



JDO. LA INST. E INSTRUCCION N. 5
PALENCIA

SENTENCIA: 00061/2011

Not: 18.4.11

PLAZA ABILIO CALDERON S/N
979-157747/48/46
979-748137

045700

N.I.G.: 34120 41 1 2010 0011235

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000745 /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ANA ISABEL BAHILLO TAMAYO

Abogado/a Sr/a.

Contra D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA VICTORIA CORDON PEREZ

Abogado/a Sr/a.

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000745 /2010

SENTENCIA n° 61/11

En PALENCIA, a trece de Abril de 2011

D. GREGORIO GALINDO ALAMÁN, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de ésta y su partido, ha visto por sí los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el n° 0000745/2010, sobre acción de nulidad contractual, en el que son parte actora [REDACTED], representada por la Procuradora Sra. BAHILLO TAMAYO y parte demandada BANKINTER S.A., representado por la Procuradora Sra. CORDÓN PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. Que el día 22 de septiembre de 2.010 se presentó demanda, en la que la parte demandante tras realizar las alegaciones y exponer los razonamientos jurídicos que estimó pertinentes concluyó suplicando al Juzgado dicte resolución por la que se declare la nulidad del contrato de operaciones financieras referido y en consecuencia la devolución de las cantidades entregadas por la actora (que en el momento de la interposición de la demanda ascienden a diez mil cuatrocientos noventa y ocho euros con veinte céntimos), mas las que se devenguen durante el trámite del procedimiento, mas los intereses legales, todo ello con la expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, por la parte demandada se presentó contestación en la que se oponía a las pretensiones deducidas de contrario, tras lo cual se citó a las partes a la Audiencia Previa que tuvo lugar el día y hora señalado.

9797111084



TERCERO. Que practicada en el juicio la prueba que fue admitida como pertinente, con el resultado que ha de verse en las actuaciones, quedaron los autos sobre la mesa de Su Señoría para el dictado de la oportuna resolución.

CUARTO. Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ejercita el actor, al amparo de los artículos 1.261, 1.262, 1.265, 1.266, 1.26, 1.270, 1.300 del Código Civil, acción de nulidad en relación con el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros que suscribió con la demandada el 21 de junio de 2.007, denominado "Clip Bankinter 07 8.3". Alega la actora que, en el presente supuesto, se ha producido un error obstativo, que determina la inexistencia del consentimiento, en cuanto desconocía que estaba contratando realmente ante la falta de información con respecto al producto comercializado por la demandada, entendiéndose incluso que esta última actuó de forma dolosa al incumplir las obligaciones que la Ley 24/1988 de 28 de julio de imponía, con el único fin de obtener beneficios a consta de su cliente.

Invoca igualmente la actora la infracción por parte de BANKINTER de la legislación reguladora de la buenas prácticas bancarias, en concreto, la Ley del Mercado de Valores que ha sido citada y su desarrollo posterior a través del Real Decreto 62/1993 de 3 de mayo sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que, en su Anexo, bajo el Título Código General de Conducta de los Mercados de Valores impone a las entidades de crédito la obligación de actuar con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, imponiéndoles igualmente la obligación de informarles de forma clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

Personada la entidad demandada se opone a las pretensiones deducidas de contrario alegando, entre otras consideraciones, que el representante de la mercantil de la actora, cuando suscribió el contrato litigioso y los idénticos que le precedieron, conocía perfectamente el producto, encontrándose puntualmente informado de sus condiciones y características, en cuanto se recogen con claridad en su texto en relación con el cual prestó libre y voluntariamente su consentimiento. Entiende que debe tenerse en cuenta que el adquirido por el actor no es un producto especulativo para conseguir plusvalías o beneficios, sino un instrumento que pretende estabilizar los riesgos financieros inherentes a los efectos de variabilidad de los tipos de interés sobre la financiación bancaria suscrita por la actora, que estaba referenciada a un tipo variable, en este caso el Euribor, mas el diferencial pactado.

SEGUNDO. El problema que se plantea en el presente pleito ya ha sido tratado y resuelto, en términos ciertamente dispares, por numerosos Órganos Judiciales. Tras un análisis detallado de las



diferentes soluciones y posturas que se han adoptado al respecto, este Juzgador entiende que, para la resolución de la cuestión que ahora nos ocupa, debe ponderarse especialmente, por un lado, cuales son las características del producto bancario objeto de contratación, y por otro lado, cuales son las exigencias de información que impone a las entidades de crédito que comercializan tales productos, no solo la normativa que resulta aplicable, sino también los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros, y ello en cuanto, además de haber sido establecidos para conceder una especial protección a los clientes bancarios, sobre todo cuando como en el presente supuesto no son profesionales en los términos establecidos por el artículo 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, debe considerarse especialmente que, el ordenamiento y la práctica bancaria ha estimado tal información conveniente y necesaria para la comprensión de los productos financieros de referencia, que, como luego se explicará con más detalle, revisten una especial complejidad.

Dicho lo que antecede, y en lo que se refiere al primero de los puntos mencionados, ninguna de las partes discute que tanto el contrato cuya nulidad se pretende en la demanda (Clip BANKINTER 07 8.3, suscrito el 21 de junio de 2.007), cuanto los anteriores que el actor suscribió con el Banco demandado (Clip BANKINTER 3, de 12 de abril de 2.005 y el Clip Actualizado BANKINTER 3, de 19 de abril de 2.006), revisten las características de un contrato swap o de permuta financiera de tipos de interés, contrato que ha sido definido como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos.

Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las



partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

Es mas, el Banco de España en las diferentes resoluciones de su Servicio de reclamaciones ha reconocido que se trata de un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, razón por la que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

TERCERO. Delimitada la naturaleza y características del producto financiero objeto del contrato litigioso, procede examinar la normativa aplicable al mismo, de la que, como ya se adelantó debe resaltarse la especial protección que se dispensa al cliente dada la complejidad del mercado de valores en el que se desenvuelve. El desarrollo normativo de esta protección, en concreto en la fase precontractual, ha sido mas exhaustivo con el paso del tiempo y así si el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, vigente cuando se firmó el contrato ahora litigioso, establecida como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún mas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que dada operación conlleva" (art. 5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo

específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis nº 3, 4 y 7).

Si bien, esta última regulación no resulta aplicable al supuesto ahora enjuiciado en cuanto el contrato cuya nulidad se pretende fue suscrito antes de que entrara en vigor, su cita no resulta en absoluto baladí, dado que lo que realmente viene a reflejar es la conciencia y voluntad del legislador en poner de manifiesto que tal información resulta necesaria para la adecuada comprensión de los productos financieros, de tal manera que su ausencia, debe ponderarse concretamente a la hora de valorar el grado de conocimiento por parte del cliente de lo que realmente contrataba y cual era el alcance de lo que contrataba, máxime cuando en el supuesto enjuiciado nos encontramos ante un cliente que puede catalogarse como minorista, en cuyo concepto pueden incluirse todos los particulares, y como ahora ocurre, las PYMES dedicadas al tráfico mercantil ajeno al de las entidades bancarias crediticias y de inversión y que, por ello, en aplicación de las Directivas relativas a los mercados financieros, reciben el máximo nivel de protección previsto.

En este sentido, y al hilo de esta idea, el Banco de España, en lo que se refiere a la información que han de recibir los clientes que contratan este tipo de productos bancarios, ha entendido que los contratos de permuta financiera constituyen instrumentos financieros del artículo 2.2 de la Ley 24/1988, y como tales estarían potencialmente sujetos a las obligaciones de información establecidas en el artículo 79 bis de la misma, entendiéndose igualmente que en atención a sus especiales características resulta aconsejable que las entidades (Criterio publicado en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007) faciliten a sus clientes información específica adicional sobre los siguientes aspectos:

Información específica sobre el hecho de que, en determinadas circunstancias de evolución de los tipos de interés (bajistas), las liquidaciones mensuales resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas; para ello, se ofrecerá al cliente un cuadro que cuantifique, para el nominal del intercambio, el importe mensual de cada liquidación en función de distintos escenarios de tipos de interés.

Identificación de la fórmula de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada del derivado, bien sea a instancias del cliente, bien sea derivada de la cancelación del préstamo o su subrogación por otra entidad, con un cuadro que cuantifique



el citado coste en función de distintos escenarios de tipos de interés.

En este punto resulta especialmente significativas las consideraciones que la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 7 de abril de 2.010, extrae de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 3 de junio de 2.009, 23 de junio de 2.009 y 24 de junio de 2.009, en lo que se refiere al punto que ahora estamos tratando, en decir en relación con la información que las entidades bancarias deben proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole del ahora litigioso, indicándose en la misma: "3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes 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.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos 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)".

CUARTO. Sentadas las bases del razonamiento, para determinar si existió en la actora error invalidante, el siguiente paso estriba en determinar si en el concreto supuesto que nos ocupa la entidad demandada, proporcionó al su cliente ahora demandante, la información concreta y específica que no solo exigía la normativa vigente en dicha fecha, sino también que se ha entendido posteriormente como necesaria para la comprensión de estos productos bancarios, todo ello teniendo en cuenta las especiales características del cliente en los términos que ya se han indicado.

En este sentido, considerando la prueba que ha sido practicada en los presente autos, solo podemos entender acreditado que, la única información que la demandada pudo obtener sobre el contenido de los contratos suscritos, su real alcance, los riesgos específicos que el cliente asumía, así como el conflicto de intereses que se producía entre él y el banco con el que contrataba, fue a partir del contenido de los documentos en los que dichos contratos se formalizaron y que han sido aportados con la demanda como documentos 2 a 5., desconociéndose, por un lado, si estos contratos fueron proporcionados al representante de la demandada antes de su firma, y, por otro lado, si antes de que dicha firma fuera estampada fueron leídos por el cliente o si por el contrario (como sostiene el representante de [REDACTED], Don [REDACTED] se fió de la información oral y equivoca que los comerciales de Bankinter les proporcionaron.

A esta conclusión probatoria se debe llegar, en cuanto, no constando acreditada la aportación al Sr. [REDACTED] de otros documentos explicativos complementarios, al no figurar en autos ningún otro por él suscrito, no podemos conceder fuerza probatoria a la declaración del representante legal de Bankinter, Don [REDACTED] que compareció en el juicio y por cuya intermediación la actora firmó 12 de abril de 2.005, el contrato marco o condiciones generales que posteriormente se aplicaron a los "Clip Bankinter", que se fueron suscribiendo, así como al primero de ellos también suscrito el mencionado día 12 de abril de 2.005, ni a la declaración de Don [REDACTED] comercial empleado por Bankinter y por cuya intermediación fue suscrito en último "Clip" de fecha 21 de junio de 2007, testigos estos, trabajadores del Banco, directamente implicados en las



contrataciones litigiosas y por ello con un claro interés en el resultado del pleito.

Siendo cuestión no controvertida dentro de las muchas resoluciones que tratan la materia que ahora nos ocupa, que la carga de la prueba sobre cual fue la información facilitada al cliente, corresponde al Banco comercializador del producto discutido; en el presente supuesto, la parte demandada no ha acreditado en absoluto que tal información y en concreto a la que nos hemos referido en el fundamento anterior, fuera facilitada, de tal manera, que entendiendo el legislador y los usos y práctica bancaria regulados por el Banco de España, que tal información resulta necesaria para conseguir que el cliente minorista comprenda el alcance del producto que está contratando resulta razonable pensar que en presente supuesto existió error en la actora y que tal error como sostiene el artículo 1.266 del Código Civil, recayó, tanto, sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, en cuanto afecta al conocimiento del real alcance de los riesgos que asumía el cliente, la existencia de conflicto de intereses, la diferentes posibilidades de variación del tipo de referencia (EURIBOR) así como su evoluciones previsibles del mercado, cuanto a las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, ya que, como el Sr. Villaverde indicó, la finalidad por la que contrató este producto fue para asegurar su financiación frente a las subidas del EURIBOR, sin que, en su ánimo estuviera la persecución de ningún fin especulativo, ni por ello someterse al importante riesgo al que se sometía con la adquisición del producto.

Tal como indicaba la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia, ya mencionada de 7 de abril de 2.010 por lo que respecta, al punto que ahora estamos tratando, es decir 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 determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del Juzgado de Primero Instancia nº 6 de Gijón, de fecha 21 de enero de 2.010, 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 concededor 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 este punto, atendidos los criterios anteriormente señalados, para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, una empresa minorista dedicada, al parecer y como puede deducirse de profesión del Sr. Valverde, a la realización de trabajos de fontanería, que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimiento financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta un producto financiero de alto riesgo, sin que tal preparación profesional pueda en absoluto atribuirse al hijo de Don [REDACTED], Don [REDACTED], que acompañó a su padre en la firma del Clip cuya nulidad se pretende, en cuanto este último reconoció solamente a presencia judicial ostentar una diplomatura en administración y gestión de empresas.

QUINTO. No habiéndose acreditado que el Banco haya cumplido los requisitos de información que se reputaban necesarios para entender probado razonablemente que el cliente pudo entender lo que contrataba, tales requisitos no quedan en absoluto deducirse del propio contenido de los contratos suscritos por la actora. Estos contratos, vienen a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, suscritas entre los hoy litigantes el día 12 de abril de 2.005 (documento dos de los aportados con la demanda), idénticas para todos los productos financieros que posteriormente y sucesivamente, fueron objeto de contratación, respecto a los cuales se suscribieron, en las fechas señaladas (12 de abril de 2.005, 19 de abril de 2.006 y 21 de junio de 2.007), unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las mencionadas condiciones generales o contrato marco.



Por lo que respecta a las condiciones generales, aportadas como documento número dos de los de la demanda, hacer las siguientes consideraciones:

En el Exponendo II 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 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 relación con este apartado siguiendo lo indicado por la Audiencia Provincial de Burgos en su sentencia de 3 de diciembre de 2.010, que analizó un contrato idéntico al ahora litigioso es patente la ambigüedad de su redacción, como se infiere de diversas expresiones que se expresan. Así, se alude a "un cierto grado de riesgo" -algo, pues, indeterminado, como poco significativo de lo que comporta- "derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos" -señalándose, enunciativamente la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, sugiriendo que pueden variar, pero omitiendo algo tan sencillo como subir o bajar- y lo que es más significativo de esta ambigüedad, la referencia a que la evolución de los tipos de interés "sea contraria a la esperada", esto es, que bajen, muy por debajo del tenido en cuenta, que "podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente Contrato" - omitiéndose que daría lugar a tener que pagar por su parte, y cantidades importantes en caso de cancelación anticipada; sin que el contrato tuviera ese aspecto aseguratorio, de equilibrio de las prestaciones; no en sentido técnico-jurídico de seguro, como alega la parte apelante-.

Es decir, se sugiere que lo mas que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada.

En la Cláusula 3 se establece la realización de liquidaciones que pueden generar un resultado positivo o negativo para el cliente, remitiéndose a las Condiciones Particulares respecto a su periodicidad y fórmula aplicable para obtener el neto que sirva de apunte en la cuenta de liquidación. Es verdad que, en esta Cláusula, se advierte de un eventual resultado negativo para el Cliente, pero sin conocer su posible alcance, al hacerse depender de la fórmula que figure en las condiciones particulares, todo ello muy alejado de la exigencia de una información concreta sobre los riesgos específicos, con mención

expresa de la posibilidad de importantes pérdidas en el caso de que se produjeran evoluciones bajistas de los tipos de interés que sirven como referencia.

En la cláusula sexta de estas condiciones general se indica que "Una vez firmadas las Condiciones Particulares y transcurrido el Periodo de Comercialización, de tal modo que el Producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el Cliente podrá cancelar anticipadamente el 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 este podrá repercutirle.

El BANCO, podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos:...

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 de que se produzca la mencionada resolución".

Como puede apreciarse en esta cláusula se concede al cliente la posibilidad de cancelar anticipadamente el producto pero en ningún momento se identifica ni se concreta la fórmula de cálculo del coste asociado a dicha cancelación, tal como viene exigiendo el Banco de España y parece un requisito elemental para que el cliente conozca mínimamente el contenido de lo que está contratando y el riesgo que con dicha contratación está asumiendo.

Como dice la Audiencia Provincial de Burgos en la sentencia antes mencionada es verdad que hay una referencia a que la liquidación puede ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual, cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un Cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas, como hipotecas y crediticias.

En cuanto a las Condiciones Particulares del contrato cuya nulidad se pretende, básicamente, no modifican las consideraciones jurídicas antecedentes, especialmente, lo que concierne a la cancelación anticipada, que se vincula a la situación de mercado; y liquidaciones periódicas, resultante del neto de los conceptos Cliente Paga y Cliente Recibe, de



modo que puede cobrar o pagar. Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende, abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado.

Por ello y recapitulando todo lo hasta aquí razonado, no resultando acreditado en autos que el Banco proporcionara al Cliente la información que dadas sus características exigía la normativa aplicable a la fecha de su suscripción, así como la que venía siendo exigida por las buenos usos y prácticas bancarias, podemos llegar a la conclusión de que existió error en la actora como vicio invalidante del consentimiento, en cuanto dicha información afectaba a la esencia de lo pactado, alcance y consecuencias económicas, debiendo considerarse en este punto el especial deber de diligencia que correspondía al Banco en el cumplimiento de la obligación de información, así como que el incumplimiento de dicho deber, que en el presente caso debe imputarse a la demandada, no debe reputarse inocuo, dada la posición privilegiada que las entidades de inversión tienen en atención su posibilidades técnicas de poder conocer los mercados financieros, y el especial amparo que en el presente ámbito la normativa y los principios que le inspiran concede a los clientes en especial, como en el presente caso sucede, cuando carecen de especiales conocimientos en materia financiera.

Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas). Deberá, por tanto, como se pretende en la demanda, procederse, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas, operaciones que se realizan en la demanda y sobre las que la demandada no ha formulado oposición y que arrojan un saldo a favor de la actora de 12.5999,24 euros que BANKINTER le deberá abonar, y a la que se aplicarán los intereses moratorios referidos en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil.

Afirmar que el cliente, hoy demandante, tras un análisis detallado y concienzudo del contrato que firmó hubiera podido llegar a entender alcance del producto que adquiriría y los riesgos que asumía, supondría, a juicio de este Juzgador una visión simplista del problema y supondría además de negar cualquier tipo de eficacia o trascendencia jurídica en las relaciones privadas Banco Cliente de la normativa aplicable y

de los principios referidos a las buenas prácticas, desconocer la realidad de la forma en que este tipo de contrataciones suelen realizarse, en las que el cliente, ante la aridez y complejidad de lo que se le ofrece, se suele fiar de la información que le facilita el comercial de turno, máxime, cuando en supuestos como el que ahora nos ocupa, existía una relación de confianza nacida o basada, tal como reconoció en juicio el propio representante legal de la demandada, en la relación comercial fluida que existía entre los hoy litigantes desde al menos el año 2.004, y que había fructificado en la firma de numerosos contratos de los que no había surgido el mas mínimo problema.

SEXTO. Si lo hasta aquí razonado resultaría suficiente para la estimación total de la demanda, las especiales circunstancias que concurren en el caso que nos ocupa, determinadas por la sucesión en la contratación de tres "CLIPS" diferentes y consecutivos, pone bien a las claras la existencia de un claro error en la actora, derivado, bien de la falta de información adecuada que debía facilitar BANKINTER, bien incluso de la posible información errónea, incorrecta o imparcial que esta última entidad proporcionó al representante legal de [REDACTED], opción esta última por la que se decanta este Juzgador tras un análisis detallado del devenir de los acontecimientos y del contenido de las sucesivas contrataciones.

Como puede observarse en el denominado CLIP BANKINTER 3 (documento 3 de los de la demanda) de fecha 12 de abril de 2.005, primero de los suscritos entre las partes, y con una fecha de duración de cuatro años y un día, dentro del apartado "LIQUIDACIONES" se establecía que el cliente debía abonar, el primer año 1.95%, el segundo años (trimestres 5, 5, 7 y 8), 2.95% y el tercer y cuarto año (trimestres 9,10, 11, 12, 13, 14, 15, y 16), 3.80%. mientras que por otra parte se indicaba que el Banco debía a su vez abonar el "Euribor a 3 meses". Dentro del apartado en el que se establecía lo que el cliente debía pagar se indicaba textualmente: "En caso de ejercicio pro BANKINTER del derecho de conversión: EURIBOR a 3 meses menos el 0,15% a partir del periodo siguiente al ejercicio del derecho". Este derecho de conversión se definía en las propias condiciones particulares de la siguiente manera: "El Cliente consiente, en virtud de de la firma de las presente Condiciones particulares, que Bankinter pueda, a partir del noveno trimestre inclusive, en virtud de una mera comunicación por parte de BANKINTER realizada con un mínimo de 10 días naturales previos a la siguiente fecha de fijación al lugar determinado en el encabezamiento, convertir el tipo de interés fijo que se ha comprometido a pagar el Cliente, en un tipo de interés subvencionado para el plazo que resta al producto, de tal modo que el Cliente pague trimestralmente el EURIBOR A TRES MESES menos el 0,15% a cambio de seguir recibiendo el EURIBOR TRES MESES".

Con la introducción de este llamado derecho de reversión lo que estaba haciendo en realidad el Banco era, de manera unilateral, limitar sus riesgos, de tal manera, que si la subida del Euribor era excesiva solo soportaría una diferencia entre lo que pagaba y recibía del cliente nunca superaría el 0.15%, mientras que los riesgos para el cliente era ilimitados en cuanto no existía tope o límite cuando el Euribor que le tenía que abonar el Banco descendiera.

Debe también ponerse de relieve que cuando se suscribió este primer Clip el Euribor estaba a 2,26, habiéndose contratado el producto sobre y nominal de 90.000 euros.

Pues bien, estando en vigor este Clip (recordar que se suscribió por un periodo de 4 años), las partes hoy litigantes suscribieron el día 6 de abril de 2.006, también sobre un nominal de 90.000 euros un nuevo producto denominado "Clip Actualizado BK3", con una duración esta vez de cuatro años y medio. Si bien el banco seguía pagando el Euribor a 3 meses, Bankinter se aseguraba nuevamente que en el supuesto de que se produjera una subida excesiva de este indicador no soportaría un riesgo esta vez superior al 0,10 % es decir inferior al 0,15 % establecido en el Clip anterior mediante la aplicación del llamado derecho de reversión. Esta limitación del riesgo de la hoy demandada no se hizo mediante la inclusión de una cláusula que fijara el mencionado derecho de reversión sino mediante la fijación de estrechas horquillas de porcentajes en el apartado en el que se determinaba lo que el cliente debería pagar. De esta manera el Cliente en el primer periodo comprendido del primer al cuarto trimestre pagaba el 2.65% si el Euribor 3 meses el menor o igual al 3,15%. Si el Euribor subía de este último porcentaje debía pagar el Euribor 3 meses menos un 0,10%, razón por la que, en este supuesto, si el banco pagaba el Euribor a 3 meses, el cliente solo recibiría la diferencia del mencionado 0,10. Siguiendo esta dinámica en el segundo periodo que comprendía del quinto al octavo trimestre el cliente pagaba el 3.65, si el Euribor 3 meses es menor o igual al 4,15%, abonando en el supuesto que se superara este último porcentaje el Euribor a 3 meses menos un 0,10%. En el tercer periodo que abarcaba del noveno al décimo segundo trimestre, el cliente pagaba el 3.80 % si el Euribor 3 meses es menor o igual al 4.30% en caso contrario pagaría el Euribor a 3 meses menos el mencionado 0,10%. Por último en el cuarto periodo que comprendía del trimestre décimo tercero al trimestre décimo octavo pagaba el 3,90 si el Euribor 3 meses es menor o igual al 4,40 ya que en caso contrario pagaría el Euribor 3 meses menos el 0,10%.

Lo sorprendente llega el día 21 de junio de 2.007, en que se suscribió el tercero de los Clips, Clip Bankinter 07 8.3, (documento 5 de los de la demanda) en sustitución del anterior que estaba en vigor. Y se dice sorprendente, en cuanto, que

avistándose ya en esa época, el inicio de la crisis económica que nos afecta en la actualidad, empujada o propiciada por la crisis de las llamadas hipotecas subprime, que empezó a extenderse por los mercados financieros en el verano del año 2007, tal como resulta notoriamente conocido y se puede comprobar fácilmente mediante un rápido repaso informático de las hemerotecas de los principales diarios nacionales, la sociedad [REDACTED] suscribió un nuevo contrato de permuta financiera que sustituía al anterior, con previsión de finalización en una época similar al anterior Clip, pero con una subida significativa de los porcentajes que debía abonar, lo que, como resulta evidente, suponía un aumento de riesgo por su parte, sin que dicho aumento de riesgo se viera acompañado de un aumento significativo de beneficios en el supuesto de que el Euribor siguiera subiendo, lo que en esa época ya, empezaba a vislumbrarse como difícil debido a las noticias crecientes de la ya mencionada crisis del sector financiero, que previsiblemente debía de ser atajada por los organismos monetarios internacionales, mediante la consiguiente bajada de los tipos de interés, medida que sin duda afectaría a la baja en la evolución del Euribor.

En este último Clip que precisamente es objeto de la acción de nulidad que se ejercita por el actor, se fijaba una duración de tres años y seis meses, con lo cual finalizaría el día 21 de diciembre de 2.010, es decir en ficha próxima en la que finalizaría el Clip anterior que al haberse pactado con una duración de cuatro años y medio debía tener lugar en el mes de octubre de 2.010. En este caso el Banco seguía pagando el Euribor a tres meses mientras que el cliente pasaba a pagar el primer periodo que comprendía el primer trimestre el 4,05, el segundo periodo (trimestres 2 a 3) el 4,35, siempre que el Euribor 3 meses fura menor o igual al 4,60% en cuyo caso pasaría a pagar el Euribor a tres meses menor el 0,10%. En el tercer y último periodo (trimestres 4 a 14), pagaría el 4,70% si Euribor 3 meses es menor o igual al 5.00% ya que en caso contrario pagaría el Euribor a 3 meses menor el ya repetido 0.10%.

Como puede observarse de la comparativa de los dos productos que se sucedieron en el tiempo, mientras que el junio de 2.007 con el Clip Actualizado BK 3 el cliente pagaba un 3.65%, paso a abonar en esa misma fecha por efecto de la aplicación del último de los Clips contratados (el Bankinter 07 8,3) un porcentaje del 4,05%, aumentando este porcentaje el segundo semestre al 4,35%, mientras que si se aplicara el anterior Clip en dicha fecha seguiría abonando el 3,65%.

Resulta, en consecuencia claro, que con la suscripción del nuevo Clip, lo que en realidad hacía el cliente era aumentar el riesgo potencial que corría máxime, en el caso de que tipo referencial bajara, cuando, como se dijo era perfectamente previsible que el Euribor no iba a subir durante mucho mas

tiempo, y que incluso era muy probable que su evolución fuera a la baja. Por el contrario asumiendo un importante aumento de riesgo esto no se veía acompañado por la posible obtención de mayores beneficios, debiendo tenerse en cuenta no solo la evolución que estaban experimentando los mercados financieros sino también el mecanismo que nuevamente se había procurado el Banco de que en el supuesto de que la evolución del Euribor le fuera muy desfavorable solo perdería un 0,10%. No puede alegarse, en este punto, que cuando se firmo el nuevo y último producto se concedió un mayor porcentaje de ganancia (0,45%) que el que en esa época venía recibiendo el cliente (0,10%), ya que el Euribor estaba en esa época en el 4,50% es decir en un porcentaje superior al 4,15% que como se dijo se pacto en ese segundo Clip para el segundo periodo), ya que, en seguida, en el último Clip, rápidamente y tras un primer trimestre de reclamo comercial, se aumentaba el porcentaje que el cliente debía pagar al 4,35%, sin aumentarse correlativamente el porcentaje que servía como red de seguridad de los riesgos del Banco que se quedaba en un bajo 4,60%, lo que en el mejor de los casos para el cliente, este obtenía un beneficio del 0,25%, lo que no se cristalizó en la realidad ya que en esa época el Euribor había subido el 4,72% por lo que el Cliente pasó a recibir el 0,10%, es decir el mismo porcentaje que recibiría si se aplicase el Clip anterior, pero con la diferencia que en el nuevo supuesto sus riesgos habían aumentado exponencialmente frente a las potenciales y previsibles bajadas de tipos ya que mientras si con la aplicación del producto anterior debía abonar el 3,65% con el nuevo y en dicha fecha estaba abonando el 4,35%. Nótese también que el banco fijaba estrechísimas horquillas (0,45, 0,25 y 0,30) ente el porcentaje fijo que debía pagar el cliente (4,05% el primer periodo, 4,35% el segundo periodo y 4,70% el tercer periodo) y el límite establecido para que pasara a abonar un porcentaje variable fijado, como se dijo en el Euribor 3 meses menos el 0,10% (4,50% para el primer periodo al ser ese el porcentaje conocido del Euribor cuando se firmó el tercer clip, el 4,60%, para el segundo periodo y el 5,00% para el tercer periodo), de tal manera que frente al reclamo de la ganancia de dichos escasos porcentajes (0,45, 0,25 y 0,30) superiores en todo caso al referido 0,10%, la posibilidad de su aplicación y precisamente por la estrechez de las horquillas referidas era escasa, tanto en el supuesto de evolución al alza como de evolución a la baja del Euribor.

Es decir y a modo de resumen de la árida exposición que se acaba de realizar, con la firma del nuevo producto el Cliente, lo que estaba haciendo era empeorar sensiblemente su posición contractual, aumentando sus riesgos de forma clara sin que esto supusiera un previsible aumento de beneficios. Siendo esto así, no se explica que si alguien hubiera tenido la información adecuada y que el Banco le debía suministrar en cumplimiento de los deberes de buena fe y lealtad que le vienen impuestos, hubiera firmado un nuevo contrato que lo único que hacía era

perjudicarlo, resultando evidente, que nadie en su cabal juicio y como se dice coloquialmente, tira piedras contra su propio tejado.

En este punto y saliendo al paso de posibles alegaciones en contra de lo razonado, siendo evidente que el Clip del 2.006 y el del 2.007, terminaban sobre la misma fecha (finales del año 2.010), no se puede invocar como justificante del nuevo e inútil (al menos para el Cliente) producto bancario se firmara sobre un nominal superior al de los anteriores, en este caso de 21.000 euros, ya que, este aumento lo único que suponía era el incremento todavía superior de los riesgos a los que se sometía el cliente, que teniendo en cuenta al previsible evolución de los tipos iban a ser ciertamente ruinosos para él.

SÉPTIMO. Que habiéndose estimado la demanda en todos sus pedimentos, procede, de conformidad con lo indicado en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer las costas del pleito a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Ana Bahillo Tamayo en nombre y representación de la entidad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra BANKINTER S.A.L. representada por la Procuradora Doña María Victoria Cordon Pérez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera, "CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS, denominado "Clip Bankinter 07 8,3", y en consecuencia debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la devolución de las cantidades entregadas por la actora, que en el momento de interposición de la demanda ascienden a 10.498,20 euros, mas las que devenguen durante el trámite del presente procedimiento, cantidad a aquella a la que se aplicará, desde la fecha de interposición de la demanda, el interés legal del dinero, aplicándose a partir de la fecha de la presente demanda a todas las cantidades debidas el interés moratorio referido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta resolución, ante la Audiencia Provincial.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

