



TRACION  
TICIA

# JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE DENIA

Plaza Jaume I s/n 03700 Denia  
TELÉFONO: 96.642.83.73  
N.I.G.: 03063-42-2-2010-0006365

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 001427/2010-S**

Demandante:

Procurador: LLOBELL PERLES, MIGUEL JUAN y LLOBELL PERLES, MIGUEL JUAN

Demandado: BANKINTER, S.A.

Procurador: DAVIU FRASQUET, ISABEL

## TESTIMONIO

**DON/DOÑA ENCARNACION CABEZA  
RODRIGUEZ SECRETARIO/A DEL JUZGADO DE  
PRIMERA INSTANCIA Nº CINCO. CERTIFICO:**

**Que en el asunto referenciado que se sigue en este  
Juzgado se ha dictado SENTENCIA que literalmente dice:**

### SENTENCIA Nº 000066/2011

**MAGISTRADA-JUEZ: D/Dª MARISA FAYOS BONELL**

**Lugar: DÉNIA**

**Fecha: veintiuno de marzo de dos mil once**

#### **PARTE DEMANDANTE:**

**Abogado: PEREZ NADAL, JUAN CARLOS y PEREZ NADAL, JUAN CARLOS**

**Procurador: LLOBELL PERLES, MIGUEL JUAN y LLOBELL PERLES, MIGUEL**

JUAN

**PARTE DEMANDADA BANKINTER, S.A.**

**Abogado: GAUBEKA LÓPEZ, DAMIÁN**

**Procurador: DAVIU FRASQUET, ISABEL**

**OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios**

Vistos en juicio oral y público por Ilma Sra Dña Marisa Fayos Bonell, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Denia y su partido las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO 1427/2010 seguidas a instancia de

representados por Procurador de los Tribunales Don Miguel Llobell Perles y asistidos de letrado D.Juan Carlos Perez Nadal y contra BANKINTER SA representado

por Procurador de los Tribunales Doña Isabel Daviu Frasset y asistido de letrado Don Damian Gaubeka López y, ejercitando acción de nulidad de contrato.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Por la parte actora se interpone demanda, en la que se solicita se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros celebrado entre las partes el 5 de enero de 2.006, dejándolo sin efecto y se anulen los cargos y abonos practicados por la entidad demandada en la cuenta de los actores asociada a dicho contrato de gestión de manera que las partes se restituyan recíprocamente las cantidades percibidas con expresa condena en costas.

Alegaba como fundamento de sus pretensiones que los actores en fecha 5/1/2.006 suscribieron con la demandada un contrato de gestión de riesgos o permuta financiera, conocido en el mercado financiero como "swaps" cuya nulidad se reclama. Que

es notario ejerciente en Denia, manteniendo desde el año 2.003 una fluida y consolidada relación comercial con BANKINTER SA a través de la sucursal de Denia. Que a tal efecto solicitó y obtuvo una línea de crédito con límite de 240.000 euros que formalizó en póliza intervenida el 30/10/2.003, con vencimiento el 7/10/2.005 pactando un interés del 3.33%. La relación comercial era muy buena y la directora Doña Carmen Hernandez García apoderada del banco acudía casi a diario a la oficina notarial para la firma de préstamos hipotecarios y pólizas mercantiles, creando un amplio margen de confianza entre las partes. A consecuencia de ello en fecha 23/1/2.006 el actor en su nombre y en el de su esposa firma una póliza de crédito con la demandada actuando mancomunadamente como apoderadas Doña Carmen Hernández y Doña Silvia Bisquert Moncho. Que dicha póliza tenía un límite de 360.000 euros con vencimiento el 23/1/2.009 y con interés anual del 2.83%, salvo que el tipo de interés del Mercado Interbancario de Madrid para operaciones de depósito Intercambiara a un mes, según cláusula 4.2 de la póliza hubiera variado al alza o a la baja 0.375 puntos o más respecto del tipo de referencia vigente.

En dicho margen de confianza y a petición de la Directora Sra Hernandez se firmó sin intervención notarial simultáneamente el contrato cuya nulidad se pide. Que dicho contrato fue firmado en la creencia de que ofrecía la cobertura frente a la subidas de interés sin ser informado de las consecuencias negativas que la bajada de interés produciría. El Contrato consta de dos documentos el primero las Condiciones Particulares del contrato, en el que se pactan los diferentes tipo de interés a aplicar en las liquidaciones y la periodicidad; el otro son las Condiciones Generales del contrato de gestión de riesgos (contrato marco). NO se trata de un contrato de seguro sino de un contrato atípico de permuta financiera "swaps de intereses". Dicho contrato establecía que el actor recibiría todo el periodo de vigencia del contrato el euribor a 3 meses sobre un capital notional de 700.000 euros, fijado unilateralmente por el banco, y pagarían a razón de diferentes tipos de interés tomando como referencia el euribor a 3 meses compensando las cantidades a pagar y recibir.

El contrato es nulo, se trata de un documento de contenido complejo siendo sus cláusulas oscuras e inteligibles, no se le informó ni se le hizo simulación de liquidaciones ficticias para valorar el riesgo, siendo error excusable. Pensó que el producto era causa y consecuencia de la formalización de la póliza de crédito y que era un anexo del crédito en cuenta corriente. Es un contrato de adhesión abusivo ya que no hay equivalencia en las prestaciones, así en las Condiciones Generales se pacta que el banco puede resolver



STRACION  
STICIA

unilateralmente por variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación, pero el cliente solo puede hacerlo a través de ventanas de cancelación previo pago de la cantidad que determine en cada momento la entidad bancaria. En las Condiciones Particulares también hay desigualdad, los actores reciben del Banco de manera fija y periódica durante los primeros 20 trimestres del contrato el euribor a tres meses vigente en cada momento, Bankinter recibe de los actores diferentes tipos en función del trimestre a liquidar. El Banco tiene un techo de pago que es euribor o euribor -10%, los actores en cambio cuanto más baja el euribor más pierden. Es abusivo porque la póliza de crédito era por 360.000 euros y el nominal de la permuta era de 700.000 euros y vencimiento a 31 de enero de 2011.

El actor requirió notarialmente de resolución del contrato pero el Banco se opuso alegando que fue debidamente informado verbalmente y por escrito de las características del contrato

**SEGUNDO** : Dándose traslado de la demanda la demandada se opone alegando que los actores fueron debidamente informados de las condiciones y objeto del contrato de permuta financiera firmado. NO cabe hablar de error dada la condición de notario del actor, suficientemente preparado para intervenir contratos bancarios.

En cuanto al contrato cuya nulidad se pide fue firmado para estabilizar costes financieros debidos al alto endeudamiento bancario que tenían y necesitaban saber cual iba a ser el coste de la financiación bancaria concedida. Por ello hubo varias reuniones en la oficina con el personal acerca de la contratación de este contrato de permuta financiera, ya que el endeudamiento del actor ascendía por aquellas fechas a 708.000 euros, entrando en funcionamiento el clip el 31/1/2.006 siendo que los contratos marco y de riesgo financiero se firmaron el 5/1/2.006, teniendo por ello días para estudiar el producto contratado. El contrato de permuta financiera no es especulativo, pues dos partes pactan durante un periodo de tiempo preestablecido hacerse pagos recíprocos por intereses denominados en la misma moneda sobre un mismo principal nominal o teórico pero con tipos de referencia distintos. Se intercambia sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de un coeficiente distinto para cada contraparte denominado tipos de interés, aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay acuerdo de préstamo de capital, limitándose las partes a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato según los tipos y plazos pactados y a liquidar mediante compensación tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa. Es un contrato aleatorio en el que interviene el diferencial de los intereses que se intercambian, destinado a mitigar el riesgo derivado de la variación de tipos asegurando, en consecuencia, una mayor estabilidad en los costes financieros del actor, protegiéndole de una eventual incremento de los tipos de interés. De modo que compensa lo que está pagando de más con consecuencia de subidas del euribor por su financiación y las posibles liquidaciones negativas que deba ingresar son como consecuencia de lo que está pagando de menos por su financiación, pudiendo por ello hacer una previsión cierta del coste de la financiación concedida durante la duración del clip. El contrato cobra sentido cuando se pone en relación con el coste variable de los préstamos que pueda tener contratados el Cliente y se firmó por la expectativa de subida del euribor desde 2004. El Banco no obtiene beneficio con este contrato pues tiene contratado una "operación espejo" inversamente proporcional con Ixis.

El actor fue debidamente informado se le entregó una simulación escrita con importes de las liquidaciones y cancelaciones, condiciones Generales y Condiciones Particulares que fueron firmadas por las partes. En todo caso, no siendo un producto de inversión sino un contrato bancario accesorio de otro, que es el préstamo hipotecario al que acompaña, y no



ISTRACION  
USTICIA

está dentro del ámbito de la normativa del Mercado de Valores, en consecuencia no es de aplicación la normativa de Mercado de Valores como afirma el Banco de España y no se impone el deber específico de información de riesgo al contratar un instrumento de cobertura. Por último se oponía la doctrina de los actos propios pues el actor conocía los riesgos, los asumieron y consintieron durante tres años de vigencia del producto y mientras les fue favorable el producto.

**TERCERO:** Contestada la demanda se señaló día para la vista a la que comparecen las partes y abierto el acto y no habiendo conformidad sobre los hechos, se propone prueba, y admitida la que obra en el acta se cita a las partes para la celebración del juicio oral. Llegado el día del juicio comparecen las partes y tras practicar las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en el acta, y tras las conclusiones de las partes quedan los autos sobre mesa judicial.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La actora ejercita la acción de nulidad del contrato por error en el consentimiento. En nuestro derecho se distinguen en la vida del contrato tres momentos: "la generación, la perfección y la consumación", comprendiendo la primera los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares y cuando la voluntad, consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de este a la vida jurídica, como preve el artículo 1.254 del CC y y 1.258 del CC. La perfección surge de la concurrencia del consentimiento de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas, que genera el acto jurídico bilateral. STS 18 de enero de 1.964 La consumación corresponde a la fase en que cada parte cumple la prestación a la que se ha comprometido.

Se solicita la declaración de nulidad del contrato firmado por las partes en fecha 5/1/2.006 de gestión de riesgos o permuta financiera, conocido en el mercado financiero como "swaps". Dicho contrato se define por el Banco de España como "contrato financiero atípico, mediante el cual el cliente y la entidad de crédito intercambian pagos de interés durante un período establecido y en una determinada moneda sobre un importe nominal (por ejemplo el capital pendiente de pago de un préstamo). De esta forma el cliente transforma el coste de su financiación pasando de estar expuesto a variaciones de tipos de interés futuros, a estar expuesto a un tipo de interés fijo durante el período de tiempo que dure la cobertura". Así resulta del informe emitido por el servicio de Reclamaciones del Banco de España del segundo trimestre de 2.007. ( documento 19 de la demanda).

La actora alega error en el consentimiento y el Tribunal Supremo ya viene a decir que el consentimiento "tiene un proceso de elaboración interna, propio del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto, con inteligencia y libertad a través de los momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión" (Sentencia de 7 de diciembre de 1966) o "inteligencia o discernimiento... también la libertad o dominio de si mismo..." (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1953, A.1995), aún cuando la manifestación (exteriorización) pueda ser expresa, tácita o presunta; pero, en todo caso, la voluntad declarada ha de ser imputable a una voluntad real o interna. Asimismo se indica en sentencia de la AP Alicante de 27 de mayo de 2003 "que en lo que al error, como vicio del



ISTRACION  
USTICIA

consentimiento contractual dado que su esencia no es otra sino que haya de reputarse viciosamente formada y sobre la base de una creencia inexacta, la voluntad de un contratante, son sus presupuestos configuradores indispensables, a los que alude reiterada doctrina jurisprudencial (STSS. y entre otras muchas como las de fechas 18 de abril de 1978 30 de mayo de 1991, 14 y 18 de febrero y 29 de marzo de 1994, 14 de julio de 1995, 28 de septiembre de 1996 y para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo que dispone el art.1265 C. Civil,

-- que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración;

-- derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar;

-- que no sea imputable a quien lo padece y que exista nexo causal entre el mismo y la finalidad que pretendía en el negocio jurídico concertado;

-- que además de ser esencial, el error sea excusable, requisito que el Código Civil no menciona expresamente pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe este último consagrado en el art.7 CC, debiéndose estimar que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media normal o regular; ello de acuerdo con los postulados del ya aludido principio de buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran el caso, incluso las personales y no solo las de quien ha padecido el error sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente (STS y entre otras de fecha de fecha 17 de julio de 2000) no procediendo por ello la apreciación del error, cuando resulta imputable a la parte que lo padece y no sea excusable, en el sentido de que no resulta evitable mediante el empleo de diligencia normal por el que lo padece (SSTS 14 y 18 febrero 1994)."

En el presente caso, el actor alega que no se le dio la información completa y que creía que lo que firmaba era una cobertura frente a subidas de tipo de interés y que de haber sabido las consecuencias no habría firmado dicho contrato.

En primer lugar hemos de indicar que no es hecho controvertido que el contrato se firmó para minimizar el impacto que una progresiva subida de tipos de interés pudiera tener sobre el resto de los productos de financiación concertados, todos ellos con interés variable por los actores, tal y como se afirma en el Hecho Segundo de la demanda pagina 10-11. A la vista del documento 3 el citado contrato se gestionó comercialmente el 5/1/2.006, si bien no consta fecha de firma del mismo y el actor declaró que " se firma coetáneamente a la póliza", esto es el 23 de enero de 2.006.

La actora basa su acción en el error padecido sobre el objeto y condiciones del contrato, afirmando que las mismas son desiguales y que de saber las consecuencias nunca habría firmado dicho producto. Opone el demandado que no caber hablar de error en el caso del actor que es Notario y que por su formación debe conocer perfectamente el producto y sus consecuencias.

Para resolver esta cuestión hemos de estar al caso concreto, y por ello atender a los actos anteriores y coetaneos a la firma del contrato y por ello de formación de voluntad. A tal efecto, el actor afirmó que " se me vendió el producto como un contrato para garantizar que no iba a subir el interés por un máximo " añadiendo que " de la bajada de interés no se dijo nada", estando acreditado como afirmó el testigo que la directora del Banco "acudía a diario por la Notaria", explicando el actor que había una relación de confianza mutua entre el Banco y el actor, afirmando que "firmé muchas cosas con el Banco, y de hecho se ordenaban transferencias a Bankinter y al día siguiente venían a firmar la transferencia, en ese grado de confianza es cuando firmó el contrato". Es en



ALITAT  
CIANA



STRACION  
ISTICIA

ese clima de confianza cuando la Sra Hernandez ofreció el producto al actor, explicando el mismo " que las Condiciones Particulares las leí en 5/7 minutos ", y " el contrato se firmó coetaneamente a la póliza de crédito" y " lei el documento deprisa, en un contexto de máxima confianza, con la directora hablando de muchas cosas más", y " explicando que " en la póliza sí pregunté todo y me dijeron que esto era para evitar la subida de interés", añadiendo que " creí que era un contrato accesorio de otro principal el préstamo en el que discutí todo", y cuando leyó el clausulado afirma que " pregunté y me dijeron que era todo para no subir el interés". , así también lo explico el testigo que estuvo presente en la Notaria cuando se firmó el contrato y dijo que " leyó y pidió explicación de lo que no entendía y le dijo que era un producto para asegurar posibles subidas de interés de la póliza que tienes con Bankinter", y concluyó que " el CLIP se firmó a continuación"., concluyendo el testigo que " se interpreto que el iba aparejado a la póliza".

Asimismo consta acreditado por el documento 11 de la contestación que el producto se ofertaba según publicidad " para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte o del total endeudamiento", y en el documento 5 de la demanda se acredita que el banco anunciaba dicho producto "creado para que toda su financiación a interés variable esté protegida ante una subida de tipos. De esta forma podrá mitigar el riesgo financiero de todos sus préstamos y gestionar el coste de su deuda..."

Llegados a este punto, resulta acreditado que la información ofrecida del producto iba dirigida únicamente orientar de la protección frente a la subida de interés y por ello fue sesgada. La demandada opone que no resulta necesario dar información exhaustiva en estos casos, pero no es aceptable esta alegación pues de conformidad con el RD629/1993 vigente a la fecha de la firma del contrato en su artículo 5.3 se establece "3. *La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.*" En este sentido, el Informe del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del tercer trimestre de 2.007 ( documento 19 de la demanda en su pag49 ) indica "las entidades financieras deben estar 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 y por el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en el caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias". En el informe del Banco de España publicado el 7/5/2.010 en el BOCG del Senado,(documento 12 de la contestación) se indica expresamente que este tipo de contrato se rige por la Ley 24/1988 de Mercado de Valores según lo dispuesto en el artículo 2.2 cuyo tenor establece "*Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros... . 2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.*", y por ello le es de aplicación la obligación de informar establecida en el artículo 79 bis, contratos que según se establece en el artículo 79 bis 8. "*No se considerarán instrumentos financieros no complejos*" .

A mayor abundamiento, y acreditado el carácter complejo de estos contratos, la necesidad de información , opone el demandado que en todo caso el cliente es Notario y por ello



ISTRACION  
IUSTITIA

concedor de la naturaleza y alcance de dicho contrato. El artículo 78 bis 1. de la Ley 24/1988 establece " A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios. 2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.", conteniendo el apartado 3 una enumeración de clientes profesionales que incluye a las entidades públicas, Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar., inversores habituales y empresarios con cifra de negocio de 20 a 40 millones de euros y activo superior a 2 millones de euros, y por ultimo a "los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas" supuestos en los que obviamente no se encuentra el actor dada la prueba obrante en autos.

Por ello debemos concluir que el actor, deberá ser incluido en el grupo de " clientes minoristas", y ello aún cuando tenga la condición de Notario, y por ello estará sometido a lo dispuesto en el artículo 79 bis, estando acreditado en autos que la información recibida fue la obtenida de la publicidad del banco y la suministrada por Doña Carmen Hernandez en los terminos ya indicados más arriba, sin que se haya aportado a autos prueba alguna de mayor información al actor siendo obligatoria en el presente caso como hemos indicado. Asimismo, en el informe del Banco de España (documento 12 de la contestación) se indica expresamente que en atención a las características de los productos bancarios que nos ocupan "se aconseja facilitar a sus clientes información específica adicional consistente en "un cuadro que cuantifique para el nominal del intercambio, el importe mensual de cada liquidación en función de distintos escenarios de tipos de interés", y "identificación de la fórmula de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada del derivado, bien sea a instancia 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", documentación que como hemos indicado no fue suministrada tampoco, cuando debería haberlo sido máxime si las relaciones entre las partes eran tan fluidas y de confianza como resulta acreditado.

Que la voluntad del actor estaba viciada al firmar resulta incluso de la lectura del Condicionado Generales del contrato se recoge que " el cliente se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión se pretende optimizar", sin embargo en el condicionado general se incluyen clausulas en las que no hay equivalencia en las prestaciones, así en la Condicion General 6 se pacta que el Banco puede resolver unilateralmente por variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación, pero el cliente solo puede hacerlo a través de ventanas de cancelación previo pago de la cantidad que determine en cada momento la entidad bancaria. En la Condicion 7. se pacta una compensación de créditos concedida por el cliente de modo irrevocable al Banco facultándole incluso para vender valores propiedad del cliente que estén depositados en el banco por cualquier título para la cancelación total o parcial de los saldos deudores que pudieran tener como consecuencia de las operaciones objeto de contrato., incluso se pacta la fijación del saldo deudor unilateralmente efectuado por el Banco a los efectos del artículo 572 de la Lec En la Condición General 11 se pacta que todos los Tributos y gastos sean de cuenta del

cliente.

En cuanto a las Condiciones Particulares tambien hay desigualdad , los actores reciben del Banco de manera fija y periodica durante los primeros 20 trimestres del contrato el euribor a tres meses vigente en cada momento, Bankinter recibe de los actores diferentes tipos en función del trimestre a liquidar , los 4 primeros trimestres pagan 2.25% si el euribor es igual o inferior a 3% y reciben del Banco el euribor ; si es mayor del 3% pagan euribor menos 0.10% y reciben del Banco el euribor. Durante los trimestres 5º a 8º pagan 3% de euribor si es menor o igual al 3.5% y reciben euribor; si el euribor es superior al 3.50% pagan euribor menos el 0.10% y reciben euribor. Durante los trimestres 9º a 16º pagan el 3.50% si euribor es menor o igual al 4% y reciben euribor; si es superior al 4% pagan euribor menos el 0.10% y reciben euribor. Durante los trimestres 17 a 20º pagan el 3.80% si euribor igual o inferior al 4.30% , reciben euribor ; si es superior al 4.30% pagan euribor menos el 0.10% y reciben euribor.. Como vemos el Banco tiene un techo de pago que es euribor o euribor -10%, en cambio , los actores cuanto más baja el euribor más pagan. A ello es de añadir que el importe sobre el que se calcula el CLIP es de 700.000 euros cuando el contrato que daban cobertura era de 360.000 euros .

Por ultimo la Condicion general 3 se pacta que el resultado neto de las liquidaciones "será el que resulte de la aplicación de la formula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares", sin embargo solo se incluye la formula de "liquidación adicional", aplicable transcurridos los 20 trimestres.

A todo ello es de añadir, que si el referido contrato nace para optimizar riesgos financieros, no tiene sentido que el mismo tenga una duración superior al del contrato al que trata de dar cobertura que era de duracion inferior en dos años, maxime cuando no se acredita que los actores tuvieran más riesgos financieros a la firma del contrato ,pues los documentos 6 y 7 de la contestación fueron impugnados por autenticidad y en todo caso, el documento 7 contempla prestamos hipotecarios y póliza de credito que a fecha de la firma del contrato estaban ya vencidos y extinguidos. Por lo que se da la paradoja que el vencido el contrato de prestamo inicial, el de permuta continua vigente y el cliente continua pagando por una cobertura de una relacion juridica ya extinta. A tal efecto en el informe del Banco de España ( documento 12 de la contestación) se establece que en este tipo de contratos de permuta financiera " se trata de dos contratos independientes y ,por tanto de dos flujos de cobros y pagos, cuando los tipos variables del préstamo estén por encima del tipo fijo pactado en la permuta, el cliente pagara la cuota que su contrato establezca y , al mismo tiempo, recibirá el importe que resulte de aplicar al principal pactado en la permuta la diferencia de los dos tipos. En caso contrario el cliente pagará, además de la cuota del préstamo, que girará sobre un tipo variable inferior al fijo de la permuta el importe aplicable por esa diferencia de tipos".

Por todo lo anterior, podemos afirmar que la voluntad del actor estaba viciada al firmar el contrato de permuta financiera y que padeció un error . Se plantea en ultimo lugar la cuestión de si ese error era excusable no. Como hemos indicado más arriba la finalidad de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente (STS y entre otras de fecha de fecha 17 de julio de 2000) no procediendo por ello la apreciación del error, cuando resulta imputable a la parte que lo padece y no sea excusable, en el sentido de que no resulta evitable mediante el empleo de diligencia normal por el que lo padece (SSTS 14 y 18 febrero 1994)". Como ya hemos indicado el contrato de permuta financiera es un contrato complejo y la cualidad de Notario no le priva al actor de la condicion de minorista y como tal debía ser informado de todas las consecuencias del contrato, no constando acreditada dicha información. Si consta acreditado que el mismo preguntó en el acto de la firma y que en todo momento se le indicó que era un producto



ISTRACION  
JUSTICIA

para protegerle de las subidas de interes, fiándose de quien le ofrecía dicho producto y en quien confiaba por las múltiples operaciones que llevaban a cabo en el seno de la Notaría , ya que dicho producto, tras una detenida y pausada lectura del clausulado se puede concluir que generaba un importante desequilibrio entre las partes otorgando importantes prerrogativas a favor del Banco como hemos visto mas arriba, y que en ultima instancia podrían ser calificadas de abusivas en aplicación de los dispuesto en el articulo 10 bis de la la Ley 26/1984 vigente al tiempo de la firma del contrato.

En el presente caso, el actor como él mismo afirmó estudió una por una el clausulado de la póliza, y las "discutió todas" como afirmó en la vista, pero el contrato de permuta no lo hizo sino por encima y confiado en lo que se le ofrecía por quien consideraba que actuaba de buena fe, y creyendo que "era una cláusula techo".

Tambien hay que tener en cuenta como se ha indicado más arriba que en teoría el CLIP firmado debía tener la misma duracion que el contrato al que prestaba cobertura y las mismas prerrogativas para ambas partes, esto fue lo que el demandado no estudió detenidamente no siendole exigible como hemos indicado antes, pues respondía a la actuación de confianza frente a la persona con la que venía habitualmente colaborando el actor en su Notaria -y con la que ya se habían firmado dos pólizas a título personal sin tener ningún problema y que acudía casi a diario a su Notaria-, y que cuando preguntó las dudas que le surgían , la misma, quitando importancia de nuevo afirmó "es para que no te suban el interés". No hay que olvidar que esta persona fue la que le ofreció la citada permuta, figura juridica que el actor conocía por su cualidad de Notario, como resulta del programa de oposiciones aportado por la demandada, no habiéndolo solicitado él en ningún caso.

Por todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de la actora.

**CUARTO :** En cuanto a los efectos el articulo 1.303 del CC, "*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato , con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*".

En el presente caso, resulta acreditado que se han efectuado cargos y abonos en la cuenta de los actores durante la vigencia del contrato de gestión de riesgos financieros o permuta financiera como resulta de los documentos 8 y 9 de la demanda .

**QUINTO:** En cuanto a la costas procesales de conformidad con el art 394 de la Lec las costas procede imponerlas a la parte cuyos pedimentos se han desestimado.

Por todo ello,

### FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta . por

representados por Procurador de los Tribunales Don Miguel Llobell Perles y asistidos de letrado D.Juan Carlos Perez Nadal y contra BANKINTER SA representado por Procurador de los Tribunales Doña Isabel Daviu Frasquet y asistido de letrado Don Damian Gaubeka López debo declarar y declaro la nulidad del contrato celebrado entre las partes en fecha 5 de enero de 2.006 dejándolo sin efecto y procediendo en consecuencia a la anulacion de los cargos y abonos practicados por la entidad demandada



MINISTERIO DE JUSTICIA

en la cuenta de los actores asociada a dicho contrato de gestión, de manera que las partes se restituyan recíprocamente las cantidades percibidas, imponiendo a la demandada el pago de las costas procesales devengadas.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn), y debiéndose consignar el depósito establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por reforma de la L.O. 1/2009 de 3 Noviembre, en la cuenta de Banesto nº 4859/0000/04/1427/10.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con su original, al que me remito, y para que conste expido y firmo el presente en **DÉNIA** a veintiuno de marzo de dos mil once. Doy fe.

