

SENTENCIA nº:

ILUSTRE COLEGIO DE
PROCURADORES DE OVIEDO

0.5 SET. 2011

En Oviedo, a 27 de julio de 2011.

El Magistrado-Juez Don Pablo Martínez-Hombre Guillén, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, ha visto los presentes autos seguidos por los trámites del juicio ordinario con el nº 1162/11, dimanante de los autos de juicio monitorio 424/2011, a instancias de BANKINTER, S.A., representada por la Sra. Procuradora YOLANDA ALONSO RUIZ, y asistida por la Sra. Letrado JOSE L. REGUERO SIERRA, contra Don LUIS MARIO y Doña ANA MARÍA representados por el Sr. Procurador ROBERTO MUÑIZ SOLÍS, y asistida por el Sr. Letrado MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, y en virtud de la acumulación acordada de los autos nº 3294/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Siero, seguidos a instancias de CABAL AUTOMOCIÓN, SL, representada por el Sr. Procurador ROBERTO MUÑIZ SOLÍS, y asistida por el Sr. Letrado MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ contra BANKINTER, S.A., sobre nulidad de contrato por vicios de consentimiento y reclamación de cantidad..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de marzo de 2011, por la representación de Bankinter, S.A. se promovió juicio monitorio, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado con número 869/09, mediante escrito en el que se concluía suplicando se requiriese de pago, entre otros, a los demandados don Luis Mario y doña Ana María en la suma de 20.917,33 euros o para que compareciera y alegue, si tal fuera de su interés, apercibiéndoles de que en caso contrario se despachará ejecución contra ellos siguiéndose en vía de apremio por el principal, intereses legales, costas y gastos extrajudiciales.

SEGUNDO.- Formulada oposición por dichos demandados, el día 8 de octubre de 2010, por la indicada representación de la parte actora, se formuló escrito de demanda contra don Luis Mario y doña Ana María, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando se dictase sentencia, por la que, con estimación de la demanda se condene al demandado a abonar al actor la cantidad de 20.917,33 euros, más los intereses moratorios pactados y las costas.

TERCERO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado 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 al actor de las costas causadas.

CUARTO.- De igual modo, el día 14 de mayo de 2010, por la indicada representación de Cabal Automoción, SL, se formuló escrito de demanda contra Bankinter, SA, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Siero, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando se dictase sentencia, por la que, con estimación de la demanda: 1º Se declare la nulidad de del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 14 de de mayo de 2005 (documento nº 6), y de sus posteriores renovaciones (condiciones particulares) de fechas 27 de abril de 2007 (documento nº 7) y 17 de noviembre de 2008 (documento nº9), firmada entre las partes, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en al 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 lo frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 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 practicadas. 2º Subsidiariamente, se declare improcedente el coste de liquidación practicada, por no existir en el clausulado información alguna que lo hiciera previsible, declarando resuelto en contrato sin coste alguno para , SL, desde la fecha en que se produce la primera reclamación ante el servicio de atención al cliente de la entidad financiera.

QUINTO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado 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 al actor de las costas causadas.

SEXTO.- Por resolución de fecha 15 de abril de 2011 se acordó la acumulación a las presentes actuaciones de los autos de juicio ordinario ° 3294/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Siero, y aceptado por esta dicha acumulación y remitidas las actuaciones, tras la celebración de los respectivos actos de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 26 de julio 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 SSª para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión deducida en la demanda formulada por la representación de Cabal Automoción, SL, de nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros, denominado CLIP Bankinter, suscrito entre las partes, con fundamento en el art. 1.265 y 1.266 del Código Civil, por un vicio de consentimiento consistente en el error sufrido por la actora al momento de contratar se sustenta sobre la alegación de que en el mayo de 2005 empleados de la demandada, con quien la actora había concertado en el 21 de enero de 2005 una póliza de crédito por importe de 30.000 euros, y posteriormente el 11 de abril de 2005 otra por importe de 150.000, le ofrecieron un seguro gratuito que le serviría de protección ante una subida del euribor tipo de referencia pactado en los indicados contratos; posteriormente, el día 27 de abril de 2007, por empleados de la demandada se les indica la necesidad de renovar lo que se calificaba como seguro, por lo que suscriben una nueva renovación, fijándose un capital cubierto de 370.000 euros; finalmente, se afirma que el día 17 de noviembre de 2008 se firma un nuevo contrato, según se afirma también por indicación de los empleados de la sucursal de la entidad demandada, con el fin de rehacer los seguros y renovar las coberturas. La actora considera que dichos contratos, que resultaron constituir un SWAP, tienen un carácter marcadamente especulativo y de alto riesgo, que ha provocado a la actora cuantiosas pérdidas merced a la bajada de los tipos de euribor, no habiendo sido la actora advertida convenientemente de su objeto y funcionamiento, ni pudiéndose deducir el mismo de su

contenido dada la oscuridad de las cláusulas con las que aparece redactado, el cual implica un desequilibrio para las prestaciones de las partes, ni tampoco resultó convenientemente advertida del coste de cancelación que el mismo tenía.

Tal pretensión, sustentada en la demanda formulada por _____, SL, precisa ser analizada en primer lugar, puesto que la reclamación dineraria que Bankinter, SA, formula en la suya frente don Luis Mario _____ y doña Ana María _____, como fiadores de aquella entidad, se sustenta precisamente en los contratos cuya validez es cuestionada.

SEGUNDO.- El art. 1266 requiere como condiciones para que el error invalide el negocio, que recaiga el error sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.. En el ámbito de la jurisprudencia se ha señalado, así S. T.S. 10 de febrero de 1982, que: "El error sustancial con trascendencia anulatoria (art.1266 del C.civil) tiene un sentido excepcional muy acusado, y según una constante jurisprudencia, viene condicionado inexcusablemente a la prueba de que la cosa objeto del contrato carece de las condiciones que se le atribuyeron y fueron motivo principal de su celebración, lo cual supone tanto como la exigencia de que el error ha de recaer sobre la cosa o sus circunstancia ... (Ss. 14 de junio 1943 y 12 febrero 1979)"; asimismo S^a T.S. 30 de mayo de 1991 dice "... La apreciación del error sustancial en los contrato ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Cfr. T.S. SS 8 de mayo 1962 y 14 de mayo 1968) ya que el error implica un vicio del consentimiento, no una falta de el, y además ha de ser inexcusable ...".

En cuanto a los requisitos del error invalidante según SS. T.S. 20 de noviembre de 1989 "... Para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo dispuesto en el art.1265 C.c. es indispensable que: a) recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art.1261 /1 del C.c.- (Cfr SS. 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964); b) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Cfr. T.S. SS 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1964); c) que no sea imputable a quien lo padece (Cfr. T.S. SS 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957), y d) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Cfr. SS. 14 de julio de 1943, 25 de mayo 1963 y 18 de abril 1978)".

TERCERO.- En el primer contrato cuya nulidad se insta, denominado Clip Bankinter 5, se pacta en sus condiciones particulares, sobre la base de un nominal de 100.000 €, y por un plazo de tres años, la obligación de Bankinter de pagar trimestralmente al actora las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en el mismo periodo, la cantidad consistente en un interés del 1,95 %, en los tres primeros trimestres, de un 2,5% en los tres siguientes, y de un 3,45 en el resto, y en este último periodo, si el Euribor a 3 meses es mayor al 3,75 %, el cliente pagaría el euribor a 3 meses menos el 0,30 %; en el segundo de los contratos, fechado el día 27 de abril de 2007, la base es de un nominal de 370.000 €, por un plazo de tres años, y establece la obligación de Bankinter de pagar trimestralmente al actora las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en el mismo periodo, en el primer trimestre, la cantidad resultante de aplicar un interés del 3,95%; en los dos siguientes, el 4,15 % si el Euribor a 3 meses menor o igual al 4,45 %, o el Euribor a 3 meses menos un 0,10 % si el Euribor a 3 meses es mayor al 4,45 %, y para el último periodo, el 4,45 % si el Euribor a 3 meses menor o igual al 4,85 %, o el Euribor a 3 meses menos un 0,10 % si el Euribor a 3 meses es mayor al 4,85 %; el último de los contratos, fechado el día 11 de noviembre de 2008, con un nominal de 370.000 euros y duración de dos y medio, también el banco pagaba las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que para el cliente los tipos era del 4.15% si el Euribor a 3 meses es menor o igual al 4,15 %, o el Euribor a 3 meses si es superior al 4,15 % e inferior o igual al 4,35 %, el 4,35 % si el e o el Euribor a 3 meses es superior al 4,35 % si el Euribor a 3 meses es superior al 4,35% e inferior o igual al 4,95%; o el Euribor a 3 meses menos un 0,10 % si es superior al 4,95. Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonarla la que finalmente resultara deudora. Como se aprecia, por las propias liquidaciones, realmente no estamos hablando de sucesivas renovaciones del contrato originarios, sino de contratos distintos, que han implicado liquidaciones negativas para la actora a partir de junio de 2009, constanding numerosas reclamaciones efectuadas por la demandada, a partir de marzo de 2009, ante diversos organismos.

Los contratos vienen a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, denominados "CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto

financiero, en el caso de autos, denominado CLIP, contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

En el expositivo de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros litigioso se viene a recoger:

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

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

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

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

6.- Una vez firmadas las Condiciones particulares y transcurrido el Período de Comercialización, de tal modo que el Producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este

caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente.

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

CUARTO.- En el supuesto de autos los contratos cuya nulidad se pretende es, como ambas partes reconocen, lo que se conoce como swap, y en la doctrina española como un contrato de permuta financiera, y más concretamente un swap de intereses, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. En este sentido, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo mercantil nº2 de Barcelona, "en esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente notional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBÓR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación".

En definitiva, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especularon sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones da los mercados financieros. Pese a ello, la operación no está exenta de riegos merced a su componente especulativo, en esta idea ha de citarse 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"

Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora, por medio de su representante legal conoció la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que ello implicaba. Esencialmente, lo que la actora imputa a la entidad bancaria es un defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente y una falta de claridad del clausulado del contrato impugnado.

QUINTO.- 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 art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, 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 arts. 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, como es de ver en la propias Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España recogidas en diversa resoluciones judiciales, 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).

SEXTO.- Cabría preguntarse si la información ofrecida en el supuesto de autos, a la que la demandada estaba obligada, y que no constituye asesoramiento propiamente, cumplió tales exigencias, prueba que incumbe a la demandada, y cuya carga procesal no ha sido asumida válidamente. Ciertamente, no existe prueba alguna de que la demandada hubiese ofertado el producto como un mero seguro de tipos gratuito, ni ello parece razonable; en este sentido, de hecho los documentos suscritos no producen error alguno en este sentido, de otro lado, es notorio que ciertos productos que las entidades financieras ofrecen conllevan la concesión para el cliente de seguros gratuitos, pero también lo es que ello no comporta la suscripción de documento alguno para su disfrute (de hecho lo que se aportan no son contratos suscritos por los demandados, sino certificados de tales seguros); tampoco se corresponde tal afirmación con el hecho de que tanto don Luis Mario como doña Ana hubiesen tenido que firmar como fiadores, ni especialmente tiene ningún sentido que se exigiese para la prestación de un seguro como el que se alega a SL, la firma de doña Ana, al no ser la misma más que socia, pero no administradora de la sociedad; y que la oferta y presentación inicial del producto no fue exactamente como se que se presente en la demanda, se deduce, en cierto sentido, del propio interrogatorio de esta última cuando reconoce que ella no llegó nunca muy bien a comprender como operaba. En este sentido, no se duda de que los empleados de la demandada explicaron al administrador de la demandante cual era la mecánica del cálculo de los saldos a pagar por uno y otro, mas esta no es la única información que debía ofrecerse, máxime cuando la redacción del contrato, y como ya ha puesto de relieve la Audiencia Provincial de Asturias al analizar similares contratos celebrados por al entidad aquí demandada (así, sentencias de Sección 5ª de 27 de enero y 23 de julio de 2010, o Sección 4ª en las de 12 de noviembre de 2010 y 11 de febrero de 2011), omite aspectos esenciales, y la que ofrece, en parte, equívoca.

De lo actuado, lo único que se desprende es la firma del contrato, sin que, dada la ausencia de los empleados de la demandada que inicialmente comercializaron el producto con la entidad demandante, permita conocer cómo le fue ofrecido el producto, siendo esto prueba que incumbe a la entidad financiera demandada. No se desconoce por el Juzgador que no se ha suscrito un único contrato, sino que después del primero se celebra un segundo contrato en abril de 2007, después se cancela el inicial, y ulteriormente en noviembre de 2008 se modifica el segundo suscrito, y que ello puede constituir un serio indicio de que realmente los contratantes conocían el verdadero alcance del contrato concertado; no obstante, el Juzgador considera clave al respecto el conocer en qué términos el primero de los contratos les fue presentado, pues lo razonable es que una vez el cliente fuera informado sobre el alcance y

riesgos de la permuta, lo lógico es pensar que tales explicaciones no se producirían; desde esta perspectiva, no tienen sentido las manifestaciones del testigo don Javier Camacho, empleado del banco, quien interviene en la comercialización de la última renovación, y según las cuales se les habría dado una pormenorizada información, incluso con ejemplos y exponiéndoles diversos escenarios, pues si las partes conocían el producto, sabían como funcionaba, y cuales eran los riesgos asumidos, toda nueva explicación al respecto resultaría innecesaria, siendo ulteriormente la única información relevante la que explicaría la razón de la conveniencia de suscribir un nuevo contrato o una modificación de los tipos y plazos pactados, esto es cual sería el escenario previsible de la evolución del euribor que hacía aconsejable la suscripción de un nuevo contrato o la modificación de las condiciones del ya suscrito.

Aunque se diga la finalidad de la operación es estabilizar los costes financieros, y aunque efectivamente la demandante tenía asumidas a operaciones a tipo de interés variable, este efecto no se consigue pues es la entidad demandada quien decide tanto el plazo, como el tipo de interés de referencia, el porcentaje del tipo, y la cuantía de la deuda que se estabiliza, no siendo desde esta perspectiva aceptable que el banco se limite a presentarle el producto, y sea el cliente quien decida con arreglo al conocimiento que tiene de la naturaleza de su endeudamiento si le conviene o no, pues sobre estos aspectos no puede aceptarse que un ciudadano medio esté en condiciones de decidir la conveniencia o no de la operación. Y así, haciendo abstracción de la correspondencia o no del tipo de interés de referencia previsto los swaps, con lo que figuran en las pólizas de crédito, o de los plazos pactados en uno y otro caso, lo cierto es que el capital pactado en los contratos de permuta, no coincide con el pasivo de la entidad por tal concepto financiado a interés variable. En este, sentido lo único que consta es que

SL tenía concedidos dos créditos a interés variable, uno por importe de 30.000 euros y otro de 150.000 euros (ciertamente avalado por / , pero donde se pactaba un interés variable, fijo en el primer semestre y variable ulteriormente); sin embargo, aunque la primera permuta se pacta por un importe de 100.000 euros, sorprendentemente se contrata una segunda por importe de 370.000 euros, vigente parte del tiempo con el primero; pues bien, aunque por don Javier se afirma que el importe de endeudamiento de demandada según pudo comprobar por medio del CIRBE y de la contabilidad del su cliente, era superior, lo cierto es que su vinculación con el banco demandado aconseja una cierta prudencia al valorar como ciertas tales declaraciones como ciertas, de suerte que este extremo no puede considerarse como acreditado, máxime cuando la parte tenía la posibilidad de aportar dichos documentos al proceso; pero es que además, el propio testigo reconoce que de tales elementos no puede extraerse si el endeudamiento es a

interés fijo o variable, por lo que ni tan siquiera se garantiza lo que el propio testigo dice que se trababa de impedir con tales comprobaciones, a saber: que la operación se convierta en una mera especulación, que es lo que a la postre ha sucedido, si como resulta de lo actuado se ha fijado un capital muy superior al importe del endeudamiento a interés variable.. Pero sobretodo, como señala la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, en la sentencia citada, tal elección que realiza la entidad demandada “no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor)”, siendo la información relevante en cuanto al riesgo de la operación que debe proporcionarse la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, que no consta ofrecida, y no la mecánica de la operación, o las advertencias que se contienen en el contrato, por virtud de la volatilidad o evolución de los tipos que, como señala dicha resolución, constituye una obviedad por el propio funcionamiento de la operación. Como es lógico, la falta de dicha información, provoca un error esencial en el cliente quien actúa confiado en unas expectativas más o menos razonables de evolución de los tipos de interés de referencia que se apartan notablemente de las reales. Y este deber de información es, si cabe, especialmente exigible en supuestos como el de autos en lo que existiendo ya una permuta concertada, se varía la misma, y se fijan unas condiciones iniciales más favorables para la entidad financiera (al crearse un techo en perjuicio del cliente), en el supuesto del concertado en abril de 2007 sin ninguna explicación de la necesidad de la nueva cobertura, y en la modificación que se hacen en noviembre de 2008, so pretexto de adaptarla a una genérica la previsible evolución de los tipos interés, sin explicación alguna de cual va a ser esta y en que modo afectaba a su cliente, máxime cuando, se insiste, el nominal no se corresponde con el importe del endeudamiento real del cliente, lo que además se ve agravado en este caso por el hecho de que se concerta en abril de 2007 un nuevo contrato por un plazo tres años cuando el 11 de abril de 2008 estaba prevista la amortización de la póliza de crédito por importe 150.000 euros avalada por .

SÉPTIMO.- A ello se le une la absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), que como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, “de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la

contratación de los productos financieros de litis”. Y que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante una bajada tan importante de los tipos de referencia tenga la actora interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual (de hecho, la posibilidad de deshacer la operación por un cambio significativo de las circunstancias es una posibilidad que el contrato ofrece a la demandada); y a ello se une la circunstancia de que si de lo que se trata es dar cobertura a ciertas operaciones financieras cuya vencimiento era anterior al plazo que se fija en el contrato de permuta, como ocurre con la aludida póliza de crédito por importe de 150.000 euros, la posibilidad de cancelar de forma anticipada el swap no es algo accesorio, sino consustancial con la finalidad pretendida, por lo que el error que sobre ello recae es un error esencial; a ello, además no se opone la circunstancia de que la demandada no pueda calcular anticipadamente cual sería el coste de deshacer la operación, pues de lo que se trata es de dar una adecuada información de que cómo se realiza un cálculo aproximado del precio de la cancelación (pues en definitiva estamos ante un producto que cotiza en el mercado secundario), y que ello puede implicar una importante cantidad en coyunturas como la actual, sin que basten genéricas referencias a precios de mercado o a gastos en los que pueda incurrir el banco. Por lo demás, de las declaraciones de los empleados del banco no se colige que se hubiese dado información al respecto.

Todo ello comporta la estimación de la demanda formulada por [redacted], SL, y la desestimación de la interpuesta por Bankinter, SA.

OCTAVO De conformidad con lo dispuesto en el nº 1 del art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas causadas por ambas demandas a Bankinter, SA.

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

FALLO: que desestimando la demanda formulada por Bankinter, S.A contra don Luis Mario [redacted] y doña Ana María [redacted], debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas en este juicio, y estimando la demanda formulada por la representación de [redacted] contra Bankinter, S.A.



debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos entre ambos litigantes, con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonados por su virtud por una y otra parte, junto con los intereses legales correspondientes devengados desde la fecha de un abono, con expresa condena a Bankinter, S.A por las costas causadas por la interposición de ambas demandas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación, 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 Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.

