestrales del contrato Clip Bankinter 4 suscrito por la mercantil

Sociedad Limitada, en la cuenta de dicha mercantil, según se acredita con los recibos bancarios aportados a los autos, hasta su cancelación anticipada a solicitud de la misma mercantil, con efectos de fecha 6 de Mayo de 2006, resultando todas las liquidaciones con saldo a favor de Sociedad Limitada, por un importe total de

1162,91 euros, salvo una de las liquidaciones, con resultado negativo para el cliente, en la suma de 19,32 euros. Tras la cancelación anticipada de dicho contrato, que originó una liquidación a favor del cliente de 261,97 euros, la entidad Bankinter S.A. fue practicando las liquidaciones trimestrales del contrato Clip Bankinter Flexiplus 5, suscrito por la mercantil

Sociedad Limitada en sustitución del anterior, en la cuenta de dicha mercantil, según se acredita con los recibos bancarios aportados a los autos, resultando las dos liquidaciones practicadas con saldo a favor de

Sociedad Limitada, por importe total de 120,29 euros.

TERCERO: En fecha 4 de Febrero de 2009 la entidad Bankinter S.A. procedió a la cancelación anticipada del contrato Clip Bankinter Flexiplus 5, suscrito por la mercantil _____ practicando una liquidación de 3586,88 euros a favor de la entidad bancaria.

CUARTO: Mediante burofax de fecha 6 de Febrero de 2009, aportado a los autos, Bankinter S.A. comunicó a Sociedad Limitada, el vencimiento de la póliza de crédito para el descuento de efectos de comercio y otras operaciones suscrita

en fecha 24 de Abril de 2002 con un adeudo a dicha fecha de 3586,88 euros, que según resulta de la hoja de consulta de movimientos de la cuenta aportada a los autos, procede del traspaso de la cuenta de cargos y abonos del contrato Clip Bankinter Flexiplus 5.

En autos de ejecución de título judicial nº 134/2002 seguidos en este juzgado, por Auto de fecha 16 de Junio de 2002, aportado a los autos, se acordó despachar ejecución a instancia de Bankinter S.A. contra Sociedad Limitada por importe de 3587,36 euros de principal, correspondientes 3586,88 euros, al traspaso de la cuenta de cargos y abonos del contrato Clip Bankinter Flexiplus 5, siendo el título ejecutado la póliza de crédito para el descuento de efectos de comercio y otras operaciones suscrita en fecha 24 de Abril de 2002, conforme a la liquidación practicada intervenida por notario.

QUINTO: Resulta del contenido de los contratos cuya nulidad insta la parte actora, que tales contratos son los denominados de permuta financiera, o de cobertura de tipos de interés, en los términos en que se definen entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de Junio de 2010: "Se trata de un swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación - 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". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 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, o 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. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica. Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, 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. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nacional, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, 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 artículo 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

4, fueron a la empresa a ofrecerlo porque era ventajoso, que había liquidaciones trimestrales a favor y en contra, que imagina que intervendría el asesor, porque al asesor se le enseñan las cosas y se le consultan, que dijo que el clausulado era espeso pero no desaconsejó sus suscripción, que asumieron la liquidación negativa del año 2006, asumían había variaciones y que el resultado podía ser positivo o negativo, que fue un comercial a la empresa ofreciendo cancelar el anterior clip 4 y suscribir otro nuevo de condiciones similares, y lo firmó el gerente de la empresa, señor _____ que es quien toma siempre las decisiones, que el gerente tiene una notable experiencia profesional en la gestión empresarial, que sus empresas trabajan con varias entidades bancarias, que el señor _____ decidió cancelar el clip 4 y suscribir el clip 5, que cree que se pagó algo por la cancelación.

La testigo doña Salén Rodríguez Fernández, empleada de Bankinter S.A., declara que los contratos clip es una cobertura de tipos de interés, que se dirige a clientes con endeudamiento, que el cliente y solo el cliente puede llevar a cabo una cancelación anticipada en cualquier momento, que será positiva o negativa en función del Euribor, que no sabe nada de la relación concreta objeto de autos, ni de las circunstancias de la firma del contrato, ni de la resolución por parte de Bankinter, ni de la causa de la resolución, ni de la notificación al cliente.

Correspondiendo a la entidad bancaria demandada la carga de la prueba de la información suficiente al cliente previa a que por éste se tome la decisión de contratar, bien pudo proponer la declaración testifical del comercial que acudió a la empresa _____ a ofrecer el producto bancario clip 5, y a explicar la información en su caso facilitada al cliente. No es suficiente en orden a acreditar que el cliente fue suficientemente informado de los productos bancarios que contrataba, la documental aportada a los autos por la demandada, documentos 9 a 11, páginas web de publicidad de los clips, que no consta se entregaran y se explicaran específicamente al señor _____. Tampoco resulta de la testifical practicada que don _____ fuera asesorado por don _____ específica y adecuadamente en orden a la suscripción del clip 5. Y el señor _____ es un experto gestor de sus negocios de trabajos en inoxidable, pero no es un experto financiero; siendo de aplicación los razonamientos de la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de Abril de 2010: "A la vista de la fecha de concertación de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, de 19-4-2007 y 7-5-2007 (éste objeto de posterior actualización), al supuesto examinado le sería de aplicación la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En relación a la conceptualización de la figura de consumidor, la STS de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 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 quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004). Dado que las demandantes son sociedades limitadas cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición. Siendo, pues, de todo punto acogible la reflexión realizada por la demandada-apelada con ocasión de defender la falta del carácter de "consumidor" en las actoras apelantes, al indicar en su escrito de oposición al recurso de apelación que "resulta claro que los contratos de gestión de riesgos financieros fueron concertados dentro del ámbito de la actividad empresarial de las sociedades demandantes como parte del sistema financiero que se inserta en el proceso de producción o prestación de los servicios que realizan las actoras". Por lo demás, de aplicarse la nueva normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la no concurrencia en las demandantes de la condición de

"consumidor" se ofrecería aún más evidente, al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

SIXTO.- La, en definitiva, no concurrencia en las entidades demandantes de la condición legal de "consumidor", empero no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato. Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cuál los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

SÉPTIMO.- Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual de las clientes demandantes con el Banco demandado, el siguiente paso es analizar si pudo haber sido vulnerada en el supuesto contemplado. De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo 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 éstos últimos se trataría de probar un hecho

negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).... Por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos financieros ofrecidos y suscritos por las demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éstas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "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 poder 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, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En el caso enjuiciado, en la condición general 6 del contrato de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" de fecha 25 de Abril de 2005 expresamente se dice: "el banco podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos: ... El incumplimiento por parte del cliente de cualquiera de las obligaciones contraídas con Bankinter o con terceros.... En los casos descritos en esta cláusula, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución"; en el contrato de "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", Clip Bankinter Flexiplus 5 de fecha 25 de Abril de 2005 no consta cláusula alguna referida a la resolución del contrato. No especifica la referida condición general 6 del contrato de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" qué incumplimientos concretos pueden dar lugar a la resolución del contrato por parte de la entidad bancaria. Y no se alcanza a comprender qué condiciones del mercado se tendrán en cuenta por el banco para efectuar la liquidación. La entidad demandada alega que lo que se repercute al cliente es el coste o perjuicio que la cancelación anticipada ocasiona al banco, y aporta un informe emitido por Valora Consulting S.A., del que resulta que lo que el banco ha repercutido como coste de cancelación es la suma de las futuras liquidaciones que se estima se pueden producir hasta el vencimiento del contrato; pero resulta que no nos encontramos ante un supuesto de cancelación anticipada por parte del cliente, sino de resolución unilateral por parte del banco, desconociéndose cual haya sido el incumplimiento del cliente que haya dado lugar a tal resolución, limitándose la entidad bancaria demandada a alegar el impago de una factura presentada a descuento por la mercantil S.A., sin que de los documentos aportados se acredite incumplimiento alguno por parte de la demandante; y siendo de aplicación en cuanto a la liquidación practicada, los razonamientos contenidos en sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de Junio de 2010: "El precio de mercado es resultado de la oferta y la demanda acorde con la situación de mercado en el momento de la cancelación. Por ello, teniendo en cuenta la situación del mercado en el momento de la cancelación, entiende la entidad que para el

contrato suscrito por las partes, el precio de mercado sería similar al valor de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado que se pueden producir hasta el vencimiento del clip.... En el documento que refleja la liquidación practicada por Bankinter en el presente caso, se señala que "teniendo en cuenta la situación del mercado en el momento de la cancelación, se puede entender que para este Clip el precio del mercado sería similar al valor de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado que se pueden producir hasta el vencimiento del Clip". Es decir, el banco realiza una liquidación anticipada de los trimestres pendientes hasta la fecha de finalización del contrato pactada por las partes, teniendo en cuenta la posible variación que sufran los tipos de interés. Dicha liquidación debe declararse improcedente como solicita la parte actora, pues del tenor de la cláusula litigiosa se desprende que el precio de cancelación es diferente a la liquidación anticipada del producto, que, además se ha practicado en este caso haciendo unos cálculos hipotéticos y no justificados, teniendo en cuenta una variación de tipos de interés que no se ha producido pues se adelanta la liquidación a los vencimientos trimestrales pactados. Esto es, sin tener en cuenta ninguno de los criterios establecidos en la cláusula del contrato. Pero además, no se ha justificado en el caso de autos que se hayan producido gastos como consecuencia de la cancelación anticipada para la entidad bancaria, gastos que en todo caso, el banco podría repercutir o no, pues se contempla dicha posibilidad como facultativa para el banco y no necesaria, pero como se ha dicho, ninguna referencia se hacía a los mismos en el documento de liquidación a que se refiere este procedimiento, por lo que no fueron tenidos en cuenta a la hora de calcularla, limitándose la entidad bancaria a hacer una liquidación anticipada de los vencimientos futuros en base a criterios estimativos, como se ha dicho, adoptados unilateralmente y no justificados,...". La demandada no ha aportado documento alguno que refleje los cálculos efectuados para determinar una liquidación a su favor de 3586,88 euros. La demandante no pudo conocer al momento de suscribir el contrato, las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento, por no estar debidamente explicadas en la condición general sexta, y tal como razona la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de Abril de 2010: "Según el art. 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer 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. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quién ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en tal sentido, SSTs, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006). Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por las demandantes -en quienes concurriría la condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por Ley 47/2007, de 19 de diciembre- así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. Siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada)," en este caso de la resolución contractual, "de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis". Y en el mismo

sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de fecha 15 de Marzo de 2010: " SEGUNDO.- En definitiva, a partir de todo lo expuesto, se atisba un escenario en el que un banco ha vendido a un cliente dedicado al sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado (y desde luego, no especializado en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero) un producto para asegurar riesgos derivados de los movimientos de mercado en relación a su margen de endeudamiento, sin advertir frente a la posibilidad de pérdidas de entidad. Así, tal producto se ha diseñado en un complejo sistema documental de difícil comprensión con multitud de cláusulas (redactadas todas ellas unilateralmente por la actora y con remisiones cruzadas), entre las que se incluyen cláusulas interpretativas, y la posibilidad unilateral de calcular el coste de la cancelación anticipada que, por supuesto, se cobra al cliente. Y que, además, han sufrido variaciones en el tiempo, cancelando y confirmando distintas permutas (sin explicación concreta de la razón de dichos cambios, limitándose a reseñar que la siguiente era más favorable al cliente que la anterior). Llegado el concurso, se opera el vencimiento anticipado por causa imputable al cliente, por el hecho de la insolvencia (sin que se requiera ningún tipo de incumplimiento específico del contrato); y se calculan, a través de un método que este Juzgador no acierta a comprender, unas cantidades adeudadas de importancia (se reitera, cuando se había modificado el producto buscando la modalidad más favorable al cliente). Es decir, y este es un dato clave del asunto, a través de todo este sistema financiero complejo, y a partir de una evolución normal de los índices bancarios en el marco de la actual crisis (como hecho notorio en los últimos años en los que se han venido a cumplir las expectativas macroeconómicas previstas desde el inicio de la crisis), lo que se vendió como un producto para asegurar determinados riesgos financieros, se acaba convirtiendo en unas pérdidas que en el presente caso rebasan ligeramente la cantidad nada desdeñable de 150.000 euros. Y así, sin saber bien la razón, donde existía un producto seguro, tenemos una apuesta de riesgo (extremo que se concreta en el momento en que surgen pérdidas para el cliente); sin que por la entidad bancaria se ponga de manifiesto qué capital o activo concreto puso en riesgo en toda esta operación.... QUINTO.- **Toda esta reflexión lo cual nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto.** Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1.266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de setiembre de 1.996 en la que se señala lo siguiente: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración- artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar- sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944- que no sea imputable a quien la padece- sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado- sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963-. "De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad 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." Pues bien, analicemos la concurrencia de los

1)

requisitos expresados en relación al presente caso. En primer lugar, el error que se aprecia es esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo. En segundo lugar, es sustancial, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina completamente la cantidad aquí reclamada; derivando además de actos desconocidos para el que se obliga. En este sentido, se ha razonado en este caso sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata. Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, se ha acreditado una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis. En tercer lugar y relacionado con todo ello, se trata de un error inexcusable para la propia concursada. El administrador social manifiesta que siguió el consejo de la persona que se ocupaba de la administración de su empresa, a partir de la relación de confianza con el director de la sucursal bancaria, entendiéndolo que era un producto seguro y que, en su caso, daría beneficios. Sobre la cuestión, ya se ha argumentado que se trata de un contrato complejo y difícil de analizar, con cláusulas oscuras, que van deslizando fórmulas incompresibles para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que generan además un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco es quien, al final, determina la cancelación anticipada y el cálculo de la cantidad a pagar según el sistema por él ideado). El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2007 ofrece varios criterios al respecto, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. En este sentido, no se comparte la idea de que, por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta (como la que aquí nos ocupa), y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige (en este caso, el sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado); y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que había mantenido hasta entonces con él una relación de confianza), y dado que la persona de su empresa que le aconsejó en tal sentido no fue informada por el banco de manera transparente y suficiente, como se ha razonado”

En el caso enjuiciado, y aplicando al mismo los anteriores razonamientos, la falta de información por parte de la entidad bancaria de los específicos incumplimientos extraños a los propios del contrato de permuta financiera que pudieran determinar la resolución anticipada del contrato, y de las consecuencias de dicha resolución anticipada, hace que concurra error en el objeto por parte de la entidad demandante, vicio del consentimiento que recayendo en un elemento esencial del contrato, no imputable a quien lo ha padecido, y no superable empleando una diligencia media, procede, en aplicación de los artículos 1261 y 1300 del Código Civil, con estimación de la demanda, declarar la nulidad instada, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato clip Bankinter flexiplus 5, conforme a las liquidaciones practicadas, pues el artículo 1.303 del Código Civil establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses", siendo doctrina jurisprudencial reiterada: sentencias del Tribunal Supremo de fechas de 22 de mayo de 2006, 24 de marzo de 2006, 22 de Abril de 2005, 13 de diciembre de 2005, 22 de noviembre de 2005, 6 de julio de 2005, 11 de febrero de 2003, o 26 de julio de 2000, que dicho precepto es aplicable no sólo a los supuestos de anulabilidad o nulidad relativa, sino también cuando se trata de nulidad radical o absoluta, que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, de modo que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que

surja la consecuencia legalmente establecida, siendo apreciable de oficio tal obligación legal, que tiene por finalidad tratar de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante.

SEPTIMO: Consecuencia de estimarse la demanda, las costas se imponen a la parte demandada, en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Estimo la demanda formulada por el Procurador Sra. _____ en nombre y representación de _____, contra Bankinter S.A., y en su virtud declaro la nulidad de los contratos de condono dicha demandada a abonar al actor la cantidad de 2256,24 euros con sus intereses legales desde el 17 de Abril de 2009 hasta su completo pago; con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato clip Bankinter flexiplus 5 conforme a las liquidaciones practicadas, con expresa imposición de costas a la demandada.

Así por esta mi sentencia, que se llevará al libro de su razón, y en los autos originales testimonio de la misma, para su notificación a las partes, apercibiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en término de cinco días, ante este Juzgado, del que corresponderá conocer a la Ilma. Audiencia Provincial de La Rioja; previa consignación del depósito de 50 euros exigido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ en su redacción dada por la L.O. 1/09; Al interponerse dicho recurso deberá acreditar que se ha consignado en la cuenta de consignaciones de este Juzgado abierta en Banesto C/ Muro de la Mata 5, la cantidad de **50 euros**. Forma de ingreso: En el resguardo de ingreso, en el campo "**concepto**" deberá especificar que se trata de un recurso seguido del código **02 y la palabra "APELACIÓN"** ingresándolo en la cuenta 2262 0000 **04153009**, y si lo hace por transferencia el código **02 y la palabra APELACIÓN** debe indicarlo a continuación de los 16 dígitos antes mencionados. Definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.