

JORDI NAVARRO BUJIA
ADVOCAT N.E.
PROCURADOR DELS TRIBUNALS
ST FELIU - ESPLUGUES - MARTORELL
C/ Església, 4 2º
Tel. 93.666.70.62 - Fax. 93.666.26.49
00900 ST. FELIU DE LLOBREGAT (BARCELONA)
despachos@procuradornavarro.com

Abogado: [REDACTED] S/R:
Cliente: [REDACTED] S.L.
Mi ref.: A11684
Contra: BANKINTER
JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 4 DE SANT
FELIU DE LL. 757/10-C
Notificada: 07/06/11

Juzgado Primera instancia 4 Sant Feliu de Llobregat
Dalt, 10-12
Sant Feliu de Llobregat Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 757/2010 Sección C

Parte demandante [REDACTED], SL
Procurador JORGE NAVARRO BUJIA
Parte demandada BANKINTER, S.A.
Procurador JUAN GARCIA GARCIA

SENTENCIA nº 139/11

En Sant Feliu de Llobregat, a 27 de mayo de 2011.

Vistos por Dña. Elena Campos Martín, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de los de esta ciudad los presentes autos de **juicio ordinario seguidos con el número 757/10-C** a instancia de [REDACTED] SL representada por el Procurador de los Tribunales D. Jordi Navarro Bujia y defendido por el Letrado D. [REDACTED] contra BANKINTER SA representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan García García y defendido por el Letrado D. [REDACTED], dicto la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de julio de 2.010 se interpuso por el Procurador de los Tribunales D. Jordi Navarro Bujia, demanda de juicio ordinario en nombre y representación de de la mercantil [REDACTED], S.L. contra Bankinter, S.A.

Mediante decreto de fecha 23 de septiembre de 2.010 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado quien contestó dentro los veinte días que la ley dispone a dicho efecto, oponiéndose a la demanda.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación, las partes fueron convocadas a la audiencia previa que tuvo lugar el día 31 de enero de 2011, en la sala de vistas de éste juzgado. En el acto de la audiencia previa se fijaron los hechos controvertidos y sobre los mismos cada parte propuso prueba, procediendo SSª a admitir la que consideró útil y pertinente, señalando fecha para la celebración de juicio.

TERCERO.- En la fecha señalada para la celebración del juicio, 25 de marzo de 2.011, se practicó la prueba admitida y se formularon conclusiones en la forma que resulta del DVD. SSª declaró los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y plazos señalados en la ley, haciendo uso respecto de la ampliación del

plazo para dictar sentencia previsto en el art 434 LEC de lo dispuesto en el art 211 LEC, por razón de la complejidad del asunto atendido tanto su objeto cuanto la controvertida jurisprudencia sobre el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el actor ██████████, S.L -mercantil dedicada a la actividad empresarial de fabricación y comercialización de colas y otros productos para artes gráficas, envases, etc., con productos propio- se ejercita acción contra BANKINTER SA, solicitando que se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las litigantes en fecha 06/03/07, tanto por lo que respecta a sus condiciones generales como particulares y con correlativa condena de la demandada a abonar a la actora la diferencia de los importes abonados por las partes durante la vigencia del contrato más costas.

En sustento de su pretensión la parte demandante sostiene, esencialmente, que en el momento de celebrar el contrato concurrió en la actora un vicio del consentimiento consecuencia de la falta de información precontractual que la entidad bancaria estaba obligada a suministrar y, en concreto, sostiene que la misma no procedió a la averiguación de las características del cliente que permitieran discernir su idoneidad para la contratación del producto; segundo, que la información suministrada (ejemplificada en el folleto informativo del producto comercializado bajo el nombre "CLIP BANKINTER 07-3.5" lejos de clarificar la verdadera naturaleza del contrato, concretas condiciones de cancelación y verdaderas consecuencias que implicaba como producto financiero complejo y de alto riesgo, es ambiguo y se ofreció con apariencia de contrato de cobertura de riesgos, cuando en realidad esconde una permuta financiera; tercero, el contrato es abusivo por cuanto contiene una desproporción entre prestaciones y así permite, por un lado, que el Banco se desvincule según su libre criterio y, por otro, que si lo pretende el cliente, el mismo haya de pechar con el coste de cancelación anticipada que, además, no se explicita de forma concreta; cuarto, el contrato es desproporcionado en el monto de eventuales beneficios y perjuicios económicos (liquidaciones de signo positivo y negativo) que puede reportar; quinto, el importe fijado como nominal contratado en el condicionado particular fue, inexplicablemente, de 500.000 euros cuando la cifra de negocio real entre las partes nunca excedió de 300.000 euros; sexto, los actores, aún cuando gestores de una empresa, carecen de formación y conocimientos sobre productos derivados.

Por su parte, el demandado BANKINTER SA se opuso a la pretensión deducida de contrario aduciendo, también esencial y resumidamente, que si bien es cierto que celebró el contrato que se afirma, no lo es menos que: primero, no concurrió vicio en el consentimiento siendo que por el contrario la parte demandante celebró el contrato a la vista de dos circunstancias fundamentales a las que tenía que hacer frente y que hacían idóneo el negocio: el endeudamiento global (CIRBE de diciembre de 2007) que ascendía a 2.877.000 euros y la previsión alcista del Euribor; segundo, que la entidad bancaria informó adecuadamente

sobre el objeto del contrato por ser su clausulado claro y sencillo y ser informado sobre sus dudas por el personal del Banco; tercero, que el producto no era especulativo, sino para protegerse sobre el eventual riesgo de subida de tipos; cuarto, que la caída de tipos que se produjo repentinamente durante el segundo año de vigencia del contrato era imprevisible (también para la entidad bancaria) al tiempo de contratar; quinto, que mientras recibió liquidaciones positivas no planteó duda alguna sobre la validez del contrato y que ello sólo surgió al recibir liquidaciones negativas (conforme a la estructura de pagos fijadas por las partes) que llevó a la actora a arrepentirse de haber contratado el CLIP; sexto, que la cancelación del CLIP BANKINTER se explicitaba en forma sencilla en el clausulado y que la referencia como base de cálculo a las fluctuaciones del mercado ha sido homologado por el Banco de España; séptimo, que no es cierto que los riesgos asumidos por el demandante fueran muy superiores a los asumido por la demandada por cuanto las liquidaciones no conllevan lucro o ganancia para BANKINTER quien busca en el mercado mayorista de coberturas, por medio de su mesa de tesorería, a otra entidad financiera que cubra a su vez su posición (en este caso, BNP Paribas) y de modo, en suma, que actúa como mero intermediario sin interés económico más allá de la comisión por contratación Y por último insiste en que en el momento de suscripción del contrato era ínfima la posibilidad de caída en picado del euribor.

Llegados a este punto, un ordenado examen de la cuestión litigiosa exige, en primer lugar, examinar la naturaleza del contrato celebrado por razón de su objeto (contrato de permuta de tipos de interés), en segundo lugar la normativa a la que quedaba sujeta la celebración del mismo, en tercer lugar las circunstancias de la celebración del contrato en orden a la formación de la voluntad y eventual concurrencia de error en el consentimiento y, por ende, efectos de la misma (nulidad, en su caso).

SEGUNDO.- Pues bien, conforme a lo expuesto se plantea en primer lugar examinar la **naturaleza jurídica del contrato litigioso** que reviste, sin lugar a dudas a la vista de su literal y de la pericial aportada por el perito D. David García Muntané -que esta juzgadora hace suya conforme a lo dispuesto en el art 348 LEC respecto de la sana crítica, vistos los argumentos, aclaraciones y razonamientos vertidos por el mismo en juicio- las características de un contrato Interest Rate Swap o swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquel 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.

Si bien inicialmente, este tipo de contratos se celebró entre dos interesados -normalmente grandes empresas- que el Banco ponía en contacto interponiéndose entre las partes (por cuanto cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos, de modo que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas) actualmente los Bancos contratan por iniciativa propia (sin que existan clientes recíprocamente interesados ex antes), asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente, bien al contrario -cual acontece en el presente caso,

según se verá- tiende a asimilarse al de la mayorista con quien preestablece los elementos esenciales del clausulado del contrato de adhesión (tipos, barreras...).

Los denominados contratos "swap" son negocios jurídicos atípicos en nuestro ordenamiento jurídico, si bien válidos al amparo del art. 1.255 CC y 50 y ss del Código de comercio, siempre claro está que su clausulado respete los principios y normas generales de la contratación. Además de la atipicidad, según la doctrina, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de contrato principal, bilateral, sinalagmático y aleatorio y 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 compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Efectivamente, dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce sobre un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es consustancial a tal clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a 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 especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido.

En el presente caso, según se verá, aún cuando se dotó al contrato de la apariencia de cobertura (frente a fluctuaciones), lo cierto es que por el efecto de la barrera en el tramo superior e inferior el contrato "desactiva" la pretendida cobertura -en palabras del perito Sr.García- de modo, en suma, que dicho en forma sencilla, cuando el cliente "gana", gana poco, pero cuando "pierde" lo hace sustancialmente.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto se planteó, en segundo lugar, examinar la **normativa aplicable** a tal clase de contratos y, así, conviene citar, en primer lugar, la ley 26/1988 de 29 de julio (RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782) sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en cuyo art. 48.2, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su cliente la 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.

Igualmente parece oportuno decir que la ley 24/1988 de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) del Mercado de Valores, reformada por ley 47/2007 de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), cuyo art. 2 viene a establecer, comprendidos dentro de su ámbito, una serie de instrumentos financieros -entre los que se encuentra los contratos de permuta financiera de tipo de interés- con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario oficial o no. Pues bien, dicha ley, en los art. 78 y ss. exige a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta actividades relacionadas con los mercados de valores -con expresa mención a las entidades de crédito- una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus

clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurase de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es esencial la exigencia a la entidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan y sin esa información la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente .

Se trata, en suma, de que las entidades suministren a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y dediquen a cada uno el tiempo y atención adecuados para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Igualmente se exige que la información a la clientela sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo especial hincapié en los riesgos que cada operación conlleva y ello, por supuesto, ha de entenderse muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. En suma se trata de que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y explicada.

Añadir, como ha recogido ya la jurisprudencia por su valor en orden a resolver, diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009 , cabe extraer que:

- 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.
- para su comprensión y correcta valoración se requiere 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. En caso contrario se considera que su actuación es 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 de 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 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 de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; 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 bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera.

En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es 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. Se llega a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés.

Y por último, vista la pretensión que se deduce, son de obligada cita los preceptos del Código civil que disponen los requisitos esenciales de todo contrato. Y así, el art. 1.261 del CC que exige consentimiento, objeto y causa (...) el art. 1.262 CC que establece que el consentimiento de los contratantes se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y que será nulo, según establece a su vez el art. 1.265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Según el art. 1266 del CC, para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto el contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. De hecho, como se lee en la STS de 3 de marzo de 1994 el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente. A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia 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 exigible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto

frente a la menor diligencia exigible a persona inexperta (que negocia con un experto) Por último ha de tenerse en cuenta que para apreciar esa diligencia exigible habrá que valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no. La Sentencia de AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 dice que 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 permiten obtener la mayor rentabilidad y que, en los contratos litigiosos- -como el de estos autos- de 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, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión.

Por último, en cuanto a la carga de la prueba, ha de tenerse en cuenta que la carga sobre la existencia de un adecuado asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que la diligencia exigible es específica (ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes) lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información adecuada.

CUARTO.- En el presente caso del examen de la prueba practicada en juicio (doc.nº2 y3) resulta en primer lugar que, efectivamente, las partes celebraron contrato de permuta financiera en cuya virtud acordaron intercambiarse o liquidarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar determinados tipos de interés, trimestralmente y en función del Euribor, sobre un nominal, que en este caso es de 500.000 euros.

Igualmente obra acreditado que, a resultas de lo dispuesto en el contrato, las últimas liquidaciones practicadas generaron unos cargos negativos para la actora que oscilaron entre 3.883'93 euros y 4.676'39 euros.

En cuanto a la satisfacción de la obligación de información precontractual llevada a cabo por parte de la entidad bancaria, es de ver el doc.nº11acompañado a la demanda consistente en el folleto informativo que la demandada proporcionó y en el que es de leer que el producto está "diseñado para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte o del total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable, independientemente de la entidad donde lo tenga financiado", haciéndose referencia en el párrafo siguiente al "período de cobertura". Ciertamente, de una primera lectura, atendido el tenor literal, el contrato ofrece más apariencia de contrato para la cobertura de riesgos que de permuta financiera. Igualmente, es de destacar que el citado folleto explicita las ventajas del producto en detrimento tanto de los inconvenientes cuanto de las condiciones, términos o concretas variables que se tendrán en cuenta para la cancelación anticipada del producto, aludiéndose sólo a una "ventana de cancelación".

Obviamente, tales deficiencias de información que se constatan en el "folleto

informativo" pudieron verse enmendada por gracia y efecto de las explicaciones suministradas por el personal del Banco y, en concreto, de D.MANUEL [REDACTED] [REDACTED] quien, en su condición de director de la oficina de Sant Joan Despí a la fecha de celebración del contrato, fue el dependiente de la entidad bancaria encargado, por un lado, de cumplimentar a título personal la obligación de información que afectaba a la citada entidad y, por otro, de prestar consentimiento contractual en nombre de la misma.

Pues bien, el citado trabajador del Banco -que sigue prestando sus servicios en la entidad bancaria- tras afirmar que le suministró toda la información necesaria sobre la estructura y el funcionamiento (5:47DVD) y la adicional que le fue requerida, tanto tras la presentación que les expuso cuanto en los días posteriores, reconoció, no obstante, que era cierto que en el folleto informativo no se hace mención de la concreta fórmula de cancelación y sí mera y genérica referencia a la "ventana de salida", justificándolo en suma por cuanto a la fecha del contrato (o precontractual, en su caso) falta una variable que, dependiendo del mercado, es futura y por tanto desconocida, aún cuando determinante del precio.

Frente a ello, D.EUDALD [REDACTED] sostuvo que cuando preguntó a D.MANUEL [REDACTED] por las "ventanas de cancelación", el mismo no le explicó la penalización y se limitó a decirle que sería fácil.

Lo cierto es que obra acreditada la deficiencia de la información escrita y de lo expresado en juicio por D.MANUEL [REDACTED] lejos de resultar que en el momento de celebrar el contrato se especificó (ejemplificativamente) el coste que podía conllevar separarse del contrato, se infiere que la información fue más bien tibia y que se relegó la cuestión a un segundo plano, so pretexto de que una variable dependía del mercado y, por ende, era indeterminada, cuando lo cierto es que nada impedía concretar la fórmula de cancelación y efectuar previsiones teóricas o cálculos por modelos.

Así, como dijo en juicio el perito de la demandada D.FRANCISCO JAVIER [REDACTED] cuando el cliente cancela con BANKINTER, el Banco ha de cancelar el contrato espejo y de modo que repercute el coste de cancelación (que depende del valor en el mercado) que puede ser positivo o negativo, en función de la coyuntura. Nada impedía, por tanto, contrariamente a lo que ocurre en la página nº13 del contrato explicitar el procedimiento de cancelación y haberlo desarrollado con pragmáticos ejemplos teóricos que dieran idea concreta de cuál podía ser el eventual coste de apartarse del contrato. Nada lo impedía, ni siquiera la circunstancia de que -como dijo el citado perito- existieran varios métodos teóricos o que una variable dependiera del mercado, en los términos expuestos.

En cuanto a la trascendental cuestión relativa a si explicó o no que si bajaba el tipo de interés las liquidaciones serían negativas, el Director de la sucursal Sr.Muro dijo que se hizo una "pequeña simulación", sin que de sus palabras y del literal de la información suministrada ("en caso de que la evolución de los tipos sea contraria a la esperada (...)") resulte prueba bastante de que en la fase precontractual, la entidad demandada explicitara de forma detallada y pormenoriza tan relevante cuestión (por razón de los eventuales efectos económicos, después verificado en detrimento de una de las partes contratantes). Conforme al art 217 LEC la parte demandada ha de pechar con el defecto de prueba, máxime cuando podía haber aportado la "presentación" que incluía la "pequeña simulación" de liquidaciones negativas según D.MANUEL

[REDACTED] y que, en su caso, hubiera permitido advenir que -frente a lo sostenido por el legal representante de la demandante D. [REDACTED], quien negó que se hiciera cálculo o simulación alguna- en cumplimiento con la obligación de puntual y prolija información precontractual, el representante de la entidad bancaria había informado no sólo de la eventualidad de liquidaciones negativas, sino de que en el caso de bajadas significativas de los tipos de interés, el coste de cancelación podría ser considerable. No se ha probado que la información suministrada por D. [REDACTED] completara sustancialmente el folleto informativo en lo relativo a los modelos o simulaciones de liquidaciones en función de todos los potenciales escenarios, ni que se le advirtiera debidamente de la trascendencia económica que comportaba o llevaba aparejada un escenario bajista.

En cuanto a la obligación de transparencia que en los tratos precontractuales (por referencia a la información suministrada) debía presidir la conducta del Banco para con el cliente, el legal representante de la entidad demandante D. [REDACTED] -que manifestó haber celebrado el contrato inducido por exceso de confianza en el Sr. [REDACTED] dijo que, frente a las dudas, el mismo afirmaba que los gurús de BANKINTER sostenían que la evolución sería al alza y que era altamente improbable que los tipos bajaran. De hecho, en el mismo sentido se pronunció D. [REDACTED] que tras afirmar que el contrato CLIP suscrito tenía por objeto optimizar la volatilidad del tipo de interés, sostuvo que en aquel tiempo había el sentir general que estaba en alza y precisando, más tarde, que BANKINTER tenía previsión alcista para 2.007 y 2.008.

Junto a lo expuesto cabe tener en cuenta lo manifestado por los peritos, siendo que D. FRANCISCO JAVIER [REDACTED] afirmó que en marzo de 2007 ni era previsible ni era predecible el riesgo de bajada del euríbor que trajo causa de una crisis económica mundial sin precedentes, frente a lo manifestado por el informe emitido por el perito aportado por la demandante -D. DAVID GARCÍA MUNTANÉ- quien, precisando la página nº12 y 7 de su informe, manifestó en juicio que el ejercicio del año 2.007 ya había varios indicadores (variables macroeconómicas) que indicaban que se produciría una inversión de los tipos y en dicho sentido se refirió a los informes anexados a su dictamen y que fueron elaborados por otras entidades bancarias (BBVA y Banco Pastor), añadiendo que si es cierto que durante el año 2007 la tendencia alcista continuó, ello se debió a que las previsiones de descenso no eran inmediatas, sino que se estimaba para finales del 2.008.

Como correlato de lo expuesto, aún admitiendo que las previsiones bajas manejadas al tiempo del contrato no fueran tan drásticas como las que se verificaron -con dramáticos efectos, en algunos casos- lo cierto es que de los anexos acompañados al dictamen emitido por el perito de la demandante y del contenido del mismo, resulta que la entidad bancaria hubo de tener acceso a tal información, en tanto ente financiero del más alto nivel, y de modo que podía y debía conocer la información que se manejaba por agencias tales como "Reuters" o Bloomberg, que según el mentado perito no apuntaban la continuación sostenida de la tendencia alcista.

Por tanto, ha de concluirse que aún cuando -conforme a la prueba practicada en juicio- no es sostenible que la parte demandada actuara dolosamente (omitiendo información relevante) sí lo hizo culposamente, desempeñando su

función bancaria sin atender al mandato de diligencia y transparencia que ha de presidir la actividad del buen comerciante y que en el caso del Banco le obligaba, para con su cliente, a ser especialmente cuidadoso. Y ello, precisamente por cuanto la entidad demandada -en su calidad de profesional experto- no informó de lo que indiciariamente se desprendía de los indicadores dichos (que generalmente por su objeto no son accesibles a los clientes bancarios, ni siquiera los comerciantes, entre otros por su coste, como dijo el perito Sr. García) bien por omisión de su obligación de informar cumplidamente de la información recabada, bien por no haber accedido y/o ponderado adecuadamente la información recibida de las citadas agencias.

Por otro lado, es necesario consignar que aún cuando la entidad demandada se presenta como un tercero intermediario en el contrato espejo (entre el mayorista BNP Paribas y la entidad demandante) lo cierto es que la celebración del contrato no resultaba indiferente a la misma. Dicho de otro modo, la entidad demandada se pretende ajena a toda argucia relativa al objeto del contrato (por omisión de información relevante) al ser incontestable que no participaba de beneficios en el caso de liquidaciones negativas; no obstante, tal expositivo omite que la entidad bancaria actuó la labor de comercialización del producto CLIP, a cambio de una comisión. Como correlato, ha de concluirse que a la fecha de celebración del contrato el directo interés de la entidad demandada era el de comercializar el mayor número posible (pues de ello dependía la comisión a obtener) y de modo que, conforma a la prueba practicada en juicio, difuminó (si no omitió) la información relativa a los elementos que pudieran resultar menos atractivos a los clientes (coste de cancelación, liquidaciones negativas por bajada de tipo...).

Llegados a este punto, resumiendo lo expuesto, ha de considerarse acreditado que la entidad bancaria no suministró información suficiente para, antes de formalizar la contratación de producto financiero, tener la certeza de que el legal representante del demandante (cliente) era consciente de que: a) bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato serían negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; b) en caso de que se pretendiera la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generaran pérdidas importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera; c) la manera específica de calcular el coste en esa situación: esto es, el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta y el coste asociado a cada criterio que constituyen una información trascendente para valorar la conveniencia o no de contratar el producto ofrecido.

De lo expuesto resulta que el banco no colaboró en la forma debida para conminar el error (vicio del consentimiento) al tiempo de contratar y siendo que, en este punto, respecto a los conocimientos que sobre la materia ostentaban los representantes de la entidad demandante, a juicio de quien resuelve no obra acreditado que los mismos tuvieron conocimientos en materia de instrumentos

financieros y sin que el sólo hecho de ostentar la gerencia de una empresa (con objeto ajeno a los mercados financieros) permita inferir *per se* que los mismos eran avezados en tal materia y que conocían los riesgos que asumían con un contrato de naturaleza especulativa como el que celebraban, bajo apariencia de un contrato de cobertura.

La autonomía de la voluntad, como *alma mater* del válido consentimiento prestado, exige en todo caso, pero especialmente cuando se trata de contratos con objetos complejos -cual es el caso- que se haya formado con pleno conocimiento de causa, pues sólo el conocimiento "informado" es un consentimiento libre y, por ende, válido y eficaz. Como tiene dicho la jurisprudencia, 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. Ello, como no puede ser de otro modo, otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual para que cada uno de los contratantes pueda obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia. Un óptimo desarrollo de tal fase previa permitirá llegar a prestar consentimiento válido y que el contrato se perfecciona lo haga con plena asunción de los términos en que éste se concreta que, así, responderán a su verdadera y real voluntad.

Y precisamente la información relevante para formar -correctamente- la voluntad el cliente en lo relativo al riesgo de la operación -la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial- así como demás circunstancias del contrato -coste para desvincularse de la obligación- que hubiera permitido al cliente valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del Banco satisfacía o no su interés, era la que estaba obligado a proporcionar y no haciéndolo, el demandado incumplió con sus obligaciones y coadyuvó de forma esencial en la producción del error que sufrió la otra parte.

Efectivamente, la calificación de la naturaleza del contrato arrastra, necesariamente, la aplicabilidad de las normas protectoras que se han venido mencionando en anteriores fundamentos de derecho y las mayores exigencias de información, de modo que desconociendo la verdadera trascendencia de su consentimiento por referencia al objeto del contrato, el consentimiento prestado se halla contaminado y viciado por error que ha de calificarse como excusable - en atención a la complejidad del contrato y carencia de conocimientos financieros - y como correlato, de conformidad con los arts. 1300 y ss. CC procede, en los términos instados, estimar la demanda y declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las litigantes en fecha 06/03/07, tanto por lo que respecta a sus condiciones generales como particulares por error en el consentimiento prestado por los representantes de la parte demandante y con correlativa restitución de prestaciones, en los términos peticionados por la actora; esto es, condenando a BANKINTER, S.A. a abonar a ~~XXXXXX~~ SL la diferencia de los importes abonados por las partes durante la vigencia del contrato.

QUINTO.- Vista la diversa jurisprudencia sobre la materia concurren dudas de derecho sobre la oportunidad de efectuar pronunciamiento en costas y por los

que no se efectúa especial pronunciamiento. (art. 394 y ss.LEC).

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación al caso de autos

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la mercantil **[REDACTED] SL** contra la entidad **BANKINTER, S.A.**

Y DECLARAR LA NULIDAD DEL CONTRATO de gestión de riesgos financieros suscrito por las litigantes en fecha 06/03/07, tanto por lo que respecta a sus condiciones generales como particulares

Y CONDENAR de **BANKINTER, S.A.** a abonar a **[REDACTED] SL** la diferencia de los importes abonados por las partes durante la vigencia del contrato

No se efectúa especial pronunciamiento en costas.

Contra la presente sentencia cabe interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, conforme a las disposiciones del art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

