

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 DE LEON

AVDA. SAEZ DE MIERA S/N LEON  
987895189  
987895188  
N08480  
N.I.G.: 24089 42 1 2010 0010560

**Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001096 /2010**

### **Sobre OTRAS MATERIAS**

De D/ña. M--- O---- SL  
Procurador/a Sr/a. SUSANA BELINCHON GARCIA  
Abogado/a Sr/a. BEATRIZ LLAMAS CUESTA  
Contra D/ña. BANKINTER,S.A.  
Procurador/a Sr/a. LUIS MARIA ALONSO LLAMAZARES  
Abogado/a Sr/a.

## **S E N T E N C I A N.º. 116/2011**

En León a 29 de Abril de 2011

La Sra. D<sup>a</sup>. ROSA MARIA GARCIA ORDAS, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia número DOS de LEON, habiendo visto los autos seguidos en este Juzgado al número 1096/10 a instancia de la entidad "M--- O---- S.L.", representada por la Procuradora Sra. BELINCHON GARCIA, bajo la dirección Letrada de D<sup>a</sup>. BEATRIZ LLAMAS CUESTA, contra "BANIKINTER, S.L.", representada por el procurador Sr. LUIS MARIA ALONSO LLAMAZARES, bajo la dirección Letrada del Sr. GROS DEL RIO,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Sra. Belinchón García, en la representación que ostenta se presentó demanda en la que tras exponer los hechos y alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó con el suplico al Juzgado interesando que tras los trámites legales se dicte en su día sentencia por la que se declare: 1.- la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros firmado entre las partes el día 21 de abril de 2006 y del 13 de junio de 2008, por haber existido en su formación vicios del consentimiento, obligando a la demandada a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización, devolviendo la actora, si fuera

necesario, las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera. 2.- Subsidiariamente, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, que se tendrán por no puestas conforme a Ley, en el articulado de las Condiciones

2

Particulares del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, sobre la determinación de la cuantía del contrato y en su sistema de liquidación (nominal contratado y ventanas de cancelación), haciendo a la entidad financiera recalcular cada uno de los importes objeto de liquidación desde al formalización del contrato hasta su liquidación final, y todo ello, con expresa condena en costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la demandada, emplazándola por término de 20 días, habiéndose personado y contestado a la demanda. Por la demandada "BANKINTER, S.A.", tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con el suplico al Juzgado interesando que tras los trámites legales se dicte sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Admitidas las contestaciones a la demanda, se señaló día para la celebración de la audiencia previa que se celebró con la comparecencia de las partes, y concedida la palabra a los letrados para concretar los hechos objeto de debate y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo la actora documental, aportando minuta, y más documental con copias de las sentencias recaídas. Por la parte demandada se proponen las pruebas de interrogatorio, testifical del director de oficina y más documental de sentencias recaídas.

Por S.S<sup>a</sup>., se admiten las pruebas propuestas y se señala para su celebración del acto de juicio el 27 de abril, asistiendo las partes y practicándose la prueba con el resultado que obra en autos, y concedida la palabra a los letrados para informe, declarándose concluso el juicio y vistos los autos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han

observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En la demanda rectora de los presentes autos la actora solicita la declaración de nulidad de los contratos suscritos con la entidad Bankinter en fecha 19 de junio de 2008 de contrato de gestión de riesgos financieras (clips), por existir error en el consentimiento, obligando a la actora a retrotraer el saldo a la fecha de la contratación y, subsidiadamente, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas como son la determinación de la cuantía del contrato y su fecha de liquidación, debiendo recalcular todos los importes objeto de liquidación.

Frente a tal reclamación la demandada se opone alegando la perfecta explicación y conocimiento por el actor, en su

3

condición de empresario, del funcionamiento del contrato, así como que solo se reclamó cuando las liquidaciones fueron en contra del demandante, no cuando fueron positivas y que en la misma fecha suscribió una línea de financiación para leasing, prestamos y descuentos, y niega que se comercializara como seguro.

**SEGUNDO.-** Como datos objetivos debe partirse de los siguientes:

a) La actora es una empresa, dedicada al alquiler y reparación de vehículos y maquinarias, una empresa familiar con intervención de dos hijos del administrador y un empleado (esto fue lo declarado por él en el acto del juicio y no desvirtuado en contrario), y su administrador no consta que tenga una formación académica universitaria y conocimientos contables o económicos.

b) Antes del que es objeto de este pleito había suscrito con la misma entidad otro contrato de gestión de riesgos financieros en el año 2006, pero en ambos casos simultaneo a un contrato de línea de crédito para la gestión de leasing, préstamos y descuentos.

c) El nominal del clip objeto de litigio se fija en 400.000 € .

d) Las liquidaciones efectuadas del clip anterior generaron unos ingresos a favor del actor de unos 1.300 € durante dos años, mientras que el presente generó en dos años unos ingresos de 5000 y unos cargos de unos 20.000 € .

e) En la fecha de firma del contrato el endeudamiento efectivo y real de la actora era próximo a los 200.000 € .

**TERCERO.-** Conviene precisar, en primer lugar, que para que el error sea invalidante del consentimiento, como vicio de la voluntad negocial, es preciso que sea sustancial o esencial, sobre las condiciones que hubieren dado motivo a la celebración del contrato, atendida su finalidad -en este sentido SSTs 12 julio 2002, 24 enero 2003 y 12 noviembre 2004-. Por otra parte que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

Para la apreciación de este criterio jurídico es determinante valorar el contenido de los contratos litigiosos, de permuta financiera, de tipo de interés - contrato Swap-, o Clips que se describe y define como un contrato "en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda, (precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Bankinter un tipo de interés variable referido al Euribor del 4,75 los primeros cuatro, si el euribor de tres meses es inferior o igual al 5.25 % , y el 4.55 % si el euribor es inferior o igual al 4.75% , y el 4.75% si el euribor es superior al 4%, y el cliente recibe los catorce trimestres euribor tres meses (tipo de interés de referencia: Euribor 3 meses publicado a las 11 horas en la pagina de Reuters EURIBOR01, dos días hábiles previos a la fecha de fijación). Cabe decir, por

tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia. Sobre este tipo de contratos se han pronunciado numerosas Audiencias Provinciales, por ejemplo la de Asturias y esta Audiencia, en la sentencia de 29 de octubre de 2010, y 16 de diciembre de 2010, con cita de otra de fecha 27 de enero de 2010 que declara: "es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del código civil y 50 del código de comercio, incorporado 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 (nacional) 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 y otro contratante un saldo deudor o, viceversa". Dado que el acuerdo de intercambio del pago de tipos de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros la nota de aleatoriedad es también característica de tal clase de contratos. Sin bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de

aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole puramente especulativa, que no parece que sea el presente caso.

**CUARTO.-** Otro objeto de discusión y debate es el referido a la falta de información y conocimiento de lo que se estaba contratando.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes lo cual, por otra parte, es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tener decisiones de inversión fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad

y de conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente, la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Ya en la sentencia de la misma AP de Asturias de 18 de junio de 2010 se señalaba que para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige. Y con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: "la ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art.79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada, ya así el art. 255 del código de comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación. Y, como se recoge en la sentencia citada de 29 de octubre de 2010, "se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha visto como, tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la

crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario".

Y, en el presente caso, se trata de una sociedad limitada con un negocio familiar con un solo empleado externo, deduciéndose de la personalidad de su administrador la falta de conocimientos suficientes, siendo fácil haber errado, sin la información adecuada, del riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado.

Además, el Acuerdo básico derivado del "contrato Clip" no cumple la normativa MIFID, no se realizó el test de conveniencia ni el test de idoneidad, se efectúa el calculo sobre la base de una cantidad de 400.000 euros cuando en nada se corresponde con el endeudamiento de la actora, ni siquiera la entidad bancaria llegó a acreditar la cantidad de la que se dispuso en la línea de crédito, que solo alcanzaba los 180.000 euros, de la simple comprobación de las liquidaciones se deduce una brutal desproporción entre las liquidaciones a favor de la entidad y las del cliente y aunque, efectivamente, el producto técnicamente no puede calificarse ni considerarse seguro (no existe tomador, prima, beneficiario...), sin embargo se muestra y oferta como aseguramiento del coste financiero de la empresa, lo que para esta se dibuja solo como un beneficio.

**QUINTO.-** Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber, recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; 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 inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000). Y la respuesta ha de ser positiva, (pues el cliente del banco, que con la operación intenta precaverse del coste y riesgo financiero de una línea de crédito concertada), sufre la existencia de un vicio esencial del consentimiento,

pues la información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega.

La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y 7 patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002). Lo que conlleva, un saldo cargado de 20.019,03 € y abonado 534,56 € , resulta un saldo acreedor de 19.909,71 , efectos que solo pueden producirse con el contrato clip actualmente en vigor no con el ya cancelado, puesto que frente a los cancelados se aplica en relación a la actora la doctrina de los propios actos.

**SEXTO.-** Estimando la demanda debe condenarse a la demandada al pago de las costas procesales, puesto que aunque no se declare la nulidad del otro contrato porque ya esta cancelado, lo cierto es que el fundamento jurídico es el mismo en ambos casos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

1- Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Belinchón García, en nombre y representación de la entidad "M--- O---- S.L." contra la entidad "BANKINTER S.A.", debo declarar la nulidad el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito el 13 de junio de 2008, condenando a la demandada a restituir a la actora 19.909,71 € , debiendo regularizarse la situación creada de cargos y abonos efectuados con posterioridad al 25 de junio de 2010.

2- Que debo condenar a la demandada al pago de las costas procesales.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución que se unirá a las actuaciones archivándose el original en el libro

correspondiente.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea:

beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el , en la cuenta de este expediente , indicando en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

8

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil- Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,