

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL)
TELÉFONO: 96-192.90.37 **FAX:** 96-192.93.37

N.I.G.: 46250-42-2-2010-0048665

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 001342/2010

SENTENCIA Nº 000120/2011

MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª Mª ANGELES BARONA
ARNAL

Lugar: VALENCIA

Fecha: tres de mayo de dos mil once.

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED] SL

Abogado:

Procurador: OLIVA MORENO, BELEN

PARTE DEMANDADA BANKINTER SA

Abogado:

Procurador: PEREZ NAVALON, SUSANA

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios.

Vistos por Dª. MARIA ANGELES BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de **Juicio Ordinario nº 1342/10**, seguidos ante este Juzgado a instancia de [REDACTED] Belén Oliva Moreno en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] SL y con la dirección del Letrado D. Gonzalo Tormo Santonja [REDACTED] TER SA representada por la Procuradora Dª Susana Pérez Navalón y con la dirección del Letrado D. Alejandro Ferreres Comella;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por [REDACTED] n Oliva Moreno en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] SL se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad [REDACTED] que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: 1.- la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros firmado entre las partes y aportado como documento nº 3 por importe nominal del contrato de 1.400.000 €; 2.- en consecuencia se deshagan los efectos del contrato desde el mismo día de su formalización devolviendo ambas partes las cantidades percibidas incluidas las generadas como consecuencia de la cancelación de ambos contratos y que se desglosan de la

siguiente manera: - [REDACTED] S.L.....7.576,74 € ; - BANKINTER SA:
- liquidaciones: 57.2 ción: 43.825,76 €; 3.- los intereses generados
desde la verificación de los pagos; 4.- 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 particulares de los contratos de gestión de riesgos financieros, en concreto lo
referente a ventanas de cancelación y en consecuencia se permita la cancelación del producto
sin coste alguno; 5.- y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D^a Susana Pérez Navalón en nombre y representación de la entidad demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acredita y por contestada la demanda citando a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y la hora que consta.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quedando en tal acto subsanado el defecto legal en el modo de proponer la demanda y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedaron debidamente citadas las partes.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalada para la celebración del juicio comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora del presente procedimiento se ejercita acción en solicitud de que se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes con fecha 7 de marzo de 2006 y por importe nominal de 1.400.000 € por haber existido en su formación vicios del consentimiento y ello al no haber sido informado de la complejidad y consecuencias de dicho producto y la entidad no siguió el protocolo habitual en este tipo de operaciones saltándose el preceptivo test de conveniencia o Mifid y lo que comportó que a partir del 6-4-09 comenzó a observar que se estaban cargando en su cuenta por BANKINTER liquidaciones trimestrales con saldo negativo y por una fuerte

cantidad de dinero (empezó por – 3744,14 € para pasar a -8.730,44 € y finalizar con – 11.606 €) siendo la suma total de liquidaciones negativas desde el 6-4-09 al 5-7-10 la de - 57.203,57 € y por el contrario recibió del banco la cantidad de 7.576,74 €. Tales cargos trimestrales comenzaron a mermar la tesorería de la empresa y así fue impagada la última liquidación de 4-1-10 por importe de 11.310,79 € . Con fecha 16-2-10 la entidad Bankinter remite un burofax informando de los gastos de cancelación por importe de 43.825,76 € y ello en base a una formula que no aparece contemplada en las condiciones particulares de los contratos firmados cuando lo correcto hubiera sido incluirla pues con ello el cliente hubiera podido saber el precio de la cancelación anticipada. En definitiva se sostiene que la demandada no informó de forma clara, completa y en términos comprensibles de las características del producto lo que le impidió ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba y del riesgo asumido por lo tanto incurrió en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento .

Frente a tal pretensión se opone la entidad demandada BANKINTER SA que niega que exista vicio alguno de consentimiento que justifique la nulidad del contrato por cuanto la actora fue informada debidamente del producto y su consentimiento fue libremente prestado y nulidad que se pretende en base a la única razón de que el producto ha dejado de serle provechoso dada la importante caída de los tipos de interés desde el primer trimestre del 2009 . La actora aceptó todas las liquidaciones que se practicaron con posterioridad a su suscripción lo que supone un acto confirmatorio de su validez y vigencia y estuvo de acuerdo con las liquidaciones mientras estas le fueron favorables. Betoret contrato un Clip que conlleva necesariamente una apuesta respecto a la evolución futura de una variable aleatoria (el euribor), siendo plenamente consciente de ello, por lo que si hipotéticamente se hubiese desconocido tal extremo sería una falta de diligencia inexcusable por parte de la propia sociedad y de su administrador. Asimismo cuando la actora se puso en contacto con Bankinter para cancelar el clip 4.5 , se le remitió un documento en el que se informaba del precio orientativo de dicha cancelación y conocido el importe de la cancelación y debido a los malos resultados económicos de Betoret, ésta solicitó la novación y ampliación del préstamo hipotecario que ya tenían concertado y que finalmente le fue otorgado por importe de 250.000 € y durante las negociaciones que existieron entre las partes nunca la actora mostró su desconocimiento respecto del objeto, contenido, funcionamiento y riesgos del producto financiero contratado.

SEGUNDO.- Planteada así por las partes la cuestión controvertida habrá de partirse de la naturaleza y características del contrato suscrito entre las partes, y se trata de un producto financiero que reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como “aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

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

Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés,

la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

La S.A.P. de Cáceres de 18 de junio de 2010 define este tipo de contratos afirmando que:

“Se trata de un swap de intereses, que viene definido en el contrato marco de operaciones financieras redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación –contrato- por el que las partes acuerdan intercambiarse entre 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...”

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

El contrato ha sido calificado por la Jurisprudencia como un contrato de gran complejidad (S.A.P. Asturias S.5ª de 25.1.2010), y que tiene naturaleza especulativa (S.A.P. Cáceres antes citada). Además aunque en la práctica suele concertarse a través de dos instrumentos, si bien la jurisprudencia los ha considerado como una unidad (S.A.P. Jaen S. 1ª 18.6.2010).

Por otra parte ha de mantenerse que si bien la entidad actora evidentemente no ostenta la condición de consumidor y por ende no resulta aplicable la LGDCU, ello no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como cliente, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. Esta normativa, que si resulta de aplicación, se recoge en la S.A.P. de Pontevedra, S. 1ª de 7-4-2010 y también en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia S. 9ª de 6.10.2010.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, 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 (cuál los litigiosos), 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, mas de aplicación al caso- 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, 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.

Finalmente, a tenor del contenido del art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir a la entidad demandante, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha ley.

Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, 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 convengan. 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.

TERCERO.- Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual del cliente demandante con el Banco demandado, el siguiente paso es analizar si pudo haber sido vulnerada en el supuesto contemplado.

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 probar

un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose del producto bancario objeto de contratación de instrumento financiero complejo y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características del mismo fue deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

Así en el acto de la vista por parte del testigo D. [REDACTED], feje de contabilidad de la entidad actora se afirmó que respecto a [REDACTED] ividades financieras desarrolladas por la empresa estas se limitaban a “ alguna póliza de crédito, ni tan siquiera tienen pólizas de descuento...” igualmente refirió respecto a la forma en que se le ofrece el producto finalmente cuestionado que lo fue a consecuencia de una ampliación del plazo del contrato de préstamo hipotecario existente “ era una condición sine quanon para ello firmar ese producto...”, producto que entendieron que se trataba de una especie de seguro y “ no se les hizo ninguna simulación...” ignoraban si la cancelación anticipada tenía costes y “ no le advirtieron de las grandes pérdidas que podían tener y cuando ya es una “ sangría” ... le dieron solución...”. Igualmente mantiene que se cancelo pero el banco retuvo de la ampliación del préstamo hipotecario concedido la cantidad para ello . Igualmente refiere que a la empresa nunca le ha interesado ningún producto financiero que conlleve riesgos y reconoce que el Sr. Portolés (directivo jubilado de Bancaja) les asesoró en el proyecto de refinanciación pero “ no le dijo nada ni tuvo relación con el swaps” “ eso del swaps sale cuando van a la Notaria...” y afirma que con quien se trato el tema fue con un empleado del banco el Sr. Doria. Y totalmente contrarias a tales afirmaciones son las mantenidas por el testigo Sr. Ibañez Llorens, director de la sucursal bancaria quien en el acto de [REDACTED] efirió los conocimientos que tanto el administrador de la entidad actora como el Sr. [REDACTED] en su condición de director financiero tienen para saber lo que era un swaps, así como [REDACTED] mente contaron con el asesoramiento del Sr. Portoles siendo pues conscientes de los riesgos del producto y que la empresa “ sabe latin” y se le entrego tripticos e información estándar y la publicidad del producto. Y lo cierto es que si bien son abiertamente contradictorias las posturas mantenidas por los testigos y que vienen a corroborar la versión ofrecida respectivamente en la demanda y en la contestación la demandada no acredita a través que información debidamente documentada del producto y de carácter general le fue entregada y lo relevante no es si la normativa MIFID resultaba o no aplicable y si aún no siendo aplicable el banco cumplió con tal normativa sino si puede efectivamente mantenerse y concluirse que el Banco proporcionó toda la información necesaria para que la entidad actora fuera verdaderamente consciente y pudiera formar adecuadamente su voluntad.

Y la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa y así falta cualquier justificación documental informativa sobre la operación a concertar, no consta la entrega al cliente de folleto, documento o explicación escrita antes de la suscripción. E igualmente y por lo que respecta a la cancelación en las condiciones particulares del contrato tan sólo se estableció en el apartado de “ Ventanas de cancelación” que: “ Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Adicionalmente, Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto”. Y evidentemente al igual que la desproporción existente entre las liquidaciones a favor del cliente y a favor del Banco hasta el momento de la cancelación , de la misma no se puede sostener que con tal cláusula se tuviera conocimiento suficiente ni tan siquiera aproximado de la misma y de su coste, extremo este de relevante transcendencia 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. Y a este respecto tal y como mantiene la sentencia de 6 de octubre de 2.010 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia cuando establece que “En todo caso tampoco consta que en la información precontractual la entidad bancaria pusiera en conocimiento las consecuencias de cancelar la operación y la misma defiende que no era gratuita, (dato incuestionable) pero distinto es que se disponga para tal efecto de "un precio de cancelación acorde con la situación de mercado" frase absolutamente indeterminada, vaga e imprecisa, de la que difícilmente el cliente puede conocer el coste aproximado que acarrea la facultad de cancelar la operación, pues siquiera se expresa los componentes, método, factores o reglas que se van a tomar en cuenta para fijar tal precio”. La sentencia de 7 de abril de 2.010 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra indica 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)... Siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (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- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia 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”. Por último, la sentencia de 10 de noviembre de 2.010 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos establece que “La cláusula 6 concede al cliente la facultad de cancelar anticipadamente su producto, cuyo resultado económico "vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente"; circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del Cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, y salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad, que el Banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes mas aproximados ...Es verdad que hay una referencia a que la liquidación puede ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual, cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un Cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas, como hipotecas y crediticias ... Despejados los aspectos del contenido contractual que interesan al objeto del proceso, la cuestión, ahora, es dilucidar su incidencia en la formación válida y eficaz de la voluntad negocial del Cliente y la prestación de su consentimiento. Prima facie, podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor, y mas si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria -ex art. 217-7 LEC - del cumplimiento efectivo de una información

adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias...“.

En conclusión a todo lo expuesto resulta que pese a que nos encontramos ante unos productos financieros complejos y difíciles de entender para la mayoría de la gente, en el supuesto de autos se constata la inexistencia de información previa y coetánea a la contratación, de forma que la entidad bancaria “vendió” al cliente un producto como seguro de cobertura cuando era un derivado financiero de alto riesgo, sin explicar suficientemente los riesgos que asume cada parte contratante, que son prácticamente inexistentes para la entidad bancaria y enormes para el cliente. No consta de otro lado que el producto fuera solicitado por el demandante, no se le facilitó folleto informativo y no consta explicación alguna de las posibles consecuencias negativas de dichos productos.

Se considera, en base a lo expuesto, que la actuación de la demandada es contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

CUARTO.-Por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características del producto financiero ofrecido y suscrito por la demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éstas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, siguiendo la S.A.P. de Pontevedra antes mencionada: “sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

Como señala la sentencia de 6 de octubre de 2.010 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia “La existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza

practicada (sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998 , entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado (SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 y SAP Pontevedra 7/4/2010) y otras que han dictaminado su validez, (SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010), la solución del supuesto pasa por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en el presente caso”. Continúa la resolución, “En la medida que tales obligaciones dispuestas legalmente no se cumplan por la entidad financiera y por ende no haya adoptado la transparencia y diligencia establecida por el legislador, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio que debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato ... “no dar la información relevante y preceptiva al cliente, por lo que el consentimiento de éste se encontraba viciado al no comprender el negocio que se suscribía y sus elementos esenciales y al afectar a la esencia negocial la conclusión ha de ser la nulidad del contrato (arts. 1265, 1266 y 1300 código civil)”.

En esta línea, la sentencia de 9 de septiembre de 2.010 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ávila indica que “En efecto, es cierto que el error es uno de los motivos que pueden producir la nulidad de un contrato, invalidando el consentimiento prestado, pero para que esto ocurra, tal y como prevé el art. 1266 del C. Civil , es necesario que recaiga sobre la sustancia objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado lugar a su celebración. El T.S sienta como doctrina que para que el error pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (vid p.e Ss. T.S de 6 de Febrero y 18 de Abril de 1.978, 6 de Febrero de 1.999, 12 de Julio de 2002, 24 de Enero de 2003, 17 de Febrero de 2005 y 17 de Julio de 2006); y también es preciso que no sea imputable a quien lo padece (vid Ss. T.S de 22 de Mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005), y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien prestó su consentimiento de forma negligente, pudiendo haber rechazado el contrato”.

Y al igual que sucede en el supuesto referido, en el caso de autos ya se ha constatado que la demandante no fue debidamente informada de las características del contrato de permuta financiera que estaba contratando, al tratarse de un producto financiero complejo y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el período de su vigencia le podría deparar unas pérdidas elevadas, cuál en la práctica así se vino a producir, y en donde las previsiones en torno a la evolución de los mercados financieros carecen de la conveniente nota de seguridad.

Se argumenta por la demandada que en la fecha de suscripción del contrato nadie podía prever los descensos tan abismales de los tipos de interés variable (Euribor) o los de las acciones de las entidades bancarias llegando a mínimos, desaparición o quiebras de entidades financieras. Sin embargo, olvida el Banco demandado que la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no

puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que efectivamente a partir de finales de 2.008 el euríbor sufrió una fluctuación a la baja que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el demandante, que solo obtuvo rentabilidad un breve periodo de tiempo, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, es claro que no se puso en conocimiento del cliente.

Según el art. 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién 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, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quién ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en tal sentido, SSTs, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006).

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar acerca de las características del producto suscrito conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

En consecuencia con lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad del contrato suscrito, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

SEXTO.- Dada la estimación de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art 394.1 LEC.

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada por el Sr. D. [REDACTED] elén Oliva Moreno en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] SL contra la entidad BANKINTER SA debo declarar y declarar que [REDACTED] de gestión de riesgos financieros firmado entre las partes y aportado como documento nº 3 por importe nominal del contrato de 1.400.000 € y en consecuencia procede restituir recíprocamente las prestaciones realizadas desde el mismo día de su formalización devolviendo ambas partes las cantidades percibidas incluidas las generadas como consecuencia de [REDACTED] ambos contratos y que se desglosan de la siguiente manera: - [REDACTED] SL..... 7.576,74 € ; - BANKINTER SA: - liquidación [REDACTED] cancelación: 43.825,76 €; cantidades que devengarán los intereses generados desde la verificación de los pagos y ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Valencia (artículo 455 LECn), que se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles siguientes a la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/0000/02/1342/10 indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (0030-1846-42-0005001274), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. 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.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a tres de mayo de dos mil once.