



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 1

Santofía
Teléfono:
Fax:
Modelo:

C0097

Intervención:
Demandante
Demandado

JOSE ANGEL ECENARRO BASTERRECHEA
Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** A O O
Nº: **0000869/2010** N.º Colag. 845
NIG: 3907910103027201000
Materia: Obligaciones
Resolución: Sentencia 000058/2011

Interviente:

BANKINTER SA

Procurador:

**ANA ROSA VIÑUELA CAMPO
ROSA MARIA FUENTE LOPEZ**

SENTENCIA n°000058/2011

En Santoña, a seis de junio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. ANA ROSA VIÑUELA CAMPO, en nombre y representación de la mercantil ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, se presentó demanda de juicio ordinario sobre nulidad o resolución contractual frente a la entidad BANKINTER S.A., solicitando se dictase sentencia favorable a su pretensión, declarando la nulidad o, en su caso, subsidiaria resolución, del contrato de gestión de riesgos financieros, Condiciones Generales, y de sus Condiciones Particulares, denominado "Clip Bankinter 07 8.3", concertados por las partes en fecha 5 de junio de 2007, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado o resuelto; consiguientemente, se deje sin eficacia cuantas prestaciones se realizaron las partes al amparo de su vigencia con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones y los precios materia del contrato anulado, más sus intereses legales desde las fechas de sus respectivos abonos y adeudos en la cuenta asociada a su cumplimiento, realizando, para su plena efectividad, las anulaciones y rectificaciones de las anotaciones y asientos practicados en la cuenta bancaria asociada bajo la vigencia y en cumplimiento del contrato anulado u otros contables relativos al mismo; finalmente, se deje sin efecto la obligación de la actora de cumplir las prestaciones derivadas de las liquidaciones correspondientes a los días 27 de junio, septiembre y diciembre de 2010, condenando a BANKINTER S.A. solicitar, en su caso, la cancelación de cuantos asientos relativos a la actora se hayan practicado a su instancia en registros de morosos o impagados, como RAI, CIRBE, ASNEF o similares, o que pudieran minorar su reputación comercial, crediticia

Sentencia descargada en: www.asuapedefin.com



o financiera. Todo ello, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, y previo traslado a la demandada, ésta contestó oponiéndose en tiempo y forma, citándose a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 14 de enero de 2011.

La parte actora se ratificó en sus pedimentos, proponiendo como medios de prueba la documental por reproducida, interrogatorio de parte, más documental (que fue admitida parcialmente), testifical de Dña. Myriam Domínguez (que fue inadmitida), D. Carlos López D'Hers, Dña. Marivel Rojo Martínez, D. Vicente Rozas Fernández y Dña. Cristina Sanz Martínez y pericial a cargo de D. Cristóbal Verdú del Nido.

Por su parte, la demandada se ratificó en su escrito de oposición, proponiendo el interrogatorio de los Legales Representantes de la actora, la documental por reproducida, la testifical de D. Vicente Rozas Fernández y pericial de parte que se practicó en la persona de D. Juan B. Solana Gutiérrez.

TERCERO.- Señalándose para la celebración de la vista el día 8 de abril de 2011, y practicada la prueba admitida con el resultado que consta en soporte audiovisual, tras el trámite de conclusiones, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Insta la parte actora la declaración de nulidad, o subsidiaria resolución, del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado "Clip Bankinter 07 8.3", suscrito por las partes en fecha 5 de junio de 2007 (documento nº4 de la demanda), todo ello bajo la consideración de la existencia de vicios del consentimiento, más concretamente, de error invalidante del mismo. Pues, en resumen, sostiene que tras haber negociado con la entidad demandada la concesión de un préstamo hipotecario por importe de 1.500.000 euros de principal (documento nº6), posteriormente novado por Escritura de 10 de junio de 2009 (documento nº7) para la ampliación del plazo de vencimiento final del préstamo; le fue ofrecido el contrato cuya nulidad ahora interesa como un producto gratuito tendente a mitigar el riesgo derivado de los movimientos del tipo de interés del eventual endeudamiento de la empresa sometido a tipo de interés variable, de tal forma que se le aseguraba que no notaría los cambios bruscos del tipo de interés y en esa creencia de que se trataba de un tipo de seguro que le cubriría, llegado el caso, de un elevado pago de intereses derivado de la subida



del Euribor (pues el tipo de interés pactado en el contrato de crédito era variable en función de la evolución del Euribor), consintió en otorgar el referido contrato de gestión de riesgos financieros. No obstante, sostiene que nunca habría sido informada la entidad actora de los riesgos asumidos por la referida operación, viéndose sorprendida cuando, tras verificarse las primeras liquidaciones a su favor, sin embargo, desde la liquidación de 27 de junio de 2008, comenzaron a girarse liquidaciones negativas, absolutamente desproporcionadas respecto de las positivas, y que llegaron a alcanzar la cifra de más de 15.000 euros en la última.

Por su parte, la demandada se opone a la estimación de la demanda, oponiéndose a la nulidad, pues parte de que la actora es una entidad mercantil que suscribió todos los contratos con pleno conocimiento de su alcance y ello con independencia de que se trate de contratos bancarios sobre cobertura de tipos de interés, habida cuenta que los administradores mancomunados de la actora estaban plenamente capacitados para entender el negocio jurídico de permuta de tipos de interés objeto de la presente "litis" al tratarse de una mercantil que opera en el tráfico jurídico asumiendo importantes operaciones en el sector de la construcción, teniendo por ello capacidad y conocimiento suficiente para discernir la diferencia entre un producto financiero y una póliza de seguro. Por ello, además de porque no considera que nos encontremos ante un producto financiero de alto riesgo, niega que hubiera existido error alguno en la contratación del producto que además no estaba vinculado con el contrato de crédito sino con el riesgo financiero general de la empresa, que le garantizaba una estabilidad frente a la subida de los tipos de interés, y que así fue, toda vez que mientras se fueron practicando las liquidaciones positivas ninguna objeción o reparo se verificó, mientras que sólo al tiempo de producirse las primeras liquidaciones negativas es cuando se afirma la existencia de error, invocando, en todo caso, su condición de tercero, ya que Bankinter se limita a gestionar el riesgo recibido del cliente con un mayorista, de tal suerte que su posición final es la de mero intermediario, sin ningún interés económico en el contrato más allá del margen que percibe como intermediario.

SEGUNDO.- Entrando en la cuestión de fondo, debe recordarse que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio y se perfecciona por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma, como regla general, y desde entonces tiene fuerza de Ley entre las partes que lo



suscriben y obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; todo ello, de acuerdo con las normas generales de las obligaciones y contratos, es especial, de los arts. 1088, 1089, 1091, 1254, 1258, 1261 y 1278 del Código Civil, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de ninguno de los contratantes (art. 1256 del CCv) y, de otro lado, porque en virtud del principio de libertad de pactos que establece el art. 1255 del Código Civil no existe en nuestro Derecho un "numerus clausus" de contratos y, por ello, junto con los contratos nominados o típicos, serán válidos también los innominados o atípicos que, a diferencia de aquéllos, se regirán, en primer lugar, por lo pactado por las partes y, en su defecto, por las normas de los contratos nominados que les sean afines y, en último término, por los principios generales del Derecho.

A la anterior Doctrina, debe añadirse que, de conformidad con el art. 1265 del Código Civil, el consentimiento será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, de tal suerte que, además, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1266 CCv). Debe partirse de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial del contrato, cuya ausencia determina la nulidad del mismo, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos y que el conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar frente a lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (STS de 20 de abril de 2001). En el mismo sentido, el error obstativo es un supuesto de falta de coincidencia entre la voluntad y declaración en el negocio jurídico, con la característica de que tal discrepancia es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 del Código Civil únicamente se aplicará al contrato que reúna todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, aquel en el que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad por el vicio frente al que determina la inexistencia por falta de uno de los elementos (SSTS de 22 de diciembre de 1999 y 10 de abril de 2001). La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada Jurisprudencia,



para que pueda prosperar y tener transcendencia anulatoria, provocando la nulidad del contrato, queda condicionada a la concurrencia de determinados requisitos, a saber, que sea esencial e inexcusable, así como sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga en virtud del consentimiento viciado, además de que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

En definitiva, la formación de la voluntad negocial y la prestación del consentimiento en forma libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia del significado del contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo que atribuye una importancia vital a la negociación previa y a la fase contractual, en la que cada una de las partes pueda obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál sea su interés en el negocio proyectado y actuar en consecuencia, de tal forma que si llega a prestar el consentimiento para la perfección del contrato no le quepa la menor duda de que el mismo responde a su voluntad negocial siendo plenamente conocedor de los derechos y obligaciones que asume. Siendo esta la regla general para el perfeccionamiento de todo tipo de contratos, alcanza especial relevancia en casos, como el presente, donde el pacto incide en el ámbito propio de la contratación bancaria y con las entidades de crédito en general, siendo objeto de especial atención por parte del legislador, por cuanto en los últimos años ha ido proliferando el establecimiento de una serie de códigos y normas de conducta y, en general, de actuación que tienden, precisamente, a proteger al cliente, no necesariamente consumidor, sino al cliente en general. Todo ello, bajo la finalidad de dotar de la máxima claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica y en la que concurren no sólo comerciantes con mayor o menor experiencia, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con las entidades financieras, desde los más simples (como la apertura de cuentas corrientes) hasta los más complejos (tales como productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros depositados); dado que la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección tanto en la fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues se entiende que sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación); como en la fase contractual, a través de la normativa sobre cláusulas abusivas y

condiciones generales de la contratación (procurando que la relación guarde el necesario equilibrio de prestaciones); y, finalmente, en la fase postcontractual, a través de los mecanismos de reclamación (SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2008).

TERCERO.- Desde esta perspectiva, interesa destacar igualmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de otorgarse el presente contrato (anterior a la reforma introducida en esta materia por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), tras declarar en su artículo 2.b incluido en su ámbito, y entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos 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, ya establecía en su art. 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía; y en su art. 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y, en desarrollo de tales previsiones, el también vigente al tiempo del otorgamiento del contrato litigioso, RD 629/1993, de 3 de mayo, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones y gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de dicha operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que igualmente se establecía la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1), la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, poniendo especial énfasis en cuanto a la



concreta información que deben ofrecer sobre los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5.1 y 3).

Al amparo, precisamente, de tales previsiones el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha sentado el criterio, a propósito de los distintos instrumentos de cobertura de tipos de interés que han venido comercializando las entidades bancarias, de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que se ha facilitado al cliente con carácter previo a la formalización de la operación un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características esenciales, sin omisiones significativas, considerando que su falta supone una actuación contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias (véase su Memoria de los años 2007 y 2008). En este sentido se pronuncian igualmente diversas Audiencias, imponiendo un especial deber de información en la fase precontractual más exigente, en todo caso, para la adecuada protección de la clientela y que, respecto de los clientes minoristas, fundamentalmente particulares personas físicas y pymes, reciben el máximo nivel de protección previsto, no sólo en el alcance de la documentación pre y postcontractual, sino también en otros aspectos, como la realización de test, pudiendo destacarse al efecto la Sentencia de la AP de Jaén de fecha 27 de marzo de 2009. De hecho, el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España acoge claramente este criterio al tiempo de pronunciarse sobre diversos productos de esta naturaleza igualmente comercializados por la demandada (como cabe desprender de los documentos nº22 y siguientes de los aportados junto con la contestación), destacando la concreta responsabilidad que recae sobre la entidad financiera de facilitar una información completa y clara a sus clientes adaptándola al nivel de comprensión de su cliente, con especial énfasis en su experiencia en la contratación de productos financieros. En todo caso, deben tenerse en consideración dos aspectos adicionales, de un lado, que la referida documentación hace referencia a muy diversos productos financieros (Clip Bankinter 06 5.3; Clip Bankinter 07 4.3; Clip Bankinter 13.5; Clip Bankinter Top Túnel; Clip Hipotecario 06-11.5; etc...), claramente distintos en cuanto a su alcance y cobertura, sin que este Tribunal haya podido tener oportunidad real de conocer la información, siquiera documental, ofrecida por la entidad



al efecto de pronunciarse, como hiciera el Banco de España, sobre su trascendencia u operatividad respecto del caso ahora enjuiciado. Y, de otro, que los propios informes emitidos no excluyen la existencia de vicios del consentimiento derivados de la falta de comprensión del producto en el momento de suscribir el contrato o de la falta de información de las características del mismo en la fase de comercialización, para lo que se remite de forma expresa a la competencia propia de los Tribunales de Justicia que son quienes, en definitiva, deben valorar esto con arreglo a los medios de prueba que en Derecho correspondan.

CUARTO.- Aplicando la anterior Doctrina al caso de autos, examinada que ha sido en conciencia y con inmediatez la prueba practicada, cabe concluir que el contrato suscrito por las partes en conflicto y cuya nulidad se interesa, aparece denominado como contrato de gestión de riesgos financieros (documentos nº2 a 4) y cuenta con unas condiciones generales, por las que se establece el marco general aplicable al conjunto de instrumentos financieros ofrecidos por el Banco y que el cliente decidiera contratar; y unas condiciones particulares referidas a un producto concreto que se denomina "Clip Bankinter 07 8.3", ambos documentos suscritos en fecha 5 de junio de 2007, y en el que se expresa que está diseñado para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte o del total endeudamiento de la empresa referenciado a un tipo de interés variable, independientemente de la entidad donde lo tenga financiado. No obstante, se trata de un contrato "Swap" o de permuta financiera de tipos de interés, y así se afirma en la contestación a la demanda cuando, sin embargo, en ninguno de los anteriores documentos (siquiera en el documento informativo entregado al potencial cliente) se mencionan estos términos, sino únicamente que la finalidad del producto es la exclusivamente tendente a optimizar la gestión de los riesgos financieros a que se ve expuesto el cliente, como concreta forma de estabilización de costes financieros frente a las variaciones de los tipos de interés. De hecho, en los mismos términos que acaban de reproducirse se ha pronunciado el Director de la sucursal bancaria en la prueba del interrogatorio, eludiendo toda referencia al auténtico alcance del producto ya que, como puede perfectamente desprenderse de las pericias aportadas al efecto de explicar el contenido y operatividad del producto contratado (singularmente del informe de la demandada) se desprende sin género de duda alguna que el denominado contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato "Swap" de interés o un contrato de permuta de carácter financiero en el que se intercambian obligaciones



de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda, precisando que, en este caso, quedaba referenciado a la evolución del Euribor según liquidaciones practicadas en períodos trimestrales y durante la vigencia del mismo, confirmando, además, el Director de la sucursal que se trata de un contrato autónomo e independiente del préstamo hipotecario suscrito por las mismas partes en fecha 11 de junio de 2007 y su posterior novación de fecha 10 de junio de 2009 (documentos nº6 y 7 de la demanda), de tal forma que la cancelación o extinción de este último no conlleva la del producto financiero objeto de litigio y que, en todo caso, tampoco cubría el endeudamiento global del cliente, habida cuenta que no se pactó que éste alcanzara igualmente a otros préstamos que la entidad demandada tenía concertados con otras entidades (sirva, de hecho, esta aclaración al efecto de otorgar la debida relevancia probatoria del documento nº16 de los aportados junto con la contestación)

Al hilo de lo expuesto, debe tenerse igualmente en consideración que, aún a pesar del tenor literal del contrato, el contrato de permuta financiera de intereses es un contrato por el que dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante una vigencia preestablecida, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (tipo nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia. Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven a cumplir una finalidad de protección respecto de las fluctuaciones causadas por distintos riesgos financieros (en el presente caso, la fluctuación de los tipos de interés), si bien pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (créditos o préstamos), pero también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar, en consecuencia, vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros (por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles), y que necesariamente exigen que el cliente asuma los riesgos del uso de tales derivados de los que, en todo caso, debe haber sido informado. Pero además, la ausencia de toda negociación determina que necesariamente deba acudir a otros métodos para determinar el valor de una permuta financiera (en el presente caso, atendiendo a las variaciones del Euribor), que no deja de ser un flujo variable en el que, como admite la propia demandada, resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, ya que el mismo se desconoce hasta que no llegue la fecha de liquidación. De lo expuesto



se desprende con meridiana claridad que, teniendo además en cuenta que en el caso enjuiciado el contrato de permuta suscrito lo fue como derivado no vinculado a la otra operación de pasivo concertada entre las partes, la permuta financiera suscrita participa, en realidad, de la naturaleza de un auténtico contrato aleatorio pues, en definitiva, a través del mismo las partes se comprometen recíprocamente a dar o hacer una cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de acaezca un acontecimiento incierto (art. 1790 del Código Civil). De otro lado, y de conformidad con las conclusiones que igualmente alcanzara el propio Banco de España, a diferencia de lo que sucede con las permutas financieras vinculadas a la concreta cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario (que es lo que, de hecho, les otorga un carácter no especulativo), se advierte igualmente en el presente caso que el producto contratado reviste cierto grado de complejidad y que, en consecuencia, debe ser ofrecido con el máximo grado de información, indicando sus características principales, no sólo sin omisiones significativas, sino también del concreto riesgo económico que se asume por las consecuencias que pueden derivarse de situaciones imprevisibles como los movimientos bruscos en los mercados, cuyos efectos económicos no siempre son fácilmente comprensibles para una clientela tradicional, conocedora exclusivamente del mecanismo propio de los productos típicamente bancarios (depósitos, créditos...); de tal forma que las entidades que ofrecen esos productos específicos a sus clientes deben verificar un mayor esfuerzo (máxime si constatan un bajo nivel de formación financiera del cliente) para que éstos pueda entender el alcance de la contratación y valoren si es la más conveniente o si, por el contrario, pueden verse expuestos a una situación de riesgo que no asumirían.

Siendo éstas las características que describen la concreta naturaleza y alcance del contrato litigioso, cabe entonces concluir que, no obstante lo afirmado por el perito de la demandada, nos encontramos ante un producto de carácter especulativo que conlleva un evidente riesgo de producir importantes pérdidas para el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja y que, debe compartirse en este punto con el perito de la actora, debe calificarse de alto riesgo, habida cuenta que, como la propia demandada admite, no se conoce la evolución del mercado ya que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo. En este sentido, la actora afirma que entendió que contrataba un producto que le aseguraba frente a la subida del Euribor en relación con el préstamo hipotecario que suscribió con la demandada escasos cinco días después, como un producto específico que le



ponía a salvo de las variaciones al alza de dicho tipo de referencia cuya aplicación se había pactado en esa póliza y, en definitiva, que sufrió un error al prestar su consentimiento, ya que no fue adecuadamente informada sobre sus características. Y es que, debe destacarse que, pretendiendo asegurar ese concreto riesgo, se encontró inmersa en un producto de alto riesgo financiero, que además de generador de importantes pérdidas, en modo alguno le excluyó de su deber de atender igualmente el abono de los intereses pactados en la póliza de crédito, además de la imposibilidad de cancelar el producto sin sufrir una penalización.

QUINTO.- A propósito del error como vicio del consentimiento, recordar que, conforme al art. 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento será necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa o sobre aquellas de sus condiciones que principalmente hubiesen movido a celebrar el contrato y que, según reiterada Doctrina Jurisprudencial, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de éste. Por ello, además de ser esencial, para ser invalidante, el error debe ser inexcusable, lo que no ocurrirá si pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (STS 4/1/1982). Como ha declarado el Tribunal Supremo, la diligencia ha de apreciarse, de acuerdo a los postulados del principio de la buena fe, valorando todas las circunstancias concurrentes, incluidas las personales, y no sólo las del que pudo causar error, sino también las del que lo sufrió, pues precisamente la finalidad perseguida por el requisito de la inexcusabilidad es la de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece tal protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante en base a la confianza de su declaración, salvo cuando ésta hubiese actuado dolosamente (STS 7 de julio de 1981). De esta forma, se erige en una medida de protección de la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13 de febrero de 2007).

Al efecto de apreciar la excusabilidad del error, la Jurisprudencia acude al 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, de tal forma que es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS de 28 de febrero de 1974 o de 18 de abril de 1978), mientras que la diligencia exigible será menor cuando se trate de personas inexpertas que entren en negociaciones con un experto (STS de 4 de enero de 1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no hubiera incurrido en dolo o negligencia. Pues bien, siguiendo la Doctrina anteriormente expuesta, sumamente expresiva es la SAP de Valencia de 26 de abril de 2006 que, en relación con la concreta carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, señala que, en el caso de productos de inversión complejos, la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del que, además, 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. Criterio, por lo demás, absolutamente lógico y acorde a los principios de distribución de la carga de la prueba, por cuanto desde la perspectiva del cliente se le impondría probar un hecho negativo, como es, la inexistencia de una adecuada información, de tal suerte que, el punto de partida lo constituye, precisamente, el deber de la demandada de probar que se facilitó una información completa y detallada del producto y que no puede, sin más y como pretende, desplazar este juicio valorativo sobre la exclusiva consideración de la condición profesional de los representantes de la actora para excluir todo tipo de responsabilidad. Al respecto, debe destacarse la escasa prueba practicada por la demandada al efecto, limitándose a traer al proceso al Director de la sucursal bancaria de la localidad de Santoña (en virtud, precisamente, de la previsión del art. 309 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); quien, por lo demás, preguntado sobre el producto y el modo mismo en que fue explicado a la demandante, poca o ninguna luz arroja sobre estos extremos, limitándose a describir el producto como una "forma de estabilización de costes financieros" y una cobertura frente al "riesgo de variación de los tipos de interés", admitiendo incluso que no ofreció ningún otro producto de los otros tantos que al efecto comercializa la entidad financiera, que se negociaron y prácticamente firmaron en forma simultánea el "Clip



Bankinter" y la póliza de crédito, que antes de estos productos no mediaba relación comercial alguna entre las partes, que fue éste quien captó a la demandada y que la cancelación del mismo está sujeta al abono de una penalización calculada unilateralmente por Bankinter. Por lo demás, éste no es capaz de ofrecer mas que una explicación difusa sobre el mismo contrato, no pudiendo explicar cuál habría de ser la concreta forma en que el producto tendería a estabilizar los costes financieros del cliente más allá de una formal reiteración de su mecánica, llegando incluso a mostrar dudas respecto de las preguntas formuladas por la contraparte al efecto de concretar siquiera si el contrato recaía sobre productos negociados en mercados oficiales, siendo sumamente expresivo que el cliente no recibiera más documento previo informativo con indicación de las características principales del producto que el aportado por la actora como documento nº4 de la demanda y que, por cuanto se refiere a los concretos riesgos que asume el cliente, ninguna expresa mención contiene. De hecho, la única referencia a los mismos debe buscarse ya en las condiciones generales del contrato (documento nº3) donde de manera genérica e imprecisa se refieren a "un cierto grado de riesgo derivado de los factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés", no obstante, a continuación, y tras referirse a los casos en que la evolución de los tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier circunstancia extraordinaria que afecte a los mercados, únicamente expresa como concreto riesgo el consistente en que el cliente vea reducido o anulado el beneficio económico esperado, llamando poderosamente la atención que ninguna expresa mención se efectúe siquiera respecto del concreto riesgo que entraña para el cliente, no ya por ver reducido o anulado el beneficio esperado, sino por verse obligado a afrontar el pago de fuertes sumas de dinero (hasta 15.000 euros tras las últimas liquidaciones). En ausencia de esta información completa y detallada sobre el producto que se contrataba y que, según explica el Director que lo comercializó, era una cobertura de tipo de interés cuya finalidad era la de estabilizar los costes financieros del cliente, es razonable entender que, como sostiene la actora, quienes suscribieron el contrato en representación de la actora pensarán que estaban contratando un derivado vinculado a la póliza de crédito cuya esencial función era la de asegurar los riesgos derivados de la eventual subida del tipo de interés pactado, pero sin que llegara a asumir ningún tipo de riesgo o, desde luego, no de tanta entidad como realmente entraña el producto. Además, si tenemos en consideración que tampoco consta que los administradores de la actora cuenten con especiales conocimientos en materia



financiera (y que, por lo demás, tampoco cabe presumir por el mero hecho de que sean Administradores de una persona jurídica o de que actúen en el tráfico mercantil pues, de hecho, no consta que estos hayan tenido más conocimiento que el derivado de la suscripción de contratos típicamente bancarios, como son las pólizas de crédito, y que, en consecuencia, no ofrecen un grado de complejidad equiparable a los productos financieros), se comprende fácilmente las dificultades que tuvieron para entenderlo y que llegasen a una conclusión equivocada de que el producto contratado les aseguraba frente a la subida del tipo de interés pactado pero sin que ello supusiera un serio y alto riesgo de asumir importantes pérdidas sin poder cancelar el mismo sin afrontar igualmente el abono de penalizaciones según una fórmula de cancelación, admite su perito, no accesible al conocimiento público. Y es que, tratándose de un producto que, con independencia de lo que se ha generalizado durante los últimos años, sobre todo, de forma vinculada a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultado complejo y extraño para aquellos que no tengan especiales conocimientos de Derecho o del mercado financiero a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria; mal cabe estimar la pretendida sencillez que la demandada quiere atribuir a un producto para el que ha necesitado de un informe pericial de 35 folios con complejas fórmulas matemáticas y numerosos gráficos (incluido el examen de la evolución del tipo oficial del Banco Central Europeo respecto del Bundesbank) al efecto de ilustrar a este Tribunal sobre, además, los concretos riesgos que conllevan estos derivados de tipos de interés.

Es más, la demandante vincula el contrato de gestión de riesgos financieros con la póliza de préstamo hipotecario que suscribió con la entidad demandada escasos días después del "Clip Bankinter" y es lógico que así lo hiciera si tenemos además en consideración, no solo que ningún otro riesgo financiero cubría, sino también la sucesión temporal de ambos contratos, que eran los únicos que había celebrado con la demandada y que en dicha póliza se pacta un interés variable referenciado igualmente al Euribor y que, evidentemente, podía sufrir variaciones al alza y obligar al abono de unos intereses en cuantía superior a la inicialmente pactada, siendo de este modo razonable utilizar un instrumento de cobertura que les pusiera a salvo de esa eventualidad, y que desde ese entendimiento y al concreto asesoramiento de quien les ofreció el producto, accedieron a suscribir dicho contrato. Así se desprende igualmente del hecho admitido por la demandada de que, tan pronto comenzaron a verificarse las liquidaciones negativas



debido al desplome del Euribor durante los años siguientes, comenzaron a recibir quejas por parte de la actora, máxime tras las notables diferencias entre el montante de las liquidaciones positivas y negativas, sin que ninguna información específica recibieran acerca de tales liquidaciones más allá de los abonos y los cargos que hubieran de verificarse como anotaciones contables directamente en la cuenta del cliente, cuando, además, se da la circunstancia de que la cuenta de cargo y abono del producto contratado era la misma que la de la póliza de crédito suscrita. Por su parte, la demandada niega que existiera vinculación alguna entre ambos contratos, aunque admite que el tipo de referencia era establecido por la entidad y que la cuantía del producto contratado coincide exactamente con el importe del crédito concedido. Y, si bien es cierto que las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma, no lo es menos que, más allá de esa declaración formal, tampoco ha resultado acreditado que el producto cumpliera esa finalidad, llegándose incluso a admitir que el nominal contratado corresponde exclusivamente a la cuantía del crédito con ella concertado, pero no a aquellos otros que la actora pudiera haber suscrito con terceros y que igualmente habrían de haberse tenido en consideración, siquiera por medio de la información que al efecto habría de haber recabado del cliente, al efecto de fijar el nominal que habría de servir entonces como valor de referencia a la hora de efectuar las liquidaciones periódicas correspondientes. La ausencia de esta vinculación que tanto recalca la demandada, no ya solo respecto del contrato de crédito, sino incluso con relación a los riesgos generales, dota al producto de un indudable carácter especulativo y conllevaría un riesgo implícito que no aparece debidamente reflejado en el contrato, máxime por cuanto la propia demandada incluye una cláusula tendente a excluir su responsabilidad, precisamente, en el deber de información y asesoramiento que ha de facilitar a sus clientes. Por todo ello, cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de la permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionar a la actora, cuando ésta prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto contratado y los riesgos que con ello asumía, ya que su único interés era el disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente al eventual pago de unos importantes intereses en una póliza de crédito por importe de 1.500.000 euros. De tal forma que, cabe estimar, la actora incurrió un error sobre la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

esencia de lo pactado con entidad suficiente como para invalidar su consentimiento, siendo la cuestión a dilucidar la de determinar si este error es o no excusable.

Pues bien, en este sentido, debe tenerse en consideración el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, de un lado, la demandada, como experta que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y, de otro, la actora, una pequeña empresa familiar que no consta que cuente con personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente como para comprender lo que es un producto financiero de estas características. Ciertamente es que en las condiciones generales del contrato se expone sucintamente que los instrumentos financieros pueden conllevar un cierto grado de riesgo; no obstante, debe compartirse con el perito de la actora, ese riesgo no aparece claramente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tiene por qué conocer y que tampoco le fueron convenientemente explicados, como claramente se desprende de la cláusula anteriormente indicada y que, en el documento informativo entregado al cliente, llega incluso a afirmar que tal labor de asesoramiento e información debe, incluso, recabarla el cliente por su cuenta, obviando, de esta forma, los más elementales deberes legales que sobre la entidad pesan. Es más, como anteriormente se expusiera, se indica que en caso de que la evolución de los tipos de sea contraria a la esperada o se produzca cualquier suceso extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifica), podrían reducirse o anularse los beneficios esperados por el cliente, es decir, que éste podría no llegar a percibir ningún tipo de beneficio, pero en modo alguno se especifica que el cliente pudiera sufrir importantes pérdidas. Mal cabe entonces sostener, como pretende la demandada, que en la conducta de la actora medie ningún tipo de actuación cuasifraudulenta por el hecho de que no reclamase sino hasta practicarse la primera liquidación negativa pues, en puridad, no es de extrañar que sea entonces cuando reaccione el cliente al que, de hecho, se le ha ofrecido un producto por el que sólo se le ofrecían ventajas y beneficios, nunca pérdidas. Pero además, aún cuando en el contrato se especifica que el producto implicará que periódicamente se practiquen ciertas liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, nuevamente nada se indica sobre el patente riesgo de que al finalizar el contrato el resultado para el cliente sea ciertamente contrario al esperado, teniendo, como en el



caso de autos, que asumir importantes pérdidas sin que, en modo alguno, pueda estimarse que el producto contratado haya cumplido esa esencial finalidad de mitigar riesgo financiero alguno. Es más, tal y como explica el perito de la demandada bajo lo que denomina "contrato espejo", el propio Banco tiende a mitigar los propios riesgos que debiera asumir frente al cliente, pues traslada el mismo al mercado contratando, a su vez, el producto con otras entidades financieras, de manera que si el cliente gana, también lo hace el Banco, pero si pierde, el cliente es el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene en todo caso un beneficio a través de la comisión que percibe al acudir al mercado mayorista. Ciertamente es, igualmente, que el contrato otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en el contrato, denominadas "ventanas de cancelación", y se afirma que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, no obstante, además de que tampoco especifica cuáles fueran estas "condiciones de mercado", omite nuevamente hacer mención alguna a que la misma pudiera alcanzar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente. Pero además, en las condiciones particulares se especifican unas ventanas de cancelación en relación a fechas concretas durante el periodo de vigencia del contrato, sin embargo, y aún cuando se admite que el cliente manifestó su voluntad de anular el contrato, no consta siquiera que Bankinter, de conformidad con lo pactado, ofreciese un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de ellas. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones trimestrales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que percibe, estableciéndose un tipo fijo pero referenciado al Euribor a tres meses, pero, de nuevo, no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos de las liquidaciones, como tampoco se justificaron posteriormente al llevar a cabo cada una de ellas, como impone la legislación vigente, limitándose la entidad a efectuar abonos o cargos en la cuenta del cliente por medio de meras anotaciones contables, sin ofrecer ninguna otra explicación.

SEXTO.- En virtud de cuanto se ha expuesto, la demanda debe prosperar, habida cuenta que cabe reputar acreditado que la demandada, incumpliendo los específicos deberes legales en la materia, dejó de facilitar a la actora la información necesaria que debía proporcionarle y que podría haber evitado el patente error en que incurrió al suscribir el contrato que, precisamente, le fue ofertado por la propia



demandada sin que, por lo demás, ofreciese siquiera otro tipo de producto de los tantos otros que comercializa, y sin que a ello obste que trate de defenderse su carácter de mero intermediario pues, en definitiva, lo que llama la demandada "contrato espejo" no deja de ser una contratación por representación indirecta del art. 1717 del Código Civil, ya que el cliente desconocía que Bankinter actuara como intermediaria de otra entidad, y que, en consecuencia, impone a la demandada el deber de responder frente al cliente como si el asunto fuera personal suyo. Por lo demás, no pudiendo presumirse que la actora gozara de un conocimiento preciso sobre las características del producto contratado y de su verdadero significado en cuanto a sus obligaciones y riesgo que asumía, y sin que el mismo pueda desprenderse de la lectura de su clausulado, debe advertirse la existencia de auténtico error excusable y, en consecuencia, apreciándose un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, deviene obligado acceder a la declaración de nulidad del contrato.

La anterior declaración de nulidad, a su vez, conlleva a la necesaria restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido objeto del mismo, con sus frutos y con el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2005), por lo que, procede igualmente acordar la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la actora no devenga acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones verificadas. Todo ello, sin perjuicio de que no procede acceder a la imposición de intereses desde las distintas fechas en que se produjeron los abonos pues, en puridad, el deber de restitución nace desde este momento, no con anterioridad (arts. 1100 y 1108 del Código Civil). Finalmente, tampoco procede acceder a la condena de Bankinter a solicitar la cancelación de los asientos relativos a la actora que se hayan practicado a su costa en registros de morosos mas que, a lo sumo, en relación con los exclusivamente practicados en virtud del contrato que se anula. Los anteriores pedimentos exceden del ámbito propio de los efectos derivados de la declaración de nulidad y, en consecuencia, no pueden ser estimados.

SÉPTIMO.- En materia de costas, dado el acogimiento parcial de la demanda, no procede efectuar expresa condena, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, con arreglo a lo previsto en el art. 394.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil.



OCTAVO.- De acuerdo con lo dispuesto por el art. 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace constar que la presente resolución no ha podido ser dictada dentro de plazo, dada la necesidad de especial estudio de las cuestiones suscitadas y de la documental aportada, atendida la sobrecarga y volumen de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FALLO

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Dña. ANA ROSA VIÑUELA CAMPO, en nombre y representación de ~~ASUAPEDEFIN S.A.~~, frente a la entidad BANKINTER S.A.; declaro haber lugar parcialmente a la misma, y en su virtud, declaro nulo el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 5 de junio de 2007, acordándose la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada al contrato, restituyéndose las partes recíprocamente las prestaciones y los precios del contrato anulado, más sus intereses legales pertinentes; condenando igualmente a la demandada a solicitar, en su caso, la cancelación de cuantos asientos relativos a la actora se hayan practicado a su instancia en registros de morosos o impagados, en relación con los exclusivamente practicados en virtud del contrato que se anula.

Todo ello, sin expresa imposición de costas.

La presente sentencia no es firme, contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial, a preparar en el plazo de CINCO DÍAS desde su notificación ante el órgano que la dictó (arts 455 y 457 Ley Enjuiciamiento Civil), previa justificación de la consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado de las cantidades legalmente establecidas, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite del recurso interpuesto.

Así por esta mi sentencia, definitivamente lo pronuncio, mando y firmo, Dña. Carmen María Zamorra Álvarez, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Santoña, y su partido.



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario/a, doy fe, en Santoña, a fecha anterior.-