

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 YECLA

SENTENCIA: 00065/2011

ORD 333/10

SENTENCIA nº:65

En Yecla, a 1 de junio de 2011.

La Juez D.^a Patricia Naves Seijo, titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Yecla ha visto los presentes autos seguidos por los trámites del juicio ordinario con el nº 333/10, a instancias de S.L, representada por el Sr. Procurador FERNANDO ALONSO MARTÍNEZ y asistida por el Sr. Letrado CARLOS ARNAU MARTÍNEZ, contra BANKINER S.A, representada por el Sr. Procurador MANUEL FRANCISCO AZORÍN GARCÍA y asistido por el Sr. Letrado JAIME GUERRA CALVO, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de abril de 2010 por la representación de la parte actora, se formuló demanda, en la que con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, concluye suplicando se dicte sentencia, por la que, con estimación de la demanda:

1) Se declare la nulidad del SWAP suscrito el 8 de octubre de 2007 entre las partes litigantes por manifiesto vicio del consentimiento prestado por la actora y la absoluta indeterminación del objeto del contrato.

2) Se condene a Bankinter S.A a la retrocesión de todos los apuntes contables derivados del contrato de SWAP, y que ascenderían a 7.680,38 euros, sin perjuicio de que sea mayor si es que la demandada carga en la cuenta de la actora sucesivas liquidaciones mientras se tramita el presente procedimiento, que en su caso deberán adicionarse.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma, en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia

desestimatoria de la demanda, con imposición a la actora de las costas causadas.

TERCERO.- En fecha 22 de febrero de 2011 fueron convocadas las partes a la Audiencia Previa, y en la misma la representación de la parte actora, con fundamento en el artículo 426.1 de la LEC, realizó la alegación complementaria consistente en incrementar la cuantía de la restitución que la demandada debería efectuar, caso de declararse la nulidad del contrato controvertido, según había dejado apuntado en el suplico, ya que con posterioridad a la presentación de la demanda, la demandada había cargado dos nuevas liquidaciones por importe de 3.447,89 y 3.506,53 euros, fijándose la cifra total de apuntes contables a restituir por la demandada en la cifra de 14.634,80 euros. Admitido dicho incremento, se continuó con el curso de la Audiencia Previa para el resto de sus finalidades.

CUARTO.- Celebrado el acto de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 31 de mayo de 2011 con la concurrencia de todas ellas, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SS^a para su resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se ejercita, con fundamento en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, una acción de declaración de la nulidad del contrato suscrito en fecha 8 de octubre de 2007 con la entidad demandada, alegando en esencia que el consentimiento para activar el citado contrato se formó defectuosamente merced del error a que fue inducida la actora por parte de la entidad bancaria. Así las cosas el legal representante de la actora firmó el meritado contrato creyendo que este servía para asegurarle frente a la subida que podía experimentar el Euribor en relación con el préstamo hipotecario que iba a suscribir con la entidad demanda el 11 de octubre de 2007, y cuyo capital ascendía a 400.000 euros, y estaba referenciado al Euribor. Igualmente afirma la actora, que los comerciales de la entidad demandada, nunca le advirtieron sobre la realidad del contrato concertado, ya que este se trataba de un contrato de permuta financiera o Swap, contrato altamente riesgoso y especulativo, ni le proporcionaron una información suficiente y detallada de la mecánica del producto, cuyas reales consecuencias se manifestaron a partir de la brusca bajada de los tipos de interés allá por el año 2009, comenzando a cargar la demandada en la cuenta asociada al producto

concertado, Clip Bankinter 07 12.2, sucesivas e importantes liquidaciones negativas, que elevaron su nivel de endeudamiento con la entidad demandada. A ello se le suma que la demandada nunca advirtió convenientemente a la actora, ni de los riesgos, ni de las importantes pérdidas asociadas a los mismos, ni de las condiciones de cancelación.

Por su parte la representación de la demandada se opone a la demanda formulada de contrario alegando, en esencia, que el actor tuvo pleno y cabal conocimiento del contrato que concertaba, ya que en fechas precedentes, concretamente el 17 de julio de 2007, el legal representante de la actora había contratado el contrato multilínea de financiación para empresas en el que se le ofertaban diversos productos para disponer de un límite máximo de riesgo crediticio (tales como, contratos de descuento de papel, de leasing, de crédito...etc), y entre los que se encontraban las condiciones generales del futuro contrato hoy controvertido. En efecto en ese momento, el legal representante de la actora ya aceptó y asumió el clausulado general del contrato de gestión de riesgo económico y del contrato de intercambio de tipos/cuotas, los cuales dieron lugar posteriormente a la oferta del producto Clip en octubre de 2007. Así mismo asevera que el contrato de gestión de riesgos financieros en el que se inserta el Clip fue solicitado por la actora, junto con otros productos derivados del Multilínea (el préstamo hipotecario y un contrato de crédito cuenta gestión PYME con un límite de riesgo de 18.000 euros), y que en todo momento el cliente y actor recibió información clara y precisa mediante las explicaciones del comercial, la lectura de un folleto explicativo y del clausulado del contrato.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, y a fin de dirimir la existencia o inexistencia de un vicio del consentimiento por error en su generación, es necesario analizar el contrato concertado. Ciertamente, tal y como se desprende de la documental aportada (documentos nº 2 y 7 de la demanda), el germen del contrato de gestión de riesgos financieros y su producto asociado denominado Clip Bankinter 07 12.2 se contenían en el contrato multilínea de financiación para empresas (pagina nº 47) concertado por el legal representante de la actora en fecha 17 de julio de 2007. Concretamente, se derivaría del apartado L, intitulado condiciones generales del contrato de gestión de riesgo económico que son un resumen más o menos idéntico de las condiciones generales y particulares del Clip posteriormente pactado. Así las cosas, la mecánica de funcionamiento del contrato de gestión de riesgos financieros y su producto asociado, llamado Clip, es el que sigue: se parte de un nominal contratado de 400.000 euros, con una duración del producto de dos años y medio, y fecha de vencimiento el día 19 de abril de 2010. Mediante este producto se practican

una serie de liquidaciones periódicas, de carácter trimestral en una cuenta derivada asociada, que arrojarían un resultado positivo o negativo para el cliente según el resultado neto de los siguientes conceptos recogidos en la condiciones particulares, así el cliente paga: 1) durante el primer periodo un 4,55% si el Euribor a 3 meses es menor o igual a 4,95%; 2) durante el segundo periodo trimestral, un 4,70% si el Euribor a 3 meses es menor o igual a 5,10% ; y 3) en el tercer periodo, un 4,15% si Euribor a 3 meses es menor o igual a 4,70% y también, 4,70% si el Euribor a 3 meses es mayor a 4,70% y menor o igual al 5,10%. Igualmente, el cliente recibe durante los trimestres del uno al diez, el Euribor a 3 meses.

Expuestos los antedichos términos contractuales, el legal representante de la actora, D. Jorge , ha expuesto en su interrogatorio que si bien firmó el contrato multilínea financiación para acceder a determinados productos al mismo asociados (como una cuenta corriente, una póliza de crédito, descuento de papel, un contrato de leasing...etc), cuando concertó el contrato de gestión de riesgos financieros y el famoso Clip, creía que el mismo servía para asegurar con carácter trimestral el tipo de interés referenciado al Euribor del préstamo hipotecario concertado con Bankinter en fecha 11 de octubre de 2007 y con un importe de 400.000 euros al igual que el nominal del Clip concertado. Así mismo manifiesta que él no solicitó dicho Clip, sino que el mismo le fue ofertado por el Banco y para cubrir y asegurarle frente a las subidas del tipo de interés asociado a su hipoteca. Por su parte el testigo y comercial de Bankinter S.A, D. Agustín con quien la actora gestionó toda la contratación del Clip y su contrato marco, ha declarado de forma ciertamente contradictoria sobre los términos controvertidos. Así, y en consonancia con la documental aportada (documento nº2) concretamente con la cláusula nº 1 del condicionado general (que reza: *el Banco ofrecerá al cliente el conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo-Productos- con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de sus riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales*), el citado testigo y comercial ha manifestado que ofertó a su cliente, con el que sostenía relaciones contractuales previas, el contrato controvertido. En dicha iniciativa contractual desplegada por la entidad bancaria se informa de que el meritado contrato supondrá para el actor una cobertura frente a la subida de los tipos de interés, mas afirma que nunca se le ofertó como producto asociado a la futura hipoteca, sino que aquel estaba únicamente referido a una posición de endeudamiento del cliente con Bankinter o cualquier otra entidad. Sin embargo, a preguntas de esta Juzgadora, dicho testigo rectifica y manifiesta que, efectivamente sí que venía asociado a la posición deudora generada con la contratación del préstamo hipotecario que iban a concertar en fecha próxima. Pese a lo

argumentado por la demandada en su contestación, de lo anterior se desprende que la iniciativa en la contratación del producto vino de aquella, y se advierte una cierta confusión en la explicación de los términos contractuales. Así a la lectura del documento n° 2 vemos que del mismo se desprende una asociación implícita con la futura hipoteca a contratar, máxime cuando el nominal concertado en el Clip coincide con el principal de préstamo hipotecario. A mayor abundamiento, en el préstamo hipotecario la referencia es al Euribor a un año, y en el Clip se pactan liquidaciones trimestrales con referencia al Euribor. Igualmente, a fin de analizar el escenario pre-contractual, se preguntó al testigo si el actor tenía una posición deudora o de endeudamiento, para la que fue ofertada el Clip, y este manifestó que no la presentaba. De ello se sigue que Bankinter ofertó el Clip, sabedora de asociarla al préstamo hipotecario que generaría un endeudamiento futurible con la entidad bancaria (incluso la cuenta asociada al Clip es la misma en la que la actora recibió la integridad del préstamo hipotecario). Amén de lo anterior y leído el clausulado, este adolece de ciertas oscuridades, así se habla genéricamente de liquidaciones positivas o negativas, de productos, de ventanas de cancelación resultando un clausulado complejo y no demasiado accesible a la comprensión de un ciudadano medio.

Ello debe ponerse en relación con la carta que la demandada remitió a la actora con ocasión de sus primeras reclamaciones, en esa carta de fecha 26 de agosto de 2009 (documento n° 6 de la demanda), la entidad bancaria habla más claramente sobre los términos contractuales pactados. Así informa al cliente en ese momento (porque en el contrato nada se explicita) que el producto es un derivado financiero, e incluso le explica más claramente que en el contrato la operativa concertada, así le dice: *su efecto económico es estabilizar los costes financieros derivados de su actividad mercantil, y aquel se produce mediante el intercambio entre la parte contratante y el Banco de un tipo de interés variable (que recibe el cliente), por un tipo de interés prefijado de antemano (que el cliente abona), calculados ambos sobre el importe nominal que cubre total o parcialmente el endeudamiento bancario de su actividad mercantil*. Dichas explicaciones no se evidencia en el contrato, que recordemos habla genéricamente de liquidaciones, y expone el gráfico expuesto de pago y abono de forma harto amplia. Siguiendo con la carta, en ella sí que explicita los riesgos de bajada de los tipos de interés (que en el caso de autos supusieron liquidaciones en negativo para la actora por elevados importes), ya que informa al cliente de que *ello puede conllevar apuntes a la baja en su cuenta corriente por las liquidaciones del producto, o incluso una liquidación negativa por la cancelación*. Así las cosas hemos de remitirnos al clausulado y esa advertencia no viene contenida de forma

detallada en el mismo, así en el documento nº 2, punto II del apartado Exponen se lee: *los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo, derivado de los factores asociados a su funcionamiento, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que se podría reducir o anular el beneficio económico esperado por el cliente.* Leído lo anterior, entiende esta Juzgadora que la advertencia de riesgo es ciertamente genérica, ya que no se habla del panorama concreto de bajada de los tipos, ni del enorme resultado negativo que ello podría entrañar. Más aún, en el Clip concertado, donde ciertamente tal panorama riesgoso debería ser convenientemente advertido, hay un silencio absoluto. Finalmente, y a diferencia de su contestación, en el clausulado hoy controvertido y predispuesto por la demandada nunca se emplea la palabra permuta financiera o SWAP, y realmente el Clip supone ese tipo contractual.

Así hemos de citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de fecha 18 de febrero de 2011, que establece: *Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta Audiencia de 27 enero de 2010 que declara: “Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 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 (nocial) 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”. Al propio tiempo la pericial obrante en la litis (folio 173), lo define como un contrato de permuta financiera mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los*

tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010 : "... De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes..."

». Y terminábamos diciendo, en cuanto a las características y naturaleza del contrato, que « Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación financiera peculiar. Al respecto (folio 98) la representación de BANKINTER afirma que ofertó el producto en el año 2007, cuando se vivía un momento alcista en los mercados, no se había iniciado la actual crisis, y la apuesta era por el mantenimiento o la elevación los tipos de interés; sin embargo la prueba evidencia en este y otros casos resueltos por esta y otras AAPP, una visión totalmente opuesta al argumento de la parte, demostrada por la realidad de lo ocurrido. Se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este y otros contratos, ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda reclamada en al reconvencción y en otros procedimientos, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 14 de marzo de 2007 a 14 de septiembre de 2010, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista) y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario, el cual es

una empresa constructora con forma societaria, careciendo su representante legal de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado, como tampoco poseía mayores conocimientos el titular de un negocio de hostelería, al que se refiere la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero de 2010 , a diferencia de lo que ocurre en sentencia de esta sala de 18 de Junio de 2010 , en la que, quien denunciaba la falta de información, era un inversor avezado que había concertado otras operaciones financieras con la entidad de crédito del mismo tenor a la que cuestionaba en la litis ».

Señalado lo anterior, y según ya hemos ido desgranando el contrato ofertado, una permuta financiera de tipos de interés, según resulta de la documental y del interrogatorio del legal representante de la actora, podemos afirmar según ya hemos ido exponiendo la íntima relación que existe con el ulterior préstamo hipotecario concertado, creyendo realmente D. Jorge que lo concertado le garantizaba un aseguramiento frente a las subidas del Euribor en su hipoteca. En este punto no podemos compartir plenamente lo afirmado por la actora, de que creía que concertaba un seguro gratuito, pero que duda cabe, de que el clausulado y el nombre del producto y la explicación de su operativa están teñidas de cierta falta de claridad, y de complejidad que pueden inducir a confusión sobre el tenor de lo realmente pactado. A ello hemos de unir, que el contrato aunque habla en su condicionado general de que permite hacer esperar al cliente un beneficio económico o por lo menos poner a salvo una posición deudora en el desenvolvimiento de su actividad mercantil, realmente sus consecuencias prácticas son bien diferentes, revelado por el tenor de las liquidaciones cargadas a la actora. Así si bien se habla de liquidaciones positivas a percibir por el cliente, vistas las mismas según documento nº 9 de la demanda, aquellas suponen un beneficio muy limitado para la actora. En efecto, desde la fecha de su inicio, los abonos positivos suponen pequeñas cifras (111,42 euros en enero de 2008; 64,71 euros en julio de 2008; 104,44 euros en enero de 2009 y 266,80 euros en octubre de 2008). En cambio las liquidaciones a favor del Banco se disparan en 2009 a partir de la bajada de los tipos de interés, alcanzando cifras de 2.000 y 3.000 euros que se han mantenido, no generándose ningún saldo a favor del cliente. Así en este sentido se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 cuando establece que *la finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de*

los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de intereses, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder.

TERCERO.- Seguidamente, analizado el contrato y su gestación pre y post-contractual, hemos de referirnos a un tema clave, esto es, si la entidad bancaria cumplió con su deber legal de proporcionar una información adecuada y suficiente a su cliente. Particularmente hemos de analizar si la demandada informó al legal representante de la actora de forma detallada del funcionamiento del producto contratado, de las previsiones de variación del tipo de interés, y de las ulteriores consecuencias de su cancelación. Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, Pontevedra de 7 de abril de 2010 o de Jaén de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 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, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y

deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es 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. Particularmente, 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 período 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).

Trasladando lo anterior al caso de autos, la carga de la prueba por parte de la actora de estos extremos no se reputa válidamente desplegada,

toda vez que la información suministrada ante el producto contratado, el Clip 07 12.2, se limitó a información verbal y no suficientemente detallada del Sr. [redacted] y a la lectura del complejo clausulado. En este punto, tal y como resulta de su interrogatorio, el Sr. [redacted], es el administrador único de una sociedad limitada (de una pyme en definitiva), dedicada a la fabricación y comercialización de sillas, que posee conocimientos bancarios y financieros básicos, y con un nivel de estudios medio (bachiller superior), y que hasta la fecha había concertado con la entidad demandada productos de escasa complejidad como un préstamo hipotecario y un contrato de cuenta gestión Pyme. Sin embargo el pormenorizado y complejo clausulado del documento nº 2 y particularmente la parquedad de las explicaciones del modus operandi del Clip (vid cláusulas particulares), revelan la dificultad en el cabal conocimiento del funcionamiento del producto contratado. Máxime cuando en la propia vista, a la hora de explicar el Sr. [redacted], cuál fue la información transmitida es igual de parco y genérico que el clausulado contratado. Así mismo, aunque el Sr. Díaz afirma que llegó a proporcionar un folleto explicativo de todos los posibles escenarios de desenvolvimiento del Clip (documento nº4 de la contestación), a renglón seguido añade que lo que enseñó al cliente fue un manual más completo que el aportado con la contestación (que la demandada no ha tenido la diligencia de aportar). Más aún la exhibición de ese supuesto folleto explicativo de la dinámica de la operación, se ve contradicha por el hecho de que la empleada del Sr. [redacted], la testigo D^a. Rocío I [redacted], ha depuesto que ese documento le fue remitido desde el Banco ante los persistentes requerimientos que ella les hizo como contable de la empresa a fin de dilucidar de dónde provenían las elevadas liquidaciones que se estaban cargando en cuenta a su jefe.

Ahora bien, el principal déficit informativo proviene de que la entidad bancaria no expuso a su cliente el escenario de riesgo en el que podría introducirse si los tipos de interés bajaban de forma drástica (circunstancia esta que aconteció hacia 2009). Así resalta en este punto la sentencia de 29 de octubre de 2010 de la sección 7^a de la Audiencia Provincial de Asturias *que se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha vista como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la*

crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario. Por ello la afirmación expresada por el empleado de la demandada, Sr. Díaz, de que en el momento de la contratación el Banco desconocía la evolución de los tipos de interés no es de recibo, ya que en todo caso el administrador de una limitada no puede competir con los conocimientos sobre la evolución de los mercados de los que disponía una entidad bancaria arraigada y competitiva.

Por último, y como colofón de lo expuesto, la actora nunca fue informada al contratar de las perniciosas consecuencias de una cancelación. Así en el contrato (documento nº 2), cláusula nº 6, se prevé que (...) *el cliente podrá cancelar el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación. En estos casos, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por la condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por importe nominal del crédito.* Tras la lectura atenta de dicha cláusula se explicita a esta Juzgadora que el importe de cancelación permanece ignoto para el cliente, ya que sólo conoce una de las referencias (el importe de los 400.000 euros). Qué hemos de entender por condiciones de mercado es algo que incluso parece desconocer el testigo de la demandada, toda vez que preguntado sobre esta cuestión repone que eso se hace a través de un programa informático. Pero esta cuestión no es baladí, sobre todo cuando la liquidación por cancelación puede resultar anormalmente elevada, y en este punto hemos de traer a colación que el Sr. Díaz ha reconocido que como la liquidación era muy negativa para el cliente se le ofertó un crédito blando para pagarla. Así mismo, genera sorpresa que en el contrato no se establezca una formula de cancelación o se ofrezca un escenario probable para la cancelación, por ello el defecto de información se exagera y la aleatoriedad que impregna el contrato se manifiesta de forma definitiva. De este hecho surge la principal razón para entender que el consentimiento contractual no se formó correctamente, toda vez que el actor no tenía cabal conocimiento del costo real de la cancelación, y del escenario negativo en el que se situaba cuando los tipos evolucionaran a la baja como así fue, razón por la cual cuando intentó deshacerse del Clip de forma anticipada, vio comprometido su crédito financiero con la entidad. En efecto, aunque nada se advertía al respecto, esto es, qué sucedería si a través de ese contrato el cliente se colocaba en una delicada posición deudora con el banco, lo sucedido en las expresivas palabras del Sr. es que recibió órdenes de arriba de que se cancelara automáticamente la cuenta asociada a la multilínea. Básicamente como depone la actora se quedó sin crédito y tuvo que ir a buscarlo a otra

entidad. Leído el contrato, dicha consecuencia no se refleja en su clausulado. Para entender la postura de la entidad hay que acudir a la página 48 del contrato multilínea, apartado 8 de la letra L, referente a las condiciones generales del contrato de gestión de riesgo económico. Así en el párrafo segundo se recoge que *cuando la cuenta arroje una situación de mora del cliente podrá cerrar la misma (...)*. Dicha posibilidad no aparece reproducida en la condiciones generales nuevamente asumidas merced del contrato de gestión de riesgos, lo que lógicamente implica un nuevo déficit informativo, de gravedad, toda vez que ni siquiera esta previsión se incorporó al contrato Clip (en cuya clausula nº 6, se habla de *que el Banco resolverá el contrato por el impago del cliente ante cualquier cantidad que adeude al Banco derivada de cualquier liquidación asociada a un producto y que en tal caso se hará una liquidación bien positiva, bien negativa en la cuenta según las condiciones de mercado*).

CUARTO.- Finalmente, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000), y como ya hemos anticipado, entendemos con la actora que dicho error esencial ha concurrido, dado que la actora ha creído que concertaba un aseguramiento frente a las subidas de los tipos de interés asociados a su hipoteca, y por que la información desplegada por el Banco ha sido parca, insuficiente, e inadecuada, al no explicitar mediante ejemplos, las liquidaciones que arrojarían uno u otro escenario, al no ofrecer cumplida información de la evolución de los tipos de interés, al no facilitar una regla de cálculo siquiera aproximativa del coste de cancelación para el cliente y al no ilustrarle de que vería comprometido su crédito con la entidad si sus liquidaciones negativas producto del Clip iban en ascenso.

La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002). Ahora bien, procede la íntegra estimación de la pretensión del actor, toda vez que según resulta del documento nº 9 de su demanda, la cuantía de las liquidaciones

positivas que debería restituir a la demandada ascenderían al monto de 547,37 euros, las cuales ya fueron deducidas en el suplico de su demanda de la cantidad objeto de reclamación. Así mismo a dicha cuantía han de adicionarse el importe de sendas liquidaciones negativas resultantes de los documentos admitidos en la Audiencia Previa. Por tanto, la entidad demandada deberá abonar a la actora la cuantía de 14.634,80 euros.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede imponer a la demandada las costas causadas.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás normas de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación de S.L. contra Bankinter S.A, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 8 de octubre de 2007. Igualmente debo condenar y condeno a que Bankinter S.A restituya a la actora la cantidad de 14.634,80 euros, en concepto de apuntes contables derivados del meritado contrato, mas los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, todo ello con expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación, previo depósito de la cantidad de 50 euros, anunciándolo en el término de los cinco días siguientes al de su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.