



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13
VIGO

Procurador: Javier Toucedo
COPIA ABOGADO

D. _____



C/ LALÍN N° 4, 5ª PLANTA

Tlfnº: 986.817.866-7-8

Fax: 986.817.869

2580K

N.I.G.: 36057 42 1 2010 0008434

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000676 /2010

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/ña.

SA

Procurador/a Sr/a. JAVIER TOUCEDO REY

Contra D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. ROSA DE LIS FERNANDEZ

S E N T E N C I A 00084/2011

En Vigo, a treinta de marzo de dos mil once.

D/ña. YOLANDA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia nº 013 de VIGO y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000676 /2010 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D/ña. SA con Procurador D/ña. JAVIER TOUCEDO REY y Letrado Sr/a. ROMANO EGEA, y de otra como demandado/a D/ña. BANKINTER S.A. con Procurador/a D/ña. y Letrado Sr/a. , sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha tres de mayo de dos mil diez, por el procurador Sr. Toucedo Rey, en nombre y representación de D. SA, se ha presentado demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad BANKINTER SA, sobre reclamación de cantidad.

SEGUNDO. - Por resolución de fecha trece de mayo de dos mil diez, se admitió a trámite la demanda, acordándose el emplazamiento del demandado. Dentro del plazo concedido, por el demandado se contestó a la demanda, señalándose para la audiencia previa el día 24/09/2011, la cual se celebró, fijándose como fecha de juicio el día 09/11/2010, celebrándose el mismo y extendiéndose la correspondiente acta la cual obra unida a los autos, quedando éstos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora interesa que se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de los Contratos de Riesgos Financieros de fecha 13 de febrero de dos mil siete y 13 de

NOTIFICADO
05 ABR. 2011



febrero de dos mil ocho. Y Se declare la recíproca devolución de las prestaciones percibidas por las partes en base a los contratos denominados Contratos de Gestión de Riesgo Financiero de 2007 y 2008 y siendo el saldo de esta operación favorable a la actora, se proceda a la devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto de los contratos, a tenor de las liquidaciones trimestrales y producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de la Sentencia, conforme a las especificaciones de los contratos en los conceptos de importe, adeudo, gastos, liquidación, más las cantidades si las hubiere que hayan sido cargadas a la actora como consecuencia del contratos hasta la ejecución de la Sentencia, más los intereses legales, desde que cada cargo que se hizo en la cuenta de la actora.

La demandada contesta (folio 58) oponiéndose a dichas pretensiones alegando, que no existe causa de nulidad, pues es esposa del administrador único, actuando como un factor notorio de la empresa frente a la entidad bancaria. En cuanto a los productos contratados se le explicaron debidamente al cliente, prestando este su consentimiento de forma válida y consecuente, no existiendo error en el consentimiento prestado, ni falta de equivalencia en las prestaciones del contrato.

SEGUNDO.- El contrato cuya nulidad se pretende es lo que se conoce como "swap", o contrato de permuta financiera, y más concretamente un swap de intereses, definido, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 11 de enero de dos mil once como aquel contrato por el cual las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado.

Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación (léase contrato) 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". Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANKINTER, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés.

En la doctrina de la Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010, luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente.

Dice su Fundamento Jurídico 3º que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa



de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

La Audiencia Provincial de Álava en Sentencia número 143/2009 de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

El componente especulativo del contrato estudiado también ha sido puesto de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009, que 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".

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal de nulidad contractual planteada por la parte actora.

TERCERO.-Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora, 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 tanto de su funcionamiento, como de las previsiones de variación de los tipos y de las posibilidades de cancelación. Se dice por la actora que de haber conocido los riesgos del producto que estaba contratando, no hubiera prestado el consentimiento. También se dice que el contrato no es claro, que induce a confusión y que fue firmado por persona que no tenía poder para contratar con la entidad bancaria.

Nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, Pontevedra sección 1ª de 7 de abril de 2010, o Jaén de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera 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 (art. 5.3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), 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.

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.

De forma más concreta, 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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;

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.- Aplicando la doctrina expuesta en los dos fundamentos anteriores al presente procedimiento, hemos de partir de la Condiciones Particulares del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 13 de febrero de dos mil siete (folios 37 a 38, doc 2) denominado también Clip Bankinter 07-2.3 y la actualización de dicho contrato suscrito entre las partes en fecha posterior (doc 3 folios 39 y 40) denominado Clip Bankinter actualizado 07-2.3. Estamos ante un contrato en el que la parte demandada redacta su clausulado y la parte actora firma, adhiriéndose al mismo. En este sentido, en el acto del juicio ha declarado Dña. [redacted] empleada de BANKINTER y [redacted] quien vendió el producto, manifestando que el formulario existente en el contrato ha sido redactado por BANKINTER y que no intervino la demandante en su redacción. Añade que estaba encargada por su entidad para vender este tipo de productos y que fue vendido con el fin de mitigar la subida de intereses del mercado y así se lo propuso a la esposa del demandante. También indica en cuanto a la cancelación que los costes no se pueden calcular a priori, puesto que la cancelación es "a coste de mercado". Asimismo, la empleada de la entidad demandada refiere que en ningún momento vendió el producto como "seguro", sino que únicamente le dijo "que era para paliar las subidas de tipos de interés en el mercado".



Consideramos significativo que la entidad bancaria ofertara nuevamente a la esposa del demandante una "actualización" del contrato inicial, en el que se bajaba la "barrera" y se ampliaba la duración del contrato, puesto que se vuelve a advertir de la "posible nueva subida de tipos de interés". En esta ampliación, la propia empleada reconoce que se proporcionó una información comercial genérica, que no hicieron supuestos alcistas o de bajada de tipos de interés en un papel y afirma que el cliente no tenía ningún producto especulativo, cuando en la casilla de "conocimiento y experiencia" se señala que "El cliente declara tener experiencias en la contratación de productos financieros de ésta naturaleza en los últimos años" (folio 40). La premisa básica de la contratación de este producto era que los tipos de interés iban "a sobrepasar hasta el 5% hasta octubre", mientras que la realidad, por todos conocida, fue que después de febrero de dos mil nueve cayeron de forma radical.

De lo anterior, se deduce que Dña. fue captada por la entidad financiera por teléfono con el fin de "asegurar los tipos de interés" que previsiblemente iban a subir, ofreciéndole un "seguro muy bueno", en palabras de la propia Marie en juicio, asegurando Dña. que no le fue facilitada información alguna sobre si había un límite máximo de subida ni tampoco las Condiciones Generales aportadas por la entidad financiera. De hecho, la llamada telefónica volvió a producirse para la actualización del producto inicialmente contratado, sin que en este segundo momento se le ampliase o concretase la escasa información recibida al contratar en febrero de dos mil nueve, únicamente se le informó que en este caso las condiciones eran mejores.

La verdadera intención del demandante en el momento de la contratación se demuestra con la creencia de la esposa del demandante en que estaba suscribiendo un seguro para "cubrir los aumentos de tipo de interés", extremo por el cual no firmó el representante legal de la empresa demandante y únicamente firmó la apoderada para "...constituir y reponer garantías verificando las entregas en metálico precisas para saldarlas, formalizando cuantos documentos sean precisos para su apertura, curso, incidencias y cancelación" (folio 45 de las presentes actuaciones, correspondiente al poder otorgado por el administrador de la empresa actora a su esposa, presentado como documento número 4 por la parte actora). Es más, en las condiciones particulares antes mencionadas la propia entidad financiera incluye al administrador único de la sociedad como "Representante", junto con su esposa y, sin embargo, las negociaciones se realizan únicamente con ella, tanto en el primer contrato suscrito como en su ampliación. Lo anterior se constata con el interrogatorio de la parte actora, así como con el hecho de que dichos documentos no están firmados por el representante legal de la mercantil que se obliga directamente con este producto.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Bien es cierto que se puede aplicar en este supuesto la doctrina de factor notorio, más lo anterior es significativo para determinar la falta de claridad en la información expuesta por la entidad financiera en el momento de contratar el swap, puesto que en la creencia de que estaba contratando un seguro, la firmante del contrato no comentó el mismo con el administrador de la sociedad ni tampoco "le enseñó los folletos ni se habló de los costes de cancelación", en palabras del propio administrador en el acto del juicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede presumirse un cabal conocimiento del contenido, efectos y riesgos del contrato en los mismos. El hecho de que el demandante sea cliente de la entidad bancaria, no permite tener por acreditado una formación financiera superior a la del consumidor medio.

Es altamente significativo en el presente caso que el contrato preveía un inicio el 26 de febrero de dos mil siete y vencía el día 20 de agosto de dos mil diez, mientras que el día 13 de febrero de dos mil ocho, se amplió hasta agosto de dos mil once (folios 37 y 39 de las presentes actuaciones). No se acierta a comprender por los profanos en productos financieros de este tipo, cuál es el motivo del plazo de duración pactado, ciertamente exiguo en relación al concertado para la financiación que poseía la empresa. Si se trata de estabilizar un coste financiero, al cliente le asiste ese interés durante toda la vida del contrato de préstamo, no sólo durante los cuatro años contratados y justamente cuando previsiblemente los tipos según la información de la entidad financiera aportada al cliente iban a subir, realizan una bajada drástica en febrero de dos mil nueve, según se puede apreciar en las liquidaciones obrantes en autos en los folios 46 a 47 (documento número 5 aportado por la parte actora). Este dato no hace sino suponer que la entidad fija el plazo con conocimiento de la evolución que han de presentar los tipos de interés en ese período, desdeñando con ello la nota de aleatoriedad que predica del contrato, para asegurarse un rendimiento importante en contra de los intereses del cliente.

Como señala la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, en la sentencia citada de 27 de enero de 2010, 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 (euríbor)", 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

los tipos que, como señala dicha resolución, constituye una obviedad por el propio funcionamiento de la operación".

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección 1ª de 7 de abril de 2010, incide igualmente en que las entidades bancarias disponen de recursos económicos y medios personales y materiales para poder tener un "privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero" que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, en el caso de estos contratos, de evidente carácter aleatorio, la expectativa de los entendidos de un eventual desplome de los tipos, corroborada por la realidad posterior, comporta para los clientes no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que dicha operación conlleva.

A ello se le une la absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por el cliente, 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-, que como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, es "de relevante trascendencia 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". Sobre este particular, hay que precisar que en contrato no especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en caso en que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, afirmación que se evidencia de una forma más clara si tenemos presente que los actores cursaron una solicitud a la entidad financiera (folios 48 y 49, doc 6) en la que se solicita una revocación amistosa del producto contratado y la solicitud de un producto alternativo, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica y también se le requiere a la entidad para que aporte las condiciones generales y particulares del producto. La demandada contesta efectuando un cálculo de la cancelación aplicando una fórmula que no aparece especificada en las condiciones del contrato, relacionada con la evolución del mercado de tipos de interés, fijando el precio de cancelación en 26.710,98 euros (folio 50, doc 7), más la liquidaciones negativas impagadas, que hasta el momento de la contestación por la entidad bancaria ascendían a 10.737,70 euros (folio 51, doc 8).

La indeterminación en el precio de cancelación, así como lo complicado de dicha operación aritmética, en palabras en el acto del juicio de la propia empleada que vendió el producto () implican una esencial falta de



información a la demandante no sólo de las características y verdadera entidad del producto contratado sino también del efectivo coste de cancelación, el cual no se ha sabido hasta que la parte lo ha solicitado y ha sido facilitado por la entidad financiera con un sustancial desequilibrio de las prestaciones contractuales.

Además de lo anterior, las previsiones a la baja de los tipos de interés demuestra que en las liquidaciones efectuadas únicamente existieron saldos favorables hacia el cliente en mayo, agosto y noviembre de dos mil siete y mayo, agosto y noviembre de dos mil ocho y por importes no superiores a los 500 euros, más a partir de febrero de dos mil nueve, la cantidad que debe de pagar el actor a la demandada se incrementa hasta la suma de 5.538,16 en febrero del año dos mil diez.

Se puede comprobar que la información suministrada por Bankinter Dña. es genérica y sesgada, en la que se incluye la palabra "Seguro", se explica la evolución que han experimentado los tipos de interés pero no se facilita la previsión de bajada de tipos que era conocida por los profesionales de la intermediación financiera y que en el propio clausulado se establece una barrera de tipo de interés que a la que protege los intereses del "barrera del 4.45%", más no establece una barrera para el cliente, en el caso de que los tipos de interés bajasen, como así ha ocurrido, por lo que se aprecia un claro desequilibrio en las prestaciones de ambas partes, no sólo por la existencia a favor de la entidad financiera de la indicada "barrera", sino también por la evidente desinformación con la que se suscribió el contrato y su ampliación.

Hay que indicar que en los ejemplos de liquidaciones no se establecen cifras concretas, sino porcentajes que debe de pagar o recibir el cliente, por lo que la información no es clara. Todo ellos teniendo en cuenta la amplitud y falta de concreción de las Condiciones Generales de los productos vendidos, las cuales parecen más bien una oferta publicitaria que una información concreta sobre el producto (folios 121 a 133 doc 1, de la contestación y folios 142 a 151, doc 5); así como las características concretas del producto en donde expresamente se dice: "diseñado expresamente para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés (folios 134 a 135 doc 2; folios 152 y 153 , doc 6).

De acuerdo con lo expuesto, hemos de concluir que el clausulado del contrato impugnado no permite una cabal comprensión de los riesgos asociados al producto en caso de bajada de los tipos de interés, ni del coste de cancelación; que no se ofertó un producto adecuado para la demanda que planteaba el cliente, que era hacer frente a las subidas de los tipos; que no consta que se facilitase a la actora



información suficiente de tales extremos, con la diligencia debida, en forma de simulaciones comprensibles de las cantidades que habría de asumir en distintos escenarios de evolución de los tipos, o para el caso de cancelación anticipada.

También consta que no se informó, sino al contrario, de la previsión a la baja que tenían los tipos de interés durante la vigencia del intercambio pactado, ni tampoco se proporcionó la posibilidad a los actores que dicho contrato se les aplicase durante un tiempo superior al pactado y coincidente con la duración de la financiación cuya cobertura se contrataba, extremo éste que sí podría ser beneficioso a los clientes, puesto que durante todo el tiempo de vigencia del contrato de intercambio las fluctuaciones de tipos de interés podrían beneficiar y perjudicar a ambas partes por igual, extremo que no ocurre en el presente caso, en el que la entidad financiera capta al cliente para que firme un intercambio de tipos para un periodo de tiempo en el que éstos previsiblemente estarán más bajos que el tipo pactado en el intercambio de cuotas.

Las infracciones descritas son determinantes de un vicio de error invalidante del consentimiento, cuyos requisitos son:

a) que 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 CC- (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),

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)".

Concurren por lo expuesto todos los requisitos citados. Es claro que de conocer la demandada la naturaleza especulativa y con componente aleatorio del contrato de intercambio, así como que las verdaderas previsiones sobre tipos de interés existentes durante la vigencia del mismo no hubiera contratado ni el producto inicial ni su actualización, siendo estos datos relevantes y esenciales en el momento de prestar el consentimiento de los contratos estudiados. Consideramos que la actora fue captada por la entidad financiera, a través de persona que aparecía como apoderada, sin consultar ni informar ni solicitar la firma del administrador de la actora para suscribir un producto complejo que con las previsiones y estudios financieros que ésta poseía sólo a ella beneficiaba de un modo desequilibrado



(tanto en el intercambio global de cuotas como en la cancelación), ocultando dichos datos al cliente y sin proporcionar información concreta sobre los posibles escenarios de tipos de interés a la baja que se preveían, información esencial para valorar el riesgo y contenido de la operación compleja que se estaba suscribiendo, que o bien se ocultó o bien se proporcionó de forma confusa por la entidad financiera, provocando un vicio inexcusable en el consentimiento de la parte actora, que en el presente caso es más evidente puesto que con las palabras "seguro" y "garantía a una posible subida de los tipos de interés" la suscribiente del contrato, en la creencia de que estaba contratando un seguro que sólo beneficiaba a la empresa, no comunicó dicha suscripción al administrador de la misma.

Como decíamos, tampoco la entidad financiera informó al administrador de las consecuencias de dicha firma ni tuvo la precaución de que éste firmase, pese a estar su nombre en el contrato como representante de la sociedad, puesto que si bien Dña.

creía que estaba contratando un seguro, la entidad financiera sí conocía la entidad de la contratación y la naturaleza de complejidad financiera y de aleatoriedad del producto, limitándose a exigir únicamente la firma de Dña.

sin cerciorarse de que el administrador único de la sociedad conociera la suscripción del contrato y su contenido, puesto que, como reiteramos, no se trataba de un mero seguro ni una contratación sin riesgo.

En consecuencia, se estima la nulidad instada, con los efectos previstos en el art. 1303 CC.

CUARTO. Corresponde el pago de las costas procesales a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (art. 394.1 LEC), siendo ésta la parte demandada.

Vistos los preceptos invocados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Se estima la demanda presentada por el Procurador D. Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de la mercantil S.A. contra BANKINTER S.A., representada por la Procuradora Dña.

1º.- Se declara la nulidad de los Contratos de Riesgos Financieros de fecha 13 de febrero de dos mil siete y 13 de febrero de dos mil ocho.

2º.- Se declara la recíproca devolución de las prestaciones percibidas por las partes en base a los contratos denominados Contratos de Gestión de Riesgo Financiero de 2007 y 2008 y siendo el saldo de esta operación favorable a la



actora, se proceda a la devolución de las prestaciones que hubieran sido objeto de los contratos, a tenor de las liquidaciones trimestrales y producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de la Sentencia, conforme a las especificaciones de los contratos en los conceptos de importe, adeudo, gastos, liquidación, más las cantidades si las hubiere que hayan sido cargadas a la actora como consecuencia del contratos hasta la ejecución de la Sentencia, más los intereses legales, desde que cada cargo se hizo en la cuenta de la actora.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Líbrese la correspondiente certificación literal de esta resolución, que quedará unida al procedimiento, llevándose el original al Libro de su razón.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, previo depósito conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009, de tres de noviembre (BOE 04-11-2009), ante este Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en VIGO.