



**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 010
OVIEDO**

CALLE DOCTOR BELLMUNT, 4-1º-2 (33006)-OVIEDO

Tfno: 985240377

Fax: 985250110

55950

N.I.G.: 33044 42 1 2010 0002746

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000214 /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. S.L.

Procurador/a Sr/a. EUGENIO ALONSO AYLLON

Contra D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. CONSUELO CABIEDES MIRAGAYA

SENTENCIA n°:

12 JUL 2010

En Oviedo, a 7 de julio de 2010.

El Magistrado-Juez Don Pablo Martínez-Hombre Guillén, titular del Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Oviedo, ha visto los presentes autos seguidos por los trámites del juicio ordinario con el n° 214/10, a instancias de S.L., representado por el Sr. Procurador EUGENIO ALONSO AYLLÓN, y asistida por la Sra. Letrado ROSA ÁLVAREZ-LINERA PRADO, contra BANKINTER, S.A., representada por la Sra. Procuradora CONSULEO CABIEDES MIRAGAYA, y asistida por el Sr. Letrado JORGE CARAMÉS PUENTES, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de febrero de 2010, por la representación de Montajes Manjón, S.L. se formuló escrito de demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

suplicando se dictase sentencia, por la que: 1º Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre mi mandante y Bankinter; 2º Se acuerde la restitución recíproca de las cosa que hubiesen sido objeto del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses; 3º Con expresa condena en costas a la parte demandada, aún en el caso de allanamiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma, en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición al actor de las costas causadas.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 21 de junio de 2010 con la concurrencia de todas ellas, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SSª para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado CLIP Bankinter, suscrito entre las partes, con fundamento en el art. 1.265 y 1.266 del Código Civil, por un vicio de consentimiento consistente en el error sufrido por la actora al momento de contratar se sustenta sobre la alegación de en el año 2007, tras recibir la visita de empleados de la demandada, quienes le ofrecieron una línea de crédito por importe de 15.000 euros y una línea de descuento hasta 30.000 euros, también se le ofreció un seguro, cancelable a petición del cliente, que le serviría de protección ante una subida del euribor compensando de ese modo el incremento del coste de financiación de los otros productos, motivo por el cual se decidió a su contratación en la confianza de que el mismo era cancelable en cualquier momento. La actora considera que dicho contrato, que resultó constituir un SWAP, tiene un carácter marcadamente especulativo y de alto riesgo, que ha provocado a la actora cuantiosas pérdidas merced a la bajada de los tipos de euribor a partir de septiembre de 2009, no habiendo sido la actora advertida convenientemente de su objeto y funcionamiento, ni pudiéndose deducir el mismo de su contenido dada la oscuridad de las cláusulas con las que

aparece redactado, el cual implica un desequilibrio para las prestaciones de las partes, ni tampoco resultó convenientemente advertida del coste de cancelación que el mismo tenía

SEGUNDO.- El art. 1266 requiere como condiciones para que el error invalide el negocio, que recaiga el error 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 el ámbito de la jurisprudencia se ha señalado, así S. T.S. 10 de febrero de 1982, que: "El error sustancial con trascendencia anulatoria (art.1266 del C.civil) tiene un sentido excepcional muy acusado, y según una constante jurisprudencia, viene condicionado inexcusablemente a la prueba de que la cosa objeto del contrato carece de las condiciones que se le atribuyeron y fueron motivo principal de su celebración, lo cual supone tanto como la exigencia de que el error ha de recaer sobre la cosa o sus circunstancias ... (Ss. 14 de junio 1943 y 12 febrero 1979)"; asimismo S^a T.S. 30 de mayo de 1991 dice "... La apreciación del error sustancial en los contrato ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Cfr. T.S. SS 8 de mayo 1962 y 14 de mayo 1968) ya que el error implica un vicio del consentimiento, no una falta de el, y además ha de ser inexcusable ...".

En cuanto a los requisitos del error invalidante según SS. T.S. 20 de noviembre de 1989 "... Para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo dispuesto en el art.1265 C.c. es indispensable que: a) recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art.1261 /1 del C.c.- (Cfr SS. 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964); b) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Cfr. T.S. SS 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1964); c) que no sea imputable a quien lo padece (Cfr. T.S. SS 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957), y d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Cfr. SS. 14 de julio de 1943, 25 de mayo 1963 y 18 de abril 1978)" .

TERCERO.- En el contrato cuya nulidad se insta, denominado "CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", se pacta, sobre la base de un nominal de 300.000 €, y por un plazo de tres años, la obligación de Bankinter de pagar trimestralmente al actora las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en el mismo periodo, la cantidad consistente en un interés del 4,10%, en el primer trimestre, de un 4,5% si el Euribor a 3 meses es menor o igual al 4,80%, o

el Euribor a 3 meses menos un 10 % si es mayor al 4,8 %; a partir el tercer mes el 4,85 % si el Euribor a 3 meses menor o igual al 5,15 %, o el Euribor a 3 meses menos un 10 % si el Euribor a 3 meses es mayor al 5,15 %. Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonarla la que finalmente resultara deudora, habiendo resultado liquidaciones positivas para el actor en octubre de 2007, enero agosto y noviembre de 2008, y negativas en abril de 2008 y a partir de febrero de 2009, ascendiendo la de septiembre de 2009 e la cantidad de 4.526,20 euros. Interesando la empresa la cancelación del contrato ante las importantes cantidades de dinero a desembolsar, el banco le comunica a fecha 5 de octubre del pasado año un precio orientativo de cancelación que asciende a 19.916,12 euros.

La prueba testifical acredita que la contratación se hizo a iniciativa de empleados de la demandada, no siendo la actora cliente con anterioridad de la misma, concertándose un contrato multilínea de financiación, por un importe máximo de 75.000 euros, por cuya virtud se le concedía crédito por dicho importe, y contrato que aquí es objeto de discusión, además de otros dos sin relevancia a los efectos aquí discutidos. Consta además, por medio del documento nº 3 de la contestación a la demanda que la demandada tenía asumido un riesgo financiero a intereses variables por un importe de 407.000 euros. Según relataron dichos empleados se la indicaron al representante de la actora diversos ejemplos de "forma oral", y consta la firma por la actora tanto de las condiciones particulares como de las condiciones generales de contrato.

En concreto, el contrato viene a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

En el expositivo de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros litigioso se viene a recoger:

"I.- Que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el cliente pretende firmar con el Banco el presente contrato marco de gestión de riesgos financieros.

II.- 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 esos 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".

En las condiciones generales se dice que: "El presente contrato tiene por objeto fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo (en adelante -los Productos) que el Banco ofrecerá al cliente con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales.

3.- El Producto de Gestión del Riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generan un resultado positivo o negativo para el cliente. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo.- En cada una de dichas liquidaciones se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el abono por la parte a pagar por el Banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares.

6.- Una vez firmadas las Condiciones particulares y transcurrido el Período de Comercialización, de tal modo que el Producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente.

No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que éste podrá repercutirle".

CUARTO.- En el supuesto de autos el contrato cuya nulidad se pretende es, como ambas partes reconocen, lo que se conoce como swap, y en la doctrina española como un contrato de permuta financiera, y más concretamente un swap de intereses, por la que las

partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. En este sentido, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo mercantil nº2 de Barcelona, "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBÓR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación".

En definitiva, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especularon sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones da los mercados financieros. Pese a ello, la operación no está exenta de riegos merced a su componente especulativo, en esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 cuando establece que "la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de intereses, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder"

Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora, por medio de su representante legal conoció la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que ello implicaba. Esencialmente, lo que la actora imputa a la entidad bancaria es un defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente y una falta de claridad del clausulado del contrato impugnado.



QUINTO.- Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, Pontevedra de 7 de abril de 2010 o de Jaén de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente.

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, 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, 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.

De forma más concreta, como es de ver en la propias Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España aportadas, estamos ante un producto financiero cuya



configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su 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. Particularmente, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

SEXTO.- Cabría preguntarse si la información ofrecida en el supuesto de autos cumplió tales exigencias, prueba que incumbe a la demandada, y cuya carga procesal no ha sido asumida válidamente, debiendo estimarse que ha existido infracción de este deber desde el momento en el que, de lo actuado, como se ha expuesto, lo único que se desprende es la firma de los contratos, y la explicación por parte de los empleados de la actora, por medio de ejemplos, "de forma oral" se dice, de la operación financiera, cuando ni una ni otra son suficientes.

En primer lugar, porque pese a que se diga la finalidad de la operación es estabilizar los costes financieros, y aunque efectivamente la demandante tenía asumidas a operaciones a tipo de interés variable, es la entidad demandada quien decide tanto el plazo, como el tipo de

interés de referencia, el porcentaje del tipo, y la cuantía de la deuda que se estabiliza, cuando realmente se desconoce el tipo de contratos que generaba dicha deuda, el plazo al que tenía asumidas tales obligaciones financieras, el tipo de referencia que utilizaban, por lo que, si tenemos además en cuenta que el tope que se fija del 5,15 %, la estabilidad de dichos costes que se lograría era relativa. Pero sobretodo, como señala la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, en la sentencia citada, tal elección que realiza la entidad demandada “no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor)”, siendo la información relevante en cuanto al riesgo de la operación que debe proporcionarse la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, que no consta ofrecida, y no la mecánica de la operación, o las advertencias que se contienen en el contrato, por virtud de la volatilidad o evolución de los tipos que, como señala dicha resolución, constituye una obviedad por el propio funcionamiento de la operación. Como es lógico, la falta de dicha información, provoca un error esencial en el cliente quien actúa confiado en unas expectativas más o menos razonables de evolución de los tipos de interés de referencia que se apartan notablemente de las reales.

A ello se le une la absoluta desinformación 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), que como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, “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 que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante una bajada tan importante de los tipos de referencia tenga la actora interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual.

Todo ello comporta la estimación de la demanda.

OCTAVO De conformidad con lo dispuesto en el nº 1 del art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás normas de general y pertinente aplicación:

FALLO: que estimando la demanda formulada por la representación de . S.L. contra Bankinter, S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre ambos litigantes, con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonados por su virtud por una y otra parte, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación, anunciándolo en el término de los cinco días siguientes al de su notificación.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.