

En Gijón, a trece de mayo de dos mil once.

Vistos por MIGUEL COVIAN REGALES, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número 1459/2010, a instancia de , S.L., representada por el Procurador de los Tribunales SR. SOMIEDO TUYA y asistida por el Letrado SR. TAMARGO MENENDEZ, contra BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora SRA. GONZALEZ PEREZ y asistida por la Letrado SRA. GONZALEZ PEREZ, sobre nulidad de contrato de gestión de riesgos financieros.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador demandante, en la representación indicada y mediante escrito presentado el día 3 de noviembre de 2.010, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que, con base en los hechos que se exponían y los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, a que haremos referencia en el fundamento primero de esta resolución, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que:

1º.- Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 11 de octubre de 2.006 y posterior actualización de 28 de diciembre de 2006, firmado entre las partes, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

2º.- Subsidiariamente se declare que el demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o

penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que se personara en los autos y la contestara, lo que hizo, en base a los hechos que constan en el escrito presentado en fecha 5 de enero de 2.011 y que se dan por reproducidos, citando a continuación los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminando solicitando que, previos los trámites legales pertinentes, se dictara sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas, con imposición de costas a la actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró ésta el día 9 de febrero de 2.011, sin que se alcanzara un acuerdo entre las partes; afirmándose y ratificándose las partes en sus respectivos escritos de alegaciones, haciendo algunas complementarias la demandante sobre el seguimiento de procedimiento de ejecución frente a la demandante; no siendo impugnada la autenticidad de ninguno de los documentos aportados de contrario, aunque sí se hicieron algunas alegaciones sobre los mismos; y, fijándose el objeto de controversia mantenido entre las partes por remisión a sus escritos de alegaciones. Recibido el procedimiento a prueba, la parte actora propuso prueba documental, testifical y pericial; la parte demandada propuso prueba documental, interrogatorio y prueba testifical. Se admitió íntegramente la prueba propuesta y se señaló para la celebración del acto de juicio el día 8 de abril de 2.011, siendo suspendido por los motivos que obran en autos y señalándose de nuevo para la celebración el día 4 de mayo de 2.011.

**CUARTO.-** En el acto de juicio se procedió a la práctica de la prueba que venía acordada, siendo practicada como testifical la declaración de la señora Arancón al no ser representante de la demandante. Concluyeron las partes sobre su resultado y, a continuación, se declaró terminado el acto de juicio y los autos vistos para sentencia.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Objeto de litigio, planteamientos de las partes.

En el presente procedimiento pretende la parte demandante se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes, de fecha 11 de octubre de 2.006 y su posterior actualización de fecha 28 de diciembre

de 2.006 (en realidad se trata de dos contratos distintos), por haber concurrido vicio invalidante en la prestación del consentimiento, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones, de manera que las partes vuelvan a quedar en la situación anterior al efecto "invalidador", interesando se condene a la demandada a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada. Además, subsidiariamente, se interesa se declare que el demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda.

La pretensión deducida se basa en los siguientes hechos -no descritos con la suficiente claridad- que, resumidamente, se pasan a exponer: el señor [redacted] es el administrador de la mercantil demandante y es un profesional que se dedica a organizar la actividad de la mercantil cuyo objeto social es la logística y los transportes, además la demandante no realiza ningún tipo de inversiones en productos bancarios especulativos; en fecha 18 de octubre de 2.006, entre las partes, se suscribió un contrato denominado multilínea por valor de 30.000 euros (documento 2 de la demanda); en relación con éste, la demandada ofreció un producto al que denominaron seguro, suscribiéndose en fecha 11 de octubre de 2.006 el contrato que se aporta como documento 3 en la creencia de ser un tipo de seguro contra la subida del euríbor; unos días después, concedida una ampliación de la financiación hasta la cantidad de 60.000 euros, se suscribió el contrato de fecha 28 de diciembre de 2.006 aportado como documento 4, en el entendimiento que se trataba de una renovación del seguro para proteger la financiación ante una posible subida de tipos de interés; en el mes de enero de 2.007 la demandada envió una carta a la demandante informándole de la reducción del riesgo de su contrato a la cantidad de 30.000 euros (documento 5), siendo suscrita en octubre de 2.008 una cláusula en tal sentido (documento 6); que como consecuencia de los contratos suscritos se han producido, a partir del mes de marzo de 2.009, importantes liquidaciones negativas en sus cuentas (documento 7); incluso, la demandante llegó a suscribir un préstamo personal con la demandada para hacer frente a parte de tales liquidaciones (documento 8), después de lo cual efectuó reclamaciones a la demandada para que procediera a la anulación del contrato anunciando el ejercicio de acciones judiciales (documento 9), procediendo la demandada a reclamar las liquidaciones negativas pendientes del primero de los contratos (documento 11), resolver unilateralmente el segundo de los contratos litigiosos, cargando a la demandante el importe de la cancelación (documento 10), y extinguir la póliza contratada el 18 de octubre de 2.006 (documento 12).

En cuanto a los fundamentos de derecho, se alega la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, error y dolo, afirmando que el contrato se firmó bajo engaño, que la demandada no explicó diligentemente las cláusulas del mismo y prestándose el consentimiento bajo error. Además, de modo desordenado, se hace referencia: al deber de información y tutela de la transparencia, básicos en el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y normativa que resulta de aplicación; al resultado gravoso debido a la existencia de cláusulas oscuras y abusivas y a la mala praxis de la entidad bancaria demandada.

La parte demandada se opone a la pretensión deducida por la parte actora, interesando la íntegra desestimación de la demanda.

Sostiene, en necesaria síntesis: con carácter previo, que la demandante conocía el producto, fue puntualmente informado de sus características y prestó su consentimiento libre y voluntariamente, no sólo en una sino en dos ocasiones, pues son dos los contratos suscritos, sin que durante casi dos años alegara nada en relación con tales contratos; en relación con la suscripción de los dos contratos, que se suscribieron dado el interés mostrado por la demandante y en atención a su endeudamiento (documento 2 de la contestación), que la demandante tiene una larga experiencia y está acostumbrada a la negociación de contratos bancarios, que se le explicó su funcionamiento, se le pusieron ejemplos y se le facilitó documentación (documentos 3 y 4); en relación con el producto contratado, que no se trata de un producto especulativo, sino que permite al cliente estabilizar los riesgos financieros inherentes a los efectos de la variabilidad de los tipos de interés sobre la hipoteca (sic) contratada con la demandada, que las liquidaciones positivas o negativas se compensan con lo que el cliente paga de más o de menos por sus créditos y que el contrato prevé la posibilidad de cancelación cuyo coste viene determinado por el mercado, circunstancia a la que se hizo mención expresa al tiempo de la contratación.

Con base en tales hechos, se alega en los fundamentos de derecho expresados al contestar, resumidamente: que los contratos suscritos por las partes son dos contratos de gestión de riesgos financieros; que no concurrió error en la parte demandante al tiempo de su suscripción; que no resulta de aplicación la normativa MIFID al caso de autos, estando también excluida la aplicación de la Ley de Mercado de Valores con base en lo previsto en el artículo 79 quáter; que tampoco resulta de aplicación la normativa de protección de consumidores; finalmente, se invoca la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Así delimitado el objeto de controversia planteado por las partes, se colige que la cuestión que central que se debate,

tal y como se fijó en el acto de audiencia previa, es la nulidad de los dos contratos de fechas 11 de octubre y 28 de diciembre de 2.006 suscritos por las partes, por vicio en el consentimiento.

## SEGUNDO.- Hechos probados.

Delimitado así el objeto de litigio, son hechos esenciales de los que ha de partirse para su resolución -que resultan de los documentos aportados sin impugnación de contrario (art. 326.2 de la ley de enjuiciamiento civil) y de la prueba pericial y testifical practicada los siguientes:

1º.- La entidad demandante, S.L., aparece como una sociedad de carácter familiar (únicamente son socios el administrador único, señor , y su esposa, la señora ), constituida con un capital social de 3.006 euros y que tiene como objeto social la explotación de un negocio de actividades relacionadas con el transporte de mercancías y pasajeros y compra, venta, mantenimiento y arrendamiento de camiones y furgonetas y de sus repuestos y componentes (documento 1 de la demanda).

Actúa como administrador de dicha sociedad el señor Menéndez Campa, quien en última instancia toma las decisiones relativas a tal empresa, en particular fue la persona con quien se negociaron los contratos litigiosos, y que manifiesta que estudió hasta el "COU" y que trabaja como transportista, declarando también que cuenta con un único empleado.

Por lo que aquí interesa cabe destacar, de un lado, que no consta experiencia inversora ninguna ni de la entidad demandante, ni de su administrador (ni un solo contrato que ponga de manifiesto tal experiencia es aportado por la demandada). Y, por otro lado, que tampoco se ha acreditado que la demandante cuente con una estructura administrativa o financiera estimable, ni con un asesoramiento financiero externo.

2º.- Que la entidad demandante suscribió con la demandada, en fecha 18 de octubre de 2.006, un contrato denominado "multilínea de financiación para empresas" con un máximo crediticio de 30.000 euros (documento 2 de la demanda).

Asimismo, poco después (en el mes de diciembre de 2.006), el máximo crediticio de la anterior financiación fue elevado a 60.000 euros. No consta documentalmente tal aumento del crédito concedido, pero es admitido por la parte demandada y, asimismo, resultaría de los documentos 5 y 6 acompañados con la demanda. El primero de los cuales consiste en una carta de fecha 19 de enero de 2.007 en que se comunica a la demandante la reducción de su capacidad de financiación a la cantidad de

30.000 euros; y el segundo, de fecha octubre de 2.008, en que se suscribe una cláusula por virtud de la cual se reduce la financiación de 60.000 a 30.000 euros.

3º.- Con motivo de las operaciones anteriores, la entidad demandante firmó con la demandada, sendos contratos denominados "de gestión de riesgos financieros", de fechas 11 de octubre y 28 de diciembre de 2.006, adjuntados con la demanda como documentos 3 y 4 y a cuya integridad nos remitimos, sin perjuicio de lo que a continuación se resalta.

Los contratos de litis vienen a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco (que constan de 4 páginas, que en el presente caso sólo aparecen en el primer contrato) y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

A) En el expositivo de las condiciones generales de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos se viene a recoger:

"I.- Que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el cliente pretende firmar con el Banco el presente contrato marco de gestión de riesgos financieros.

II.- El cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato".

Estimando conveniente el reproducir como cláusulas de las condiciones generales de interés al caso sometido a enjuiciamiento, las siguientes:

1. "El presente contrato tiene por objeto fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo (en adelante -los Productos) que el Banco ofrecerá al cliente con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales.

3.- El Producto de Gestión del Riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generan un resultado positivo o negativo para el cliente. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo.- En cada una de dichas liquidaciones se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el abono por la parte a pagar por el Banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares.

6.- Una vez firmadas las Condiciones particulares y transcurrido el Período de Comercialización, de tal modo que el Producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente.

No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que éste podrá repercutirle".

Lo anterior, sin perjuicio de poner de manifiesto que, en la cláusula 5, el cliente viene a reconocer al banco una facultad de revocar el contrato en determinadas condiciones.

B) Por su parte, en las "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", de fecha 11 de octubre de 2.006, figura el nominal contratado (50.000 euros); el nombre del producto de cobertura: CLIP BANKINTER 06-12.3; la fecha de iniciación, vencimiento del producto y su duración (3 años y medio); la posibilidad de cancelación, en términos similares a los indicados antes (incluso más perjudiciales para el cliente, pues no se advierte diferencia entre la cancelación en las ventanas indicadas y fuera de ellas), y la posibilidad de revocación para el banco. Y, bajo la denominación de LIQUIDACIONES, se recoge:

- Periodicidad de las liquidaciones: trimestrales, los días 1 de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año de vigencia del producto. En caso de que alguno de estos días se declarara como día innábil, se realizará la liquidación el día hábil



inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 1 de febrero de 2.007 y la última el 3 de mayo de 2.010.

- En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada periodo, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

.Cliente paga:

Primer periodo (trimestres 1 y 4): euribor 3 meses (\*) x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es menor o igual al 3,75%; o 3,75% x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es mayor al 3,75%.

Segundo periodo (trimestres 5 a 8): 3,95% x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es menor o igual al 3,95 %; o, 3,95% x (125% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es mayor al 3,95%.

Tercer periodo (trimestres 9 a 14): 4,35% x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es menor o igual al 4,35%; o, 4,35% x (125% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es mayor al 4,35%.

.Cliente recibe:

Primer periodo (trimestres 1 y 4): euribor 3 meses (\*) x (100% del nominal contratado).

Segundo periodo (trimestres 5 a 8): euribor 3 meses (\*) x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es menor o igual al 3,95 %; o, euribor 3 meses (\*) x (125% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es mayor al 3,95%.

Tercer periodo (trimestres 9 a 14): euribor 3 meses (\*) x (100% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es menor o igual al 4,35 %; o, euribor 3 meses (\*) x (125% del nominal contratado), si euribor 3 meses (\*) es mayor al 4,35%.

En las "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", de fecha 28 de diciembre de 2.006, figura el nominal contratado (100.000 euros); el nombre del producto de cobertura: CLIP BANKINTER 06-14.5; la fecha de iniciación, vencimiento del producto y su duración (5 años); la posibilidad de cancelación, en términos similares a los indicados antes (incluso más perjudiciales para el cliente, pues no se advierte diferencia entre la cancelación en las ventanas indicadas y fuera de ellas), y la posibilidad de



revocación para el banco. Y, bajo la denominación LIQUIDACIONES, se recoge:

- Periodicidad de las liquidaciones: trimestrales, 15 días 28 de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año de vigencia del producto. En caso de que alguno de estos días se declarara como inhábil, se realizará la liquidación el día hábil inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 28 de marzo de 2.007 y la última el 28 de diciembre de 2.011.

En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada período, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

.Cliente paga:

Primer período (trimestres 1 a 4): 3,50% si euribor 3 meses es inferior o igual al 4,00%; o euribor 3 meses -0,10% si euribor 3 meses es mayor al 4,00%.

Segundo período (trimestres 5 a 20): 3,95% si euribor 3 meses es inferior o igual al 4,45%; o euribor 3 meses -0,10% si euribor 3 meses es superior al 4,45%.

.Cliente recibe:

Trimestralmente: euribor 3 meses.

4º.- A tenor de las estipulaciones de los contratos se hace evidente que, en el juego de intercambio de prestaciones dinerarias entre las partes contratantes como consecuencia de la aplicación de los respectivos tipos de interés, un descenso del índice referencial del euribor 3 meses por debajo del tipo de interés fijado para el cliente acarrea un resultado negativo para éste, que puede traducirse en importantes pérdidas para el mismo con ocasión de las correspondientes liquidaciones trimestrales caso de una significativa bajada o desplome del índice del euribor, al no derivar de ello una previsión de reducción de la base mínima del tipo de interés a cargo del cliente.

En concreto, en el supuesto examinado, como consecuencia de los contratos suscritos, en las cuentas abiertas por la demandante se han producido las liquidaciones que se recogen en el documento 7 de la demanda, a cuya integridad nos remitimos.

5º.- De otro lado, en el supuesto de autos consta que la entidad demandante, con el fin de hacer frente a las liquidaciones negativas derivadas del primer "clip" a que hemos hecho referencia hubo de solicitar un préstamo en el

mes de febrero de 2.010 (documento 8 de la demanda, interrogatorio del demandante y declaración del testigo señor Caunedo).

Asimismo, consta que en fecha 14 de mayo de 2.010 la entidad demandante se dirigió a la demandada instando la anulación de los contratos y advirtiéndole del ejercicio de acciones legales en otro caso; y, que la demandada, procedió a la resolución unilateral del contrato relativo al segundo clip, adeudando en la cuenta del cliente la cantidad aproximada de 5.109,58 euros (documento 10 de la demanda, que se correspondería con el coste de cancelación, finalmente fijado en fecha 27 de mayo en 5.071,95 euros), reclamando la última liquidación negativa derivada del primer "clip" (documento 11), procediendo a dar por vencida la póliza de crédito contratada por la demandante de fecha 18 de octubre de 2.006 (documento 12 de la demanda).

5º.- Por último, en el supuesto que nos ocupa, cabe poner de manifiesto que no existe constancia documental ninguna, tampoco se acredita por otro medio, ni de las operaciones de crédito que tuviera concertada la demandante con la demandada (distinta a la póliza de crédito a que se refiere el número 2ª), ni de las que pudiera tener concertadas con otras entidades, ni al tiempo de suscripción del contrato, ni en el momento actual.

**TERCERO.- Naturaleza del contrato suscrito por las partes (de los dos contratos en este caso).**

El contrato litigioso suscrito entre la empresa demandante y el Banco demandado, en el que es objeto de contratación una modalidad de un producto financiero, 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.

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (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 u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

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.

En el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas, pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés.

#### **CUARTO.- Normativa y principios que resultan de aplicación.**

Pese a lo que se dice al demandar, conviene comenzar precisando que no resulta de aplicación al caso de autos, según entiende un sector muy mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia en atención a la normativa vigente, la legislación relativa a consumidores y usuarios, por no ostentar tal condición la entidad demandante.

A la vista de la fecha de concertación de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2.006, al supuesto examinado le sería de aplicación la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En relación a la conceptualización de la figura de consumidor, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 1 apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo

sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004). Dado que la demandante es una sociedad limitada cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición. Por lo demás, de aplicarse la nueva normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la no concurrencia en la demandante de la condición de "consumidor" se ofrecería aún más evidente, al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Sin embargo, la no concurrencia en la entidad demandante de la condición legal de "consumidor" no excluye la procedencia de un singular amparo de la misma 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. En relación con esto se ha dicho que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

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 deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito su clientela que los correspondientes contratos se formalizan por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante eventualidades propias de cada clase de operación.

Por su parte, 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, incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato. Bien entendido que la aplicación de esta normativa, según ya se ha dicho, exige una concreción sobre las condiciones cuya nulidad se solicita y sobre la concurrencia de los requisitos de tal nulidad en tal concreta cláusula, lo que no se hace en el caso de autos.

De igual modo se pone de relieve la importancia que presenta en el mercado la suscripción de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable, que determinó la obligación de las entidades que los concertaban de ofrecer instrumentos de cobertura de los términos fijados en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, cuyo artículo decimonoveno dispone: "Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura de riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura de riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina de la intervención de las entidades de crédito. Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 15 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios".

Fero la que real y efectivamente viene al caso es la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que, 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. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia y sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, el R.D. 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

La aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas, en las que se revela una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó que en el ámbito comunitario se promulgara la denominada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), plasmada en primer término en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en la que se impone en los Estados miembros la exigencia a las entidades de un específico código de conducta destinado a asegurar una cumplida información sobre las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación, entra las que expresamente se mencionan "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", diferenciándolos, a su vez, de aquellas otras operaciones que, dada la implantación generalizada que presentaban en el mercado, no se vieron



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

rodeadas de similares garantías. Y en ese mismo camino enmarca la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 agosto de 2.006, por la que se aplica la antes mencionada lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, en la que destaca sustancialmente la clasificación de los clientes (minorista/profesional) a efectos de delimitar la extensión de la protección que dispensa y la introducción de los test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de inversión.

La trasposición del derecho comunitario vino a materializarse en derecho interno mediante la Ley 47/2.007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma los mismos instrumentos financieros expresados para la Directiva (artículo 2) y que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3 y 7).

Luego, el Real Decreto 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el Real Decreto 692/1993, antes mencionado) no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros); imponiendo a las entidades que prestan el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente (artículo 72) y obligando a las entidades que presten servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado anterior el deber de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado (artículo 73).



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Normativa toda la anterior que, si bien se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2003), tal y como indican las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 27 de enero y 23 de julio de 2.010.

Finalmente, todavía cabe tener en cuenta en relación con la materia que nos ocupa la Circular del Banco de España 8/1.990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela e, incluso, los informes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España relativos a los ejercicios 2007 y 2008 en los que, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, referidos a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establece el criterio de que 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 en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

En el concreto caso de autos, atendida la fecha de celebración de los contratos, no resulta de aplicación la denominada normativa MIFID, tal y como sostiene la parte demandada. No obstante, al respecto, cabe indicar que, si bien es cierto que a la fecha de celebración de los contratos no han entrado en vigor ni la ley 47/2007, ni el Real Decreto 217/2008, a los que acabamos de hacer referencia, resulta de aplicación toda la normativa anterior citada, en particular el Real Decreto 629/1993, que viene a recoger muchos de los principios desarrollados en la normativa posterior, según se ha dejado constancia, en particular sobre la obligación de informar en cuanto a los riesgos y de obtener información, también, sobre el cliente. De otro lado, también ha de dejarse constancia, en cuanto a las Directivas comunitarias, que, si bien no se habían traspuesto al derecho interno (por lo que no resultaban directamente aplicables en las relaciones entre particulares), no es posible ignorarlas, y la necesidad de que las autoridades nacionales (entre las que nos encontramos) realicen una interpretación conforme al derecho comunitario del ordenamiento nacional ha sido ampliada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la aplicación de las Directivas.

En segundo lugar, en relación con la comunicación pública de fecha 20 de abril de 2.010 del Banco de España y la Comisión





Nacional del Mercado de Valores (aportada como documento 8 con la contestación) y lo previsto en particular en el artículo 7.º párrafo 1.º de la L.M.V. (que tampoco habría entrado en vigor en la fecha de suscripción de los contratos litigiosos), se viene a sostener que el producto contratado debe considerarse un producto bancario y no de inversión, sin que le sea de aplicación la normativa MIFID. Sin embargo, múltiples son los argumentos que no permiten compartir tal consideración y que resumidamente, pasamos a exponer:

- A) En primer lugar, es la propia normativa, según ha quedado expuesto, la que incluye en su ámbito de aplicación los contratos litigiosos.
- B) En segundo lugar, la comunicación que se invoca tiene por objeto "la delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura". No se trata, pues, de la determinación de la normativa aplicable, sino, en su caso, de una delimitación de competencias.
- C) En tercer lugar, se trata de un mero comunicado, en consecuencia, de carácter orientativo, al que no cabe otorgar mayor valor (ni siquiera el propio de una circular del Banco de España).
- D) En cuarto lugar, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, no se cumplen en el caso de autos los propios requisitos que se contemplan en el comunicado a que venimos haciendo referencia para que pueda hablarse de un contrato bancario vinculado al litigioso y de donde resultaría la competencia del Banco de España. Por sólo referirnos a lo más importantes: el plazo de vigencia de los derivados (contratos objeto de litis) no coinciden con el del contrato bancario con ocasión del cual se concertarían, ni se permite la cancelación automática de aquél con éste; de otro lado, a efectos meramente dialécticos, el producto o productos bancarios vinculado/s al contrato derivado no se habrían comercializado con la demandada exclusivamente, según viene a admitir esta misma (que los pone en relación con el crédito global que tenía el cliente). En definitiva, al margen de lo indicado anteriormente, tampoco en cuanto al fondo, estaríamos ante un supuesto de los que contempla la comunicación que se invoca por la demandada.

En suma, la normativa y principios que han sido expuestos, con excepción de la no vigente a la fecha de celebración del contrato, resultan de plena aplicación al caso de autos.

**QUINTO.- Consideraciones fácticas relevantes en el caso de autos en orden a la resolución del mismo.**



Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com

Varias son las circunstancias fácticas relevantes que han de ponerse de manifiesto, en relación con el concreto caso de autos, en orden a su resolución y que resultan de una valoración conjunta de la prueba practicada, conforme a las normas de la sana crítica y lo que a continuación se expresa:

1º.- En primer lugar, cabe insistir en que la entidad demandante resulta ser una pequeña sociedad familiar, con un capital inicial de 3.006 euros, cuyos únicos socios son el señor ..... y su esposa (diplomada en nutrición), ninguno de los cuales se ha acreditado cuenta con conocimientos o formación en materia financiera y sin que se haya acreditado cuenta la empresa con más de un trabajador. Tampoco ha quedado acreditado que la entidad demandante hubiera contado con asesoramiento externo. Asimismo, tampoco ha quedado acreditado que contara con ninguna experiencia inversora. Ninguna prueba se ha practicado en este sentido, a salvo de la declaración del propio señor ".....". La señora "....." no ha quedado acreditado hubiera tenido ninguna intervención en la contratación de los productos que nos ocupan, ni que ocupe ningún cargo en la demandante (al margen de su condición de socio), tampoco que cuente con particulares conocimientos en materia financiera, al margen de reconocer que cuenta con fondos de inversión. Por ello, las afirmaciones que se hacen al contestar sobre la larga experiencia inversora en productos financieros de la demandante o su administrador resultan gratuitas.

2º.- Respecto a la concreta forma en que se ofertó y concertó la contratación del producto litigioso (fase precontractual), contamos con la declaración del señor ....., de un lado; y, de otro, la del señor Peláez Boto, en aquel momento empleado de la demandada con el que se contrató, aunque marchó del Banco al final del mes de diciembre de 2.006.

El señor ..... manifiesta en relación con este aspecto: que en el curso de la negociación del contrato multilínea por importe de 30.000 el señor Peláez le ofertó un seguro para proteger el tipo de interés; que se firmó el contrato sobre la marcha, que las explicaciones durarían cinco minutos y se acababa el plazo para poder contratar; que tenía confianza con el comercial que le vendía el producto, estaba muy contento con él, incluso mantuvo su relación cuando cambió de Banco; que fue la demandada la que fijó el nominal del contrato; que en diciembre de 2.006 se amplió la línea de descuento y le dijeron que tenía que firmar otro clip, que **pensó** que lo que se firmaba era una ampliación del anterior; que no hubo ninguna documentación previa ni ningún folleto; que no le explicaron los riesgos del productos ni se hicieron simulaciones, que lo que le dijeron era que si subía el Euribor que estaría protegido.

lo que dice la demandada. En modo alguno se concreta que como resultado de las operaciones pudieran producirse importantes pérdidas. Por el contrario, bajo el ropaje de una aparente sencillez (al describir el objeto de contrato), se establecen unas condiciones de gran complejidad en la determinación de sus consecuencias. Baste a tal efecto con leer el contrato que nos hemos molestado en transcribir.

- B) No se especifica en el contrato la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos de las liquidaciones, ni tampoco consta ninguna motivación de las que se realizan.
- C) Tampoco, se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, debiendo otorgarse a este aspecto gran trascendencia.

Hechos estos que son significados, también, en el informe pericial elaborado.

4º.- Los contratos suscritos no contienen unas condiciones equilibradas en relación con lo que el cliente tiene que pagar y recibir y así lo evidencian las liquidaciones ya efectuadas a que hemos hecho referencia. Cuando el euribor sube por encima del tipo fijo establecido para el cliente, que es cuando genera beneficios a su favor, el banco fija unas barreras de subida para que dichos beneficios sean inferiores; por el contrario, si el euribor disminuye por debajo del tipo fijo establecido contractualmente, que es cuando genera pérdidas al cliente, no existen barreras de bajada que atenúen dichas pérdidas, y, esto, convierte al instrumento financiero en un producto asimétrico, en perjuicio del cliente.

En el caso de autos tal desequilibrio es patente, según se expresa en el informe pericial elaborado por el señor Verdú.

5º.- Desde otro punto de vista, cupiera pensar que la pérdida que le pueda suponer el producto financiero contratado al cliente se ve compensada por la bajada de tipos de interés en relación con el crédito que tuviera concertado, de manera que la situación financiera del demandante no se viera afectada. Sin embargo y además de lo que se indica a continuación, no contamos con prueba ninguna al respecto que permita alcanzar tal conclusión. Se limita a afirmar tal hecho la parte demandada al contestar, pero se desconoce total y absolutamente cuál es el crédito que tiene concertado la demandante, no ya con otras entidades, sino con la propia demandada y no se practica cálculo ninguno, ni se aporta prueba que permita constatar que las posibles pérdidas generadas por los contratos litigiosos se ven compensadas de otro modo.

Lo anterior nos lleva a concluir que no hay prueba ninguna de que el contrato litigioso en el caso de autos cumpla una función de cobertura o estabilización de costes financieros.

De un lado, se dice que el nominal del contrato litigioso se hace coincidir con el crédito global que ostentaba la demandante. Sin embargo, ha de ponerse de manifiesto que el importe nominal de los "swaps" es escogido por la parte demandada, así lo declara el señor Menéndez Campa, y se desconoce totalmente cuál es la naturaleza de tal crédito global a que vendría referida la cobertura, ni sus plazos, ni si todo él viene referido a un interés variable, etc.; hechos trascendentes en orden a determinar si los productos contratados ofrecen una verdadera cobertura. Aspectos que no pueden entenderse acreditados a medio del documento 2 aportado con la contestación, porque, además de difícilmente inteligible sin una explicación al respecto (que no se hace), no contempla los aspectos referidos.

De otro lado, el plazo de vigencia del producto (tres años y medio un clip y cinco años el otro, en el presente caso) tampoco se ha acreditado guarde ninguna relación con el crédito de la demandante.

Por último, el contrato litigioso se comporta de manera totalmente independiente al crédito a cuya cobertura pudiera venir referido, en el sentido de que ni la cancelación de tal crédito conlleva automáticamente la del producto, ni tampoco se tienen en cuenta cualesquiera posibles amortizaciones parciales del crédito. Precisamente, en el caso de autos consta que el máximo crediticio de la póliza de crédito concedida por el Banco (único crédito que obra en autos) fue reducido a la mitad (de 60.000 a 30.000 euros), sin que ello afectara en absoluto a los clips contratados. Incluso, el señor . . . refiere que es cuando le cancelan la línea de descuento cuando es consciente de que se trata de dos contratos y que son independientes y es cuando le manifiestan que para poder cancelarlos tiene que pagar.

**SIXTO.- Vulneración de la normativa y principios de aplicación en el caso de autos.**

Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual de la demandante con el Banco demandado, puesta en relación con las consideraciones fácticas que hemos hecho referencia, cabe concluir que dicha normativa ha 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 de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 26 de abril de 2006 y de Pontevedra de 7 de abril de 2.010).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue inexistente en el caso de autos.

El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén 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 en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. Entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada. En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de

que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera .

Máxime, todo lo anterior, cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir sin ningún género de dudas a la entidad demandante), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión.

Fácilmente cabe concluir, entonces, que, en el caso de autos, en la contratación no se cumplió la normativa y principios de aplicación a que hemos hecho referencia. Ni se tuvo en cuenta que el demandante contara o no con conocimientos financieros, pues nada consta en cuanto a la valoración que se hizo respecto al cliente y a la idoneidad o conveniencia del producto para ella; ni se le informó de tal modo que pudiera tener conocimiento sobre los riesgos reales de la operación a fin de tomar una decisión consciente.

**SEPTIMO.- De la existencia de vicio en el consentimiento y consiguiente nulidad de los contratos en el supuesto que nos ocupa.**

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

En el concreto ámbito que nos ocupa y por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos

financieros ofrecidos y suscritos por la demandante en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en ésta última determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21 de enero de 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".

En el mismo sentido, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero de 2.010 (en igual sentido la de 23 de julio de 2.010), para un supuesto similar: "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, periodo 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)".

Por lo que se refiere al error, según el art. 1266 del Código Civil, 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, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En el caso objeto aquí de enjuiciamiento, a la luz de los hechos que han quedado expuestos entendemos concurren motivos bastantes para entender que la parte demandante al contratar sufrió un error esencial y excusable, con arreglo a lo que, a continuación y reiterando mucho de lo hasta aquí dicho, se expresa:



1º.- En cuanto a lo que es la esencia y finalidad del contrato se pone de manifiesto que el producto contratado se oferta como un medio de cobertura de riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés (y así lo admite la propia parte demandada), haciendo creer que lo que se concertaba era un medio de aseguramiento (en ese sentido se habla de seguro) y no lo que en realidad se contrata, un contrato de permuta financiera que conllevaba los riesgos a que ya se ha hecho referencia y que han conducido a la parte demandante bien a soportar liquidaciones negativas importantes, bien a soportar el coste de cancelación que respecto al segundo clip determina la parte demandada. Se ofrece al cliente una estabilización de los costes financieros de la empresa, según se reitera en diversas ocasiones, sin embargo el resultado no puede ser más alejado de tal estabilización. No se acredita que se advierta de modo que el cliente pueda ser plenamente consciente de lo que ocurre en supuestos de bajada de tipos de interés. En definitiva, se dice contratar un producto a fin de evitar los posibles riesgos de subidas de tipos de interés, pero no se advierte de los riesgos que tal producto conlleva en un escenario de bajadas de tipos cual el que, finalmente, acaece. El demandante pretende contratar un producto que le asegure frente a la posible evolución al alza de los tipos de interés y estabilice sus costes financieros; sin embargo, contrata un producto con evidente riesgo que, en determinados escenarios, conlleva importantes perjuicios en modo alguno previstos al contratar.

2º.- En segundo lugar, también se considera esencial el error que concurre sobre la total independencia del contrato con respecto al crédito que ostenta la parte demandante. El instrumento, que se dice de cobertura y asociado al crédito, resulta independiente de éste, pues no queda acreditada su relación con tal crédito, ni en cuanto a su importe, ni en cuanto a su período de vigencia. Además, el instrumento, que se dice de cobertura y asociado al crédito, resulta independiente de éste, pues ni la posible cancelación ni la reducción de aquél surten ningún efecto en el contrato litigioso concertado. Y esto se evidencia en el caso de autos, pues, a pesar de reducirse el crédito e incluso cancelarse éste, hecho con ocasión de la cual se conciertan los "clips", no se ve liberada la demandante de las consecuencias negativas de éstos, aspecto en que insiste el señor [redacted] en su declaración. El comportamiento absolutamente independiente de estos productos con respecto al crédito con ocasión del cual se conciertan es otro error que se considera esencial al contratar.

3º.- En tercer lugar, la demandada no facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero

significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía. Riesgo que, de la lectura del propio contrato, tampoco, podía llegar a inferirse. Incluso, también se ha señalado, que esa omisión de información sobre los posibles riesgos de la operación es tanto más significativa teniendo en cuenta que ningún riesgo asume el Banco que asegura su operación con otra entidad (según ella misma admite de modo tácito, pues nada manifiesta al respecto), de manera que, en todo caso, obtiene un beneficio a través de la comisión que percibe al intermediar en la operación. En definitiva, no cabe entender que el producto fue explicado correctamente (incluso, según se ha reiterado, infringiendo la normativa y principios de aplicación), ni tampoco que los riesgos que comporta se entiendan perfectamente, como sostiene la parte demandada. Al contrario, en el caso de autos, no consta la existencia de ninguna información ni sobre los riesgos del producto, ni sobre su contenido (particularmente complejo en el caso de autos, no constando ni el modo en que se practican las liquidaciones, ni tampoco el coste de cancelación).

4º.- Por último, ha de tenerse en cuenta la distinta condición de las partes y la relación existente entre ellas, en orden a valorar la excusabilidad del error, según se viene insistiendo. De un lado, la parte demandante en quien, ya hemos dicho, no constan ni conocimientos ni experiencia en materia financiera y cuya calificación ha de considerarse, en todo caso, como de minorista. De otro lado, el Banco, profesional del ramo y a quien es exigible la diligencia propia de tal condición, diligencia que, en absoluto, se acredita en el caso de autos, en el que no consta la más mínima información ni sobre los riesgos ni sobre el contenido del contrato concertado. Por último, cabe destacar la relación de confianza que existe entre la parte demandante y el empleado de la demandada con el que se conciertan los contratos; relación de confianza que se pone de manifiesto por que, antes, el cliente ya había quedado contento con la hipoteca personal que había negociado con la demandada y, después, cuando aquel empleado cambia de banco se realizan con él otras operaciones. En tales circunstancias, condición de las partes y relación de confianza, se comprende que, quien firma, más que leer detenidamente lo que firma (4 páginas de condiciones generales y 1 o 2 de condiciones particulares, del tenor que ha quedado expuesto), lo suscribe fiándose de la seguridad que se le ofrece.

En suma, 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 por la demandante -en quien concurriría la condición de cliente minorista- así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejado expuestos, 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.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del Código Civil, procede declarar la nulidad de los dos contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda.

Todo lo anterior, en el mismo sentido que ha sido expresado ya en una jurisprudencia mayoritaria relativa a casos similares al presente de la que son muestra las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 27 de enero y 23 de julio de 2.010, sección 7ª, de 29 de octubre de 2.010 y 16 de diciembre de 2.010, y, sección 4ª, de 12 de noviembre de 2.010, 11 y 14 de febrero o 2 de marzo de 2.011; de Pontevedra, sección 1ª, de 7 de abril de 2.010; de León, sección 2ª, de 22 de junio de 2.010 y 21 de enero de 2.011; de Vizcaya, sección 4ª, de 14 de septiembre de 2.010; de Valencia, sección 1ª, de 6 de octubre de 2.010; de Salamanca, de 31 de enero de 2.011; o, de Burgos, sección 3ª, de 10 de noviembre de 2.010 y 3 de diciembre de 2.010.

**OCTAVO.- De la inexistencia de confirmación del negocio con base en la doctrina de los actos propios.**

Tampoco puede oponerse como óbice al supuesto error el hecho de que la parte demandante no manifestara disconformidad hasta que tienen lugar las liquidaciones negativas, pues, según ya se viene reiterando por la jurisprudencia, tiene lugar en el plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato fijado legalmente (artículo 1.301 Código Civil). Lo anterior dejando al margen que tal hecho resulta lógico y viene a ratificar el desconocimiento sobre el alcance de lo realmente concertado. El plazo de caducidad, aspecto al que se hace referencia al concluir, comienza a correr en los casos de error desde la consumación del contrato, por lo que no habría transcurrido en ningún caso. Respecto al hecho de que durante bastante tiempo, más de dos años en el presente caso, coincidiendo con las primeras liquidaciones negativas a partir de marzo de 2.009, la demandante nada hubiera opuesto, ya hemos dicho que parece un hecho lógico, pues en tal momento advertiría su error la demandante sobre el producto contratado; en todo caso, no reuniría tal actuación los requisitos propios de la confirmación contemplados en el artículo 1.311 del Código Civil. La confirmación, aún la tácita, ha de manifestarse a través de hechos concluyentes de los que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar y, además, exige como requisitos necesarios, tanto que la causa

de anulabilidad haya cesado, como que sea conocida por quien confirma, pues no se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile, ni es válida la confirmación afectada del mismo vicio que el contrato a que se infiere.

De otro lado, tampoco cabe otorgar, en el caso de autos, el significado que pretende la demandada al hecho de que la parte demandante hubiera suscrito un primer contrato en fecha 11 de octubre de 2.006 y otro posterior el 28 de diciembre de 2.006. Este segundo contrato, según convienen las partes, vino a suscribirse como consecuencia de aumentar el crédito la demandada a la actora hasta los 60.000 euros; sin que aún hubiera tenido lugar ninguna liquidación del primer contrato; y, según el señor . . . , le fue impuesta su suscripción y pensó que lo que estaba firmando era una ampliación o actualización del primer contrato. Todo lo cual viene, más bien, a abundar en el sentido de total desconocimiento de la demandante sobre lo que se concertaba.

Por último, es cierto que al tiempo de interposición de la demanda el primer clip ha finalizado su vigencia y el segundo ha sido unilateralmente cancelado por la demandada, según resulta de la documental a que se ha hecho referencia y manifiesta el testigo señor Caunedo; aspectos éstos sobre los que nada refieren las partes. Ello no obstante, tampoco tales circunstancias son óbice para que opere, con eficacia retroactiva, la nulidad, además instada por la parte demandante (documento 9) antes de que aquéllas hubieran ocurrido.

En el caso de autos, por lo que consta, la parte demandante ha venido haciendo frente a las liquidaciones negativas que del primer producto litigioso se le han ido derivando, incluso ha llegado a solicitar un crédito para hacer frente a tales liquidaciones negativas, aunque no consta se hayan abonado todas. Sin embargo, de tales hechos, que lo único que ponen de manifiesto es que la parte demandante ha hecho frente a las consecuencias que de los contratos cuya nulidad ahora insta se le han seguido, en absoluto cabe inferir la ejecución de hechos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciar a la causa de nulidad que se ha invocado en el presente procedimiento. Lo anterior, dejando al margen, de un lado, que la demandante actuó según las indicaciones que le fue haciendo la propia parte demandada, solicitó el préstamo a su instancia; y, de otro, que el señor . . . manifestó al ser interrogado que la solicitud del crédito para hacer frente a las consecuencias del "clip" fue la única salida que le quedó, porque le informaron que no había otra y le dijeron que figuraría en la lista de morosos y le perjudicarían, afirmación que, asimismo, resulta verosímil; aspectos ambos que coadyuvan a descartar la posibilidad de confirmación que, en última instancia, quiere hacer valer la parte demandada.

En cuanto al segundo clip, lo que tiene lugar, tras ser requerida la demandada, es que ésta procede unilateralmente a la cancelación del producto cargando al cliente el costo de su cancelación. Hecho que, en modo alguno, consta fuera aceptado por la demandante; al contrario, su demanda pone de manifiesto lo contrario.

**NOVENO.- Costas**

Atendida la estimación de la demanda, resulta pertinente la imposición de costas a la demandada, en aplicación de lo previsto en el artículo 394.1 de la ley de enjuiciamiento civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por la representación de ..... , S.L., contra BANKINTER, S.A., declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos entre las partes en fechas 11 de octubre y 28 de diciembre de 2.006, por haber existido en su formación vicios en el consentimiento prestado, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas y que se pudieran llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia; todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al de su notificación.

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 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes

tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- La anterior resolución fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó en el mismo día de su fecha, habiéndose celebrado audiencia pública. Doy fe

C O P I A

NOTIFICADO: 18-5-11

Por su parte, el señor Peláez Boto reconoce que el producto era ofrecido por el Banco y se firmaba en la oficina como una "cobertura de tipos de interés", pero en cuanto a la concreta forma en que se negoció, reiteradamente, manifiesta no recordar el caso, si bien dice que se aclaraba todo lo que preguntaban los clientes. Así, no recuerda si se hizo un expediente aparte sobre el contrato; no recuerda porqué se firmaron dos contratos; tampoco si se informó sobre la posibilidad de cancelación; no sabe si se hicieron simulaciones, aunque dice que se entregaba un PDF en que se contenían y se informaba sobre los escenarios en caso de bajada de tipos; no recuerda cuánto pudo durar la negociación en este caso, pero no se solía hacer sobre la marcha; también afirma que las características del producto cambiaban cada 15 días o tres semanas, viniendo fijados los tipos y la duración.

En todo caso, documentalmente, y esto es lo que debe ser destacado, no hay constancia ninguna ni sobre la información ofrecida al demandante en relación con los términos del contrato, ni tampoco en relación con su idoneidad para la suscripción del contrato. Nada obra documentalmente ni sobre la idoneidad del producto para el cliente, ni sobre la información facilitada en cuanto al producto que se contrataba (información sobre los riesgos que comportaba en relación con la evolución de intereses, existencia de concretas simulaciones o resultados de la cancelación del producto, informando en definitiva al demandante sobre los verdaderos riesgos que comportaba la contratación). Es más, ha de entenderse acreditado que, en el caso de autos, no existió ningún documento informativo previo, ni oferta vinculante en relación con el producto que se contrataba. En este sentido, únicamente, se aportan por la demandada los documentos 3 y 4 de la contestación, pero es negada su entrega por la parte actora y ninguna prueba sobre la misma se practica. Nada consta, en definitiva, documentalmente: ni que se hubiera evaluado la idoneidad del demandante para concertar el producto, ni que se le hubiera informado sobre los verdaderos riesgos de éste (que son los relativos a la previsible evolución de los tipos de interés), exigencias que ya establecía el Real Decreto 629/1993.

En las circunstancias que quedan expuestas no cabe hablar, como hace la demandada, al contrario, de que se ofreció una completa información a la demandante sobre el producto, pues ello, en absoluto, queda acreditado.

3º.- En relación con el propio contenido del contrato litigioso debe significarse:

- A) Que los riesgos que asumen las partes sólo se mencionan de forma muy genérica, según hemos visto, sin que pueda hablarse de concreción de tales riesgos, ni en el condicionado general ni en el anexo del contrato y pese a