

En Avilés, a quince de julio de dos mil once.

Vistos por DÑA. RAQUEL VILLANUEVA BENITEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Avilés, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** que se han seguido con el **número 126/2011** sobre Nulidad de Contrato en los que han sido partes, como demandante, la entidad L S , S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Carús Fernández, bajo la dirección técnica del Letrado Sr. Tamargo Menéndez, y en calidad de demandada, la entidad BANKINTER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Alonso, bajo la dirección técnica del Letrado Sr. de Román Pérez, ha pronunciado la siguiente:

18 07 11
SENTENCIA

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Carús Fernández, en nombre y representación de L S , S.A., se ha presentado escrito de demanda, que procedente del Decanato ha sido turnada a este Juzgado, promoviendo juicio ordinario sobre nulidad de contrato, frente a BANKINTER, S.A., basado en los hechos y razonamientos jurídicos que en aras de la brevedad damos aquí por reproducidos, para terminar suplicando que previos los trámites legales se dicte sentencia condenatoria contra la demandada en los siguientes términos:

.- Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 19 de mayo de 2.006, firmado entre las partes, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes de la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del código civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del

contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones periódicas practicadas.

Y subsidiariamente, se declare que el demandante tiene derecho a apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda, así como ser resarcido del coste abonado hasta la fecha por haberse producido un daño y un perjuicio directamente imputable a la entidad financiera.

SEGUNDO.- Admitida por decreto, a tramite la demanda, se dio traslado a la demandada, para que contestara la demanda en el plazo de veinte días.

Evacuando el traslado conferido por el Procurador de los Tribunales Sra. Gutiérrez Alonso, se presentó en nombre y representación de la entidad demandada, escrito de contestación y oposición a la demanda, sobre los hechos y razonamientos jurídicos que damos aquí por reproducidos, para terminar suplicando que previos los trámites legales se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda e imponga las costas a la parte actora.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación, se tuvo por personada a la parte demandada, y por contestada la demanda, citándose a las partes a la celebración de la audiencia previa prevista legalmente.

CUARTO.- En el día y a la hora señalada, se celebró la audiencia previa, a la que comparecieron las partes debidamente representadas.

No existiendo acuerdo se concedió la palabra a las partes, que se afirmaron y ratificaron, en sus respectivos escritos interesando el recibimiento del pleito a prueba, tras lo cual se admitió toda la prueba propuesta declarada pertinente, citándose a las partes, a la celebración del juicio previsto legalmente.

QUINTO.- El día y hora señalado, comparecieron las partes, practicándose toda la prueba propuesta y admitida, con el resultado que es de ver en autos, tras lo cual las partes hicieron las manifestaciones que tuvieron por conveniente en el trámite de conclusiones, como consta en el acta extendida al efecto por el Sr. Secretario de este juzgado, quedando los autos conclusos y vistos para sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este pleito se han cumplido todas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda entablada en el presente procedimiento tiene por objeto el ejercicio de una acción de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, o Clip Bankinter 06-14.5, suscrito por las partes en fecha de 20 de diciembre de 2.006.

La entidad actora sustenta su pretensión de nulidad, en el error sufrido por su administrador y representante legal al suscribir el contrato litigioso en la creencia de que lo que contrataba era un seguro contra la subida del euribor, que le cubriría llegado el momento de un elevado pago de intereses en caso de que el euribor subiese.

Por su parte la demandada sostiene que la actora pretende anular los efectos de un contrato válido, el denominado Clip Bankinter, contrato que nunca fue ofertado a la actora como un seguro ya que el Clip es una operación de permuta sobre los tipos de interés, en virtud de la que la actora, obtuvo una cobertura del riesgo financiero derivado de eventuales subidas del Euribor a 3 meses.

En el presente caso nos encontramos ante un contrato conocido en la doctrina, como contrato de permuta financiera, en su modalidad de permuta de tipos de interés, que en la terminología anglosajona se denominan "swap".

Son reiteradas las sentencias dictadas por nuestra Audiencia Provincial, en relación con contratos como el "Clip" aquí objeto de litis.

En dichas resoluciones se ha venido señalando que el contrato de permuta financiera, es un contrato que se define como atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del código civil y artículo 50 del código de comercio, que ha sido importado del sistema jurídico anglosajón y se caracteriza por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato, o sólo y más simplemente, a liquidar

periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

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 artículo 1.799 del 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.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, la actora invoca con carácter principal la existencia de error invalidante del consentimiento prestado por su administrador al celebrar el contrato objeto de litis, al no haber recibido de la entidad bancaria demandada información suficiente acerca del producto contratado y en especial acerca de los riesgos que dicha contratación suponía.

Al respecto se ha de precisar que el **artículo 1.261 del Código civil** requiere, como elementos necesarios para la existencia de los contratos, la concurrencia de consentimiento, objeto y causa.

La existencia o no de estos requisitos y su constatación es una facultad o cuestión de hecho que corresponde a Jueces y Tribunales.

Es reiteradísima la **Jurisprudencia del Tribunal Supremo**, según la cuál, la invocación de un vicio del consentimiento sólo puede ser apreciable en juicio si existe prueba cumplida de su existencia y realidad, prueba que lógicamente incumbe, a la parte que lo alega, y al ser un concepto jurídico, ha de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que conformen la base fáctica.

Como se ha señalado anteriormente, la parte actora alega la existencia de error, como sustento de su pretensión de nulidad del contrato objeto de litis.

El error, se contempla en el **artículo 1.266 del código civil**, y se califica como vicio del consentimiento en el **artículo 1.265 del mismo cuerpo legal**.

El **Tribunal Supremo** exige para apreciar la concurrencia del citado error en el consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento, debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato.

Así, para que el error invalide el contrato es indispensable, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertados, requisitos a los que debe añadirse, que ha de ser excusable, además de esencial.

En el presente caso, la actora relaciona de forma directa el error sufrido por su administrador al suscribir el contrato litigioso, con la defectuosa información recibida por parte de la entidad demandada en relación con el contenido y alcance del citado contrato.

La actora sostiene a lo largo de la litis que contrató el producto denominado "Clip Bankinter", en la creencia de que estaba contratando un tipo de seguro que le protegería de eventuales subidas del Euribor, pero que nunca se le informó ni se le comentó nada acerca de las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de una bajada del Euribor.

Por su parte la demandada alega que la aquí demandante fue debidamente informada del alcance, contenido y consecuencias del contrato concertado por ella, y que en ningún momento se le habló de concertar un seguro, señalando que el tenor del contrato que nos ocupa, es claro y no contiene el referencia alguna al término seguro, ni a prima o cuota que haya de ser abonada por la actora.

Igualmente la demandada sostiene que se habló y se informó al administrador de la actora, de la existencia de un saldo a favor y en contra del cliente, y no sólo de liquidaciones positivas como se alega de adverso.

En este punto y en relación con el deber de información que compete a la entidad bancaria, en supuestos similares al presente, existen reiteradas resoluciones de nuestra Audiencia Provincial, que al respecto viene señalando que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores,

futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.)”.

TERCERO.- Sentado lo anterior y entrando a resolver la cuestión aquí controvertida, he de señalar que a mi juicio de la prueba practicada en autos, se concluye la concurrencia de los presupuestos necesarios para que prospere la acción de nulidad ejercitada por la entidad actora.

Así, en primer lugar he de señalar que el tenor del contrato suscrito por las partes cuya nulidad nos ocupa, no es a mi juicio tan claro como alega la demandada.

En mi opinión los términos en que está redactado tanto el condicionado general que contiene el contrato marco concertado por las partes, como el condicionado particular en el que constan las estipulaciones del producto contratado por el cliente en el ámbito del contrato marco, denominado Clip Bankinter, no son claros a la hora de precisar el alcance de la obligación que está asumiendo el cliente al firmar el documento.

Entiendo que se hace necesaria más de una y de dos lecturas detenidas, para alcanzar a comprender el contenido y finalidad de las cláusulas recogidas en el condicionado general y particular del citado contrato y aún así, surgen dificultades para entender como se puede cancelar anticipadamente el contrato y que consecuencias concretas conlleva esa cancelación para el cliente.

La citada dificultad de comprensión del tenor del contrato, hace que la que suscribe albergue serias dudas acerca de lo que el administrador de la actora, pudo entender en el momento en que firmó el contrato, máxime cuando nada se dice en las actuaciones acerca de la existencia de conversaciones o entrega de documentación alguna a la actora, con anterioridad al momento de la firma del documento.

En relación con la complejidad del contrato objeto de litis, la demandada se ha limitado a alegar en autos, que el administrador y apoderado de la entidad actora ha suscrito con Bankinter, contratos cuya complejidad es muy superior a la del Clip, lo que es a su juicio, más que indicativo de que tanto el administrador como el apoderado de la entidad actora, comprendieron sin problemas el clausulado del contrato y lo suscribieron porque satisfacía sus intereses, que no eran otros, que mitigar los riesgos financieros derivados de las subidas del Euribor para Comercial y Transformados, dado su ingente endeudamiento referido a ese índice.

La que suscribe no comparte las afirmaciones de la demandada, por cuanto de la documental aportada a los autos, esencialmente con el escrito de demanda, se desprende que el tantas veces citado Clip Bankinter, es con mucho, el más complejo de los contratos suscritos por las partes.

En este punto se ha de precisar que el propio comercial de la demandada que ofreció el Clip a la actora y suscribió con ella el contrato cuya nulidad aquí se pretende, ha declarado en el acto del juicio, que pese a que él recibió preparación específica en su empresa acerca del producto, él tan sólo necesitó unas horas para explicar al administrador de la actora, la mecánica y funcionamiento del denominado Clip Bankinter.

En el acto del juicio las partes han hablado acerca de lo que cobraba o pagaba la actora en caso de subida o bajada del euríbor, aunque del tenor del contrato se desprende que esa explicación no es tan sencilla como parece.

Se hace necesario acudir al tenor de las cláusulas recogidas en el condicionado particular del contrato de gestión de riesgos financieros objeto de litis, para comprender que el cliente siempre acaba pagando, ya suba o baje el Euríbor, aunque pagaba bastante más en caso de que el euríbor bajase como ha venido sucediendo en los últimos años.

En virtud de la contratación del denominado "Clip", en el condicionado particular se establece que cada parte se compromete a pagar a la otra en determinadas fechas establecidas en el contrato, unos importes de efectivo que se calculan sobre el importe nominal estipulado en el Clip, de estas obligaciones recíprocas de pago resulta por compensación, una cantidad neta que una parte abona a la otra en la fecha de liquidación.

El problema surge a mi juicio, al comprobar como se calculan las cantidades que ha de pagar cada parte a la otra, ya que mientras Bankinter siempre paga al cliente, la cantidad que resulte de multiplicar el Euríbor 3 meses, por el nominal contratado, en este caso, 817.000€, el cliente, paga con arreglo a dos periodos de la siguiente forma:

.- primer periodo (trimestres 1 a 4): a) la cantidad que resulte de multiplicar 3,50% por el nominal contratado si el Euríbor a 3 meses es menor o igual que 4% o, b) la cantidad que resulta de multiplicar el nominal contratado por el Euríbor a 3 meses menos el 10% si el Euríbor a tres meses es superior a 4%.

.- segundo periodo (trimestres 5 a 20): a) la cantidad que resulta de multiplicar 3,95% por el nominal contratado si el Euríbor a 3 meses es menor o igual que 4,45%, o, b) la cantidad que resulta de multiplicar el nominal contratado por el Euríbor a 3 meses menos el 10% si el Euríbor a tres meses es superior a 5%.

Resulta por tanto que mientras Bankinter toma siempre como tipo de interés aplicable, el Euríbor a 3 meses, el cliente paga un tipo de interés u otro, dependiendo de que el Euríbor a 3 meses sea menor o igual a 4% o a 5%.

Esta fórmula en mi opinión, beneficia claramente a Bankinter, ya que en caso de bajada del Euribor por debajo de los índices previstos para el cliente, el banco siempre paga menos que éste, y en caso de subida del Euribor por encima de los citados índices el cliente ha de pagar igualmente al banco.

De lo anterior se desprende que lo que se ofrecía como un producto beneficioso para el cliente, resulta claramente perjudicial para éste, ya que nunca se beneficia de las bajadas del Euribor, y apenas se beneficia de las subidas de éste.

Así, resulta que el escaso beneficio económico que puede obtener el cliente con arreglo a las estipulaciones del condicionado particular, se produce únicamente cuando el Euribor a 3 meses es superior al 4% en el primer periodo y superior al 5% en el segundo, ya que en ese supuesto abonaría el Euribor menos el 10%, mientras que el Banco abonaría el Euribor sin esa rebaja.

El resultado de la operación contratada por la actora, no ha podido ser más negativo para ella, desde que se concertara el contrato que nos ocupa, ha percibido tan sólo 2.357,06€, mientras que ha tenido que afrontar el pago de 45.905,67€.

No obstante lo anterior, la demandada sostiene que el Clip se ofreció a la actora, para que ésta mejorara la financiación de sus operaciones de crédito, financiación que en la práctica entiendo ha sido claramente perjudicada por la contratación del tantas veces citado Clip.

Tal y como consta en autos la demandante se ha visto obligada a concertar varios préstamos con la demandada, para poder afrontar el pago de la deuda contraída con ésta a raíz de la sucesión de saldos negativos que se han venido produciendo en la cuenta corriente asociada al Clip.

El carácter general, técnico y poco detallado del contrato objeto de litis, no ofrece una clara información al cliente acerca de las implicaciones negativas del contrato que suscribe.

En el condicionado general se establece de forma muy genérica que "el cliente conoce y acepta que el instrumento financiero que suscribe conlleva un "cierto" grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato".

Se habla por tanto de reducir o anular el beneficio económico esperado, pero ni siquiera se hace mención a un

posible supuesto en que el beneficio esperado se torne en graves pérdidas.

Se habla igualmente de un "cierto riesgo", pero no se aclara en el texto este concepto tan abstracto, ni se aporta a los autos, elemento probatorio alguno que acredite que se explicó y aclaró a la parte contratante, que riesgos más que probables eran éstos, ni si se le puso en el peor de los escenarios posibles, esto es, en el que es aquí objeto de litis, años de pérdidas que no se pueden compensar con las escasas ganancias iniciales.

Se ha de suponer que una entidad financiera como la aquí demandada, ha de contar con un conocimiento mucho más avanzado y especializado del mercado y de las fluctuaciones de los tipos de interés, que el que pueda tener el administrador de una empresa que se dedica a la venta y suministro de aluminio, por ello, compete a la demandada dar cumplida y detallada información del riesgo concreto que conlleva para la entidad actora la firma de un contrato del alcance del que nos ocupa.

Entiendo que dicho deber no se cumple con la mera entrega de un contrato ya redactado por Bankinter y que se explica en un par de horas en las oficinas de la demandante.

A mayor abundamiento se ha de precisar que en caso de que el cliente de un modo u otro muestre su deseo de apartarse del contrato y dar por vencido el mismo, nuevamente nos encontramos con la poca o nula claridad de su condicionado.

Así, en caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto contratado, Bankinter ofrecerá al cliente una denominada "ventana de cancelación", los días y fechas que se señala en el contrato, ofreciendo al cliente un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de las fechas indicadas.

Asimismo, se señala en el contrato que tal cancelación anticipada podrá suponer por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto.

El cliente por tanto está a expensas del banco para poder cancelar el producto en la fecha que le indica la entidad financiera y no tiene manera cierta de conocer, que precio de cancelación concreto ha de abonar, al quedar supeditado a la "situación de mercado", y en todo caso, a los posibles gastos que su petición de cancelación anticipada ocasione al banco.

En el presente caso, la entidad financiera ha fijado con carácter orientativo el precio de cancelación en la cantidad de -28.908,58€, a cargar en la cuenta de la entidad actora, tal y como se detalla en el documento

número 18 de los que se acompañan con el escrito de demanda.

De lo hasta ahora expuesto se concluye que el contrato suscrito por las partes, omite información esencial que permita al cliente conocer el alcance del compromiso adquirido al firmar el mismo, máxime cuando se le ha ofrecido un producto que se vende como protección frente a las fluctuaciones de los tipos de interés, en este caso, del Euribor, sin dar cumplida y necesaria explicación, de las consecuencias negativas para la economía del cliente, derivadas de una bajada brusca y prolongada del Euribor, razones todas ellas por las que entiendo que no cabe otro pronunciamiento que la estimación de la demanda.

CUARTO.- De acuerdo con lo establecido en el **artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, procede la imposición de las costas a la demandada.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación:

F A L L O

Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Carús Fernández, en nombre y representación de L IS , S.A., sobre nulidad de contrato, frente a BANKINTER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Alonso,

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las partes en fecha de 19 de mayo de 2.006, con anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada al mismo, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cantidades entregadas en virtud de dicho contrato, de manera que ninguna resulte acreedora ni deudora respecto a la otra.

Las costas procesales ocasionadas se imponen a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe Recurso de Apelación, que deberá interponerse ante este juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el día siguiente a su notificación, y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo.



Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión del original en el libro de sentencias.

Así, por esta su sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncia, manda y firma, DÑA. RAQUEL VILLANUEVA BENÍTEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1, de Avilés.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por la Magistrado-Juez que la suscribe en Audiencia Pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

