

**Juzgado de primera instancia nº 68 de Madrid
Ordinario 1031/2010**

SENTENCIA

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
27 ABR 2011	28 ABR 2011
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid, a veinticinco de abril de dos mil once.

Javier Mauleón Álvarez de Linera, magistrado juez del juzgado de primera instancia número 68 de Madrid, ha visto los presentes autos de juicio ordinario nº 1032/2010, instados por la procuradora doña Ana María Ariza Colmenarejo, en nombre y representación de don [REDACTED], asistido de la abogada doña Almudena Velázquez Cobos, contra BANKINTER, S. A., que ha estado representado por la procuradora doña María del Rocío Sampere Meneses y asistida del abogado don Francisco Javier Castresana Oliver, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2010, se presentó escrito por el que se formulaba demanda para que se declarase la nulidad de contrato de intercambio de tipos suscrito el día 27 de junio de 2007 o, subsidiariamente, se declarase su resolución, con indemnización y costas, todo ello sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que invocaba y que damos por reproducidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, que compareció y se opuso por las razones que invocó y que damos por reproducidas.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa al juicio el día 16 de diciembre de 2010, comparecieron las partes, se fijó la controversia, se reconocieron los documentos salvo los expresamente impugnados, se propuso la prueba consistente en interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial, que fue admitida.

CUARTO.- Se celebró el acto del juicio el día 14 de abril de 2011, comparecieron las partes, se practicó la prueba admitida, salvo una testifical a la que se renunció, informaron los letrados y se tuvieron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reclama el actor se declare la nulidad o, subsidiariamente, se declare válida la resolución contractual (más bien se trataría de un desistimiento unilateral) y cancelación anticipada intentada por el actor en enero de 2008, todo ello en relación con un “contrato de intercambio de tipos/cuotas” suscrito el día 27 de junio de 2007.

La entidad demandada se opone a la demanda tanto en su petición principal como en la subsidiaria, entendiéndolo que el actor fue informado de la realidad del contrato, del riesgo que conllevaba y del objeto real del mismo, habiendo intentado la resolución del contrato cuando se produce la caída del euríbor.

SEGUNDO.- Los hechos que enmarcan la controversia, que declaramos expresamente probados por la prueba que en cada caso

también expresamos, y que, en su práctica totalidad, han sido reconocidos por las partes, son los siguientes:

1. El actor y su esposa en fecha 5 de junio de 2006 adquirieron una vivienda unifamiliar pareada en El Boalo, gravada por un préstamo hipotecario, concedido por la demandada BANKINTER y por importe de 206.752,94 euros, en el que se subrogaron, y a los cuatro días, el 9 de junio de 2006, renegociaron con dicha entidad los términos de dicho préstamo, lo cancelaron y otorgaron una nueva escritura de préstamo hipotecario por un nominal de 207.947,06 euros, con un tipo de interés variable (euribor a 12 meses) más un diferencial de 0,63 puntos porcentuales.

Prueba: Así resulta del bloque de documentos nº 1 de la demanda, siendo hecho conforme entre las partes.

2. El día 27 de junio de 2007, el actor, que ya se encontraba preocupado por el alza del euribor y el aumento constante de su cuota de amortización del préstamo, con ocasión de un gestión bancaria y ante la lectura de una información existente en la sucursal del banco, solicita información de un comercial, que la facilita verbalmente, y ese mismo día suscribe el contrato de controversia, en la convicción de que suscribía una suerte de “seguro” que, en cualquier caso, suponía que pagaría las cuotas de su préstamo a un tipo de interés fijo del 5,8889 puntos porcentuales.

Prueba: Así resulta de:

- la declaración del actor al que damos total crédito, reconociendo pese al perjuicio que ello podría ocasionarle que la iniciativa fue suya y que buscaba la cobertura del alza del euromibor.

- la propia contestación a la demanda, que no niega el relato hecho en la demanda sobre la información previa facilitada, y la propia conducta de la demandada en el acto del juicio, quien a pesar del testimonio del actor renunció a la práctica de la prueba testifical (director de la sucursal bancaria)

propuesta y admitida, claro exponente de la aceptación de la declaración del actor y de la innecesariedad de su desvirtuación.

3. El contrato de controversia, titulado “contrato de intercambio de tipos/cuotas”, era por plazo de 4 años, siendo las fechas de inicio y fin del intercambio los días 31 de marzo de 2008 y de 2012, siendo el nuevo tipo fijo el 5,8889 puntos porcentuales.

Conviene destacar del citado contrato los siguientes pactos:

- su objeto era la contratación de un derivado financiero (el intercambio) con el efecto económico de neutralizar el riesgo de variación del tipo de interés de referencia, consiguiéndose ello mediante un intercambio de su actual tipo de interés (euribor más 0,63 puntos porcentuales) por otro tipo de interés fijo de 5,8889 puntos porcentuales (ver expositivo II y estipulaciones 1ª y 14ª).

- en su estipulación 4ª se establecía que *“el BANCO no garantiza un resultado perfecto del intercambio, es decir, que el abono a realizar por el intercambio sea igual al cargo a realizar por el préstamo”*, siendo las diferencias positivas o negativas de cuenta del cliente.

- en su estipulación 6ª se pactó expresamente la posibilidad de resolver el contrato anticipadamente de forma voluntaria, tanto por parte del cliente como por parte del banco, señalándose:

“se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución. Adicionalmente, la resolución anticipada del contrato conlleva gastos para BANKINTER que pueden ser repercutidos al CLIENTE.”

Prueba: Así resulta del documento nº 2 de la demanda.

4. En enero de 2008, antes de efectuarse la primera liquidación y ante la evolución que presentaba el euribor, el actor decide cancelar anticipadamente el contrato de intercambio, conforme a la posibilidad prevista en el contrato, acude a las oficinas de la demandada y se le informa que debe satisfacer la suma de 6.255,09 euros (cargo por margen: 311,22 euros y cargo por variación de tipos: 5.943,87 euros), sin que por la entidad bancaria se diera explicación alguna a los cálculos efectuados para determinar el importe que se reclamaba por el indicado concepto de "cargo por variación de tipos".

Prueba: Así resulta de la declaración del actor, del documento nº 4 de la demanda, que no ha sido impugnado, y del propio reconocimiento que efectúa la entidad demandada en su escrito de contestación a la demanda.

5. Desde el indicado intento de cancelación anticipada, el actor inicia un conjunto de actuaciones, sucesivas e infructuosas, tendentes a poner fin al contrato suscrito, que pasa por una reclamación ante el servicio de atención al cliente del propio banco (marzo de 2008), reclamación ante el Banco de España y, finalmente, reclamación ante el Defensor del Pueblo.

A nuestros efectos, conviene destacar que en fecha 24 de junio de 2009 el Banco de España concluye sobre la reclamación del actor manifestando que

"se produjo una actuación incorrecta desde el punto de vista de las buenas prácticas financieras por parte de Bankinter, en cuanto a la deficiente información en el clausulado contractual sobre el procedimiento y coste de cancelación anticipada del contrato suscrito."

En las consideraciones previas que hace dicha resolución, dice:

"No proporciona, por sí sola, los requerimientos informativos necesarios para que un cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que se efectúe una cancelación anticipada."

“No incluye ninguna referencia específica al criterio de cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada...”

“La inclusión dentro de la cláusula 9ª tratándolo de un mero gasto repercutido exigiría haber concretado explícitamente el concepto y una previsión del mismo, la cual podría realizarse en función del peor de los escenarios posibles (euribor=cero).”

Prosigue la resolución del Banco de España señalando que, a 30 de abril de 2009, los costes de cancelación anticipada ascendían ya a 15.205,97 euros, según la liquidación aportada por el propio banco, sin especificar la entidad cuál es el tipo, cómo se obtiene y si es el mejor de los posibles para los intereses de sus clientes, y finalmente indica:

“Desde el punto de vista de la transparencia informativa y de las buenas prácticas financieras, no ha quedado acreditado que el banco haya informado al reclamante... de manera clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación... Resulta difícil pensar que el cliente en el momento de suscribir la cobertura fuera consciente de que el resultado de la misma podía llegar a ser contrario a sus intereses en todas sus liquidaciones... y aún más una cancelación anticipada de la misma pudiera elevarse a un coste tan elevado (aproximadamente un 7% del nominal del préstamo).

Desde el punto de vista del cálculo de la cancelación, la información facilitada... no especifica el método de cálculo e interés utilizado...”

Prueba: Así resulta de los documentos números 13, 10 y 11 de la demanda.

6. La demandada ha venido efectuando las pertinentes liquidaciones mensuales, todas ellas con saldo negativo para el actor, que al tiempo de formularse la demanda ascendían a 8.731,45 euros.

Prueba: Así resulta del bloque de documentos nº 5 de la demanda.

7. La variación del tipo del euromibor a 12 meses desde mediados del 2007 hasta la fecha de la demanda se recoge en el gráfico que figura en la página 4 del escrito de contestación a la demanda, pudiéndose apreciar a simple vista que, pese a lo que se manifiesta en el escrito de contestación a la demanda, la voluntad del actor de cancelar anticipadamente el contrato (enero de 2008) no es coincidente con el momento de mayor descenso del euromibor, por lo que nunca existió ni aquietamiento al contrato cuando beneficiaba al actor ni pudo existir aprovechamiento de esa circunstancia para intentar la cancelación.

Prueba: Así resulta del escrito de contestación a la demanda y del informe pericial aportado por la entidad financiera.

TERCERO.- El contrato de intercambio de tipos es un contrato de permuta financiera de tipo de interés, que tiene por finalidad mejorar un determinado endeudamiento sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones al alza de los tipos de interés variable, garantizando al endeudado un tipo de interés estable en relación con el volumen global de su endeudamiento.

En nuestro supuesto, el actor paga el 5,8889% y a su vez recibe el euromibor a 12 meses, siendo el neto resultante el que se carga o abona en la cuenta del actor.

Ya existe jurisprudencia menor al respecto (véase como muestra la ingente que una y otra parte ha aportado en el presente expediente) y, por ello, puede señalarse que el mencionado contrato atípico, de una aparente sencillez y con la finalidad dicha, es un contrato aleatorio y de fundamental carácter especulativo (decir lo contrario o intentar matizar tal carácter es un insulto a la inteligencia) en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, de suerte que la bajada del interés de referencia (euromibor a 12 meses), que es lo ocurrido, ocasiona graves perjuicios

económicos para el actor, que en 2009 el propio Banco de España cifraba en el 7% del nominal del préstamo.

Debe a todo ello añadirse que el banco no asume como propio el riesgo que pudiera derivarse de un alza del tipo de interés de referencia, sino que su posición la traslada al mercado equilibrando su posición con la de otra entidad bancaria (mejor dicho, otro cliente de otra entidad bancaria, que arriesga a que la evolución del mercado sea la contraria), de suerte que, ciertamente, siempre “el perdedor” (siempre hay un perdedor) es un cliente de alguna entidad bancaria, que nada arriesga y siempre cobra su correspondiente comisión.

El diccionario de la Real Academia señala que especular es *“efectuar operaciones comerciales o financieras, con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o de los cambios”*, por eso decíamos antes que no tildar estos contratos de especulativos es un auténtico insulto a la inteligencia, siendo en definitiva este tipo de contratos expresión de una cultura y de un quehacer que ha originado la crisis sistémica que nos afecta y nos va a afectar durante un plazo de tiempo hoy imprevisible.

Es el resultado de una economía ficticia que, sin responder a las consecuencias de cualquier tipo de economía real dependiente de una oferta y una demanda auténticas, juega a la pura especulación en detrimento siempre de unos u otros ciudadanos – siempre perdedores – y que, en caso de grave crisis, nunca afecta a los causantes de la misma, pues siempre vendrá el Estado de turno, con nuestros impuestos, a salvar a la entidad en apuros, que sobre todo si forma parte del entramado financiero por más que sea ídolo con pies de barro es imprescindible salvarlo.

CUARTO.- El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es determinante para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es lograr su propia eficiencia como la protección de sus clientes o usuarios, fundamentalmente

por medio de la información precontractual y, posteriormente, mediante el documento concreto en que se recoge lo pactado.

Todo ello se encontraba ya previsto y regulado en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, concretamente en su artículo 78.1 que hablaba del respeto a las normas y códigos de conducta, o el artículo 79.º que en diferentes apartados hablaba del deber de diligencia y transparencia en interés del cliente, de su obligación de asegurarse de que disponen previamente de toda la información necesaria, todo ello desarrollado por el Real Decreto 629/1993, vigente también al tiempo de la contratación que nos ocupa, dado que todavía no estaba vigente la reforma introducida por la Ley 47/2007, en la que se incluyó la distinción entre clientes profesionales y minoristas en otros extremos, pero acentuando los principios ya vigentes desde la Ley 24/1988.

Por todo ello, la discusión sobre la vigencia al tiempo de la contratación, que ha ocupado a ambas partes, resulta estéril, pues su ratio legis es la misma desde 1988.

Finalmente, debe recordarse todo lo previsto en el Código Civil respecto del error invalidante del consentimiento, que provoca la nulidad del contrato (artículos 1261, 1265 y 1266) y la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando su alcance, siendo determinante en cada caso la probanza que de tal error exista en autos.

Tiene señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 26 de julio de 2000, que tal error es el que recae *“sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, y 11 de mayo de 1998).”*

QUINTO.- Pues bien, dicho todo lo anterior, debemos entrar en la aplicación concreta de todo lo anterior al supuesto de hecho concreto y cuyos elementos fácticos hemos tenido por acreditados.

1. Lo primero que hay que decir es que ciertamente, como el actor reconoció tan honestamente en su declaración, la iniciativa la toma él, si bien alentado por una información existente en la oficina bancaria. No existe en autos el más mínimo rastro de la información escrita que existía o debía existir a disposición del cliente en la oficina bancaria, y sin duda que si no se nos ha facilitado – ni el más mínimo folleto – es porque poco podía favorecer a la entidad bancaria respecto de su deber de información.

2. El banco incumplió su obligación principal – defender los intereses de sus clientes – al permitir que el actor suscribiese el contrato de controversia escaso tiempo después de recibir una mera información verbal, sin tiempo para reflexionar, sin dato alguno para permitir considerar el riesgo que resultaba del mismo, lo que se podría haber hecho con una simple simulación considerando los diversos supuestos de variación del tipo del euromibor a 12 meses y las consecuencias que de ello se podrían derivar en cuanto a las posibles pérdidas.

3. Es cierto, como afirma el banco, que la expectativa que buscaba el actor – evitar que el coste de su hipoteca no tuviera límite y establecerlo como máximo en el 5,8889% – la ha obtenido, pues no ha satisfecho mayor cantidad que la que supone tal tipo de interés, pero de ello no cabe colegir la plena validez y eficacia del contrato.

Tiene razón el banco cuando afirma que no se trata de un seguro, pero no albergamos duda alguna – también el tribunal es resignado usuario de la banca – de que así fue “vendido” al actor por el comercial de turno, como el medio eficaz y moderadamente costoso de soslayar las fluctuaciones del tipo variable contratado en su préstamo hipotecario.

4. La defectuosa información previa se complementa con una muy defectuosa redacción del contrato – contrato tipo impuesto al actor – que es todo menos claro y sencillo, ocultando además la información clave para poder evaluar las posibilidades de actuación futura por el actor.

Véase así que en ningún momento se destaca el grado de riesgo que la operación supone, sino que todo siempre apunta a que cualquier variación en las circunstancias previstas opera en beneficio del banco y así se pacta en la estipulación 3, párrafo segundo:

“Hasta el momento de contratación del intercambio y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado de tipos de interés que, a juicio de BANKINTER, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del intercambio, el BANCO podrá revocar la oferta...”

Dicha estipulación resulta de imposible comprensión, aunque no haya sido objeto de controversia, pues si ya estaba contratado el producto financiero, como lo acredita la suscripción del documento en el que se contiene tal estipulación, y ya no existía oferta sino concurrencia de demanda y oferta, cómo podía el banco reservarse la facultad de revocar si se alteraban las circunstancias del mercado sin que ello implicase una falta absoluta de equilibrio entre las partes.

5. Dicho desequilibrio se ve aumentado por la redacción ambigua, difusa y oscura que se da para el supuesto de cancelación anticipada por parte del cliente, de suerte que éste nunca pudo conocer el alcance de lo pactado para tal supuesto.

Así se establece que, en tal supuesto,

“se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución.

Adicionalmente, la resolución anticipada del contrato conlleva gastos para BANKINTER que pueden ser repercutidos al CLIENTE”.

Tal ambigüedad no solo lo era al tiempo de contratar, sino también al tiempo de la cancelación anticipada por el actor, pues no sabemos – ni tan siquiera lo pudo saber el Banco de España – qué cálculos ha efectuado el banco para fijar en enero de 2008 que el coste de la cancelación era en esa fecha casi de 6.000 euros o que en abril de 2009 había pasado a más de 15.000 euros.

Como bien señala el Banco de España, *“Resulta difícil pensar que el cliente en el momento de suscribir la cobertura fuera consciente de que el resultado de la misma podía llegar a ser contrario a sus intereses en todas sus liquidaciones... y aún más una cancelación anticipada de la misma pudiera elevarse a un coste tan elevado (aproximadamente un 7% del nominal del préstamo).”*

SEXTO.- La conclusión, por todo ello, no puede ser sino que la demandada no facilitó nunca al actor la información precisa para que conociese el alcance del producto financiero que contrataba y el auténtico significado en cuanto a sus obligaciones y riesgo que asumía.

Tampoco estableció el alcance económico que suponía la cancelación anticipada voluntaria y, menos aún, que en un tiempo tan escaso, seis meses desde la contratación hasta el intento de cancelación anticipada, se pudiese alcanzar una pérdida económica que escasos meses después representaría el 7% del capital del préstamo, debiendo apreciar la concurrencia del error invalidante, que establece el artículo 1265 del Código Civil, y por ello la nulidad del contrato de conformidad con el artículo 1261.

No se nos oculta la excepcionalidad que ello supone dentro del normal tráfico jurídico, ni se nos oculta que el actor sí consiguió el fin que pretendía y que tan honestamente reconoció (limitar los efectos de una posible alza del euromibor), ni desconocemos que siempre se debe buscar una interpretación que preserve la eficacia de los contratos por más que

pueda verse limitada en algunos supuestos, pero sin olvidar todo ello, en el supuesto que nos ocupa, son tantas y tan graves las deficiencias de la información, la ausencia del cumplimiento de las normas que establecen tal deber de información, tan graves las lagunas que se contienen en la redacción del contrato para poder evaluar las consecuencias del mismo y, más aún, las obligaciones que asumía el actor para el supuesto de la cancelación anticipada, que resulta de imposible subsanación, de suerte que intentar mantener al menos la existencia de un contrato que respondiese a la voluntad reconocida del actor nos resulta absolutamente imposible, por lo que ni tan siquiera por esta vía puede matizarse la nulidad que apreciamos.

Por todo ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 1265 del Código Civil, al concurrir la nulidad del consentimiento prestado por error, procede declarar la nulidad del contrato de intercambio de tipos suscrito por las partes, debiendo en consecuencia restituirse recíprocamente las cantidades respectivamente percibidas.

SÉPTIMO. - En cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la estimación de la demanda procedería su imposición a la demandada, pero aceptamos la existencia de dudas de hecho y de derecho que nos permiten su no imposición.

Por todo lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por la procuradora doña Ana María Ariza Colmenarejo, en nombre y representación de don [REDACTED] contra BANKINTER, S. A. y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito el día 27 de

junio de 2007, debiendo condenar a la demandada a que reintegre al actor todas cuantas cantidades haya este abonado como consecuencia del mencionado contrato, todo ello sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes y hágase saber que contra esta resolución cabe preparar recurso de apelación, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del quinto día siguiente a su notificación.

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

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, encontrándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, en Madrid, a fecha anterior. Doy fe.