

JUAN RAMÓN SUÁREZ GARCÍA
Procurador de los Tribunales
N.I.F.: 10.813.177A
jrsuarez@suarez-procuraduria.com

Camino de los Acantos, 226
33203.- GIJÓN
Tfnos:985 34 59 42- 98517 59 18
Fax: 985 17 59 18

Gijón, a 13 de Mayo de 2010.

D. MARCELINO TAMARGO
MENENDEZ
Abogado
Corrida, 7-1º D
33206.-GIJON
ASTURIAS

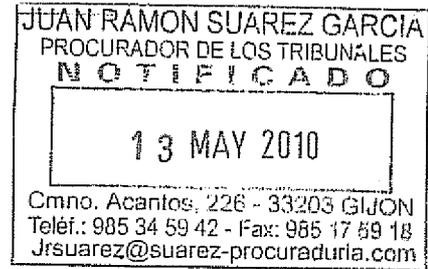
Cliente:	DECORACIONES ALEX, S.L.
Contrario:	BANKINTER, S.A.
Juicio:	JUICIO ORDINARIO núm. 1150/09
Juzgado:	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6
M/Ref.:	2009/382
S/Ref.:	
Refª cliente:	
NIG:	3302442120090011147

Remito adjunto el último trámite procesal habido en el asunto referenciado, notificado en el día de la fecha y que es el siguiente:

Sentencia de 11-5-10, que estima nuestra demanda y desestima la reconvenición formulada por la contraparte, con imposición de costas.

Atentamente.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
NÚM. SEIS
GIJON



S E N T E N C I A

En Gijón, a once de mayo de dos mil diez.

El Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario núm. 1150/2009, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante/s DECORACIONES ALEX S.L., con Procurador/a Juan Ramón Suárez García y Abogado/a Marcelino Tamargo Menéndez, y de otra como demandado/s BANKINTER S.A., con Procurador/a Marina González Pérez y Abogado/a José Luis Reguero Sierra, sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario sobre nulidad contractual presentada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de DECORACIONES ALEX S.L., contra BANKINTER S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicitaba que se dictara sentencia por la que: 1.- Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros firmado entre las partes el día 19 de abril de 2007 por haber existido en su formación vicios del consentimiento, obligando a la demandada a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el de la formalización, devolviendo la demandante las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera. 2.- Subsidiariamente, de no considerar el tribunal la existencia de vicios en la formación del consentimiento, se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que se tendrán por no puestas conforme a la Ley sobre la determinación de la cuantía del contrato y su sistema de liquidación (nominal contratado y ventanas de cancelación), haciendo a la entidad financiera recalcular cada uno de los importes objeto de liquidación desde la formalización del contrato hasta su

liquidación final, y obligando a la misma a ofrecer una fórmula válida y pública para el cálculo de la liquidación por la cantidad que objetivamente se pueda establecer como cuantía válida del contrato de gestión de riesgos financieros, que se considera en 60.000 €, anulando la cuantía establecida de 300.000 €.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, la demandada, en plazo legal, se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito, y al mismo tiempo dedujo reconvenición con la súplica de que se dictase sentencia condenando a la demandante reconvenida a abonar la cantidad de 17.391,11 €, más sus correspondientes intereses, y le imponga expresamente las costas del juicio. Dicha reconvenición fue contestada por la actora, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación

TERCERO.- Se acordó convocar a las partes a la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró el día fijado. En la citada audiencia, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba, admitiéndose las que se consideraron pertinentes y útiles, procediéndose a continuación a señalar fecha para el acto del juicio, en el que se procedería a la práctica de la prueba admitida.

CUARTO.- El acto del juicio se llevó a cabo el día señalado y al mismo concurrieron las partes personadas. Iniciado el acto se procedió a la práctica de las pruebas por su orden, con el resultado que obra en autos. Practicadas la pruebas se concedió a las partes la palabra a fin de que formularan oralmente sus conclusiones, lo que así hicieron en la forma que queda documentada en los presentes autos, verificado lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La principal pretensión articulada por la demandante DECORACIONES ALEX S.L. consiste en obtener la declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 19 de abril de 2007 suscrito con la demandada BANKINTER S.A. por haber existido en su formación vicios del consentimiento, en concreto error y dolo, y, en síntesis, sustenta dicha pretensión en que, tras haber recibido visitas de los agentes comerciales de dicha entidad demandada debido a su interés en la contratación de una póliza de descuento, que posteriormente se instrumentalizó en un producto denominado Multilínea de Financiación para Empresas con un capital máximo de 60.000 € y en un contrato intervenido notarialmente para la apertura de una cuenta de crédito con ese mismo límite, se insistió en la conveniencia de contratar también un seguro que le protegiera de las constantes subidas del Euribor, sin coste alguno, y que bajo tales premisas aceptó firmar aquel contrato, viéndose en cambio sorprendida cuando recibió cargos negativos en su cuenta, que le alertaron del alcance de lo que había firmado, manifestando entonces su disconformidad y solicitando la cancelación anticipada del producto, lo que originó un nuevo cargo por importe de 11.940,68 €, y, en definitiva, que hasta ese momento no fue consciente de que lo convenido era un contrato de alto riesgo Swap por un importe de 300.000 €, ya que no había sido informada sobre su esencia y sus características ni sobre los perjuicios que podía llegar a producirle, accediendo a prestar su consentimiento por error al pensar que le iba a resultar beneficioso cuando en realidad no fue así. En su contestación oponiéndose a dicha pretensión de nulidad la demandada parte de que la actora es una entidad mercantil acostumbrada a operar en el mercado bancario y cuyos gestores tienen capacidad y conocimiento suficiente para discernir el tipo de contrato celebrado, cuyo fin último era estabilizar su coste financiero, negando por tanto que hubiera existido error alguno en la contratación de un producto que se conoce comúnmente como una permuta financiera y que se articulaba de forma muy sencilla, no estando vinculado con el contrato de crédito sino relacionado con el riesgo financiero general de la empresa que eligió la propia demandante, siendo también esta última la que escogió el tipo al que adecuaba su riesgo financiero y estabilizaba sus presupuestos y fijó tres periodos de tipos impositivos con criterios empresariales, y así fue que las liquidaciones que se fueron practicando a partir de entonces arrojaron un saldo positivo sin que pusiera objeción o reparo alguno, y sólo al producirse la primera liquidación negativa es cuando se alega que existió un error, justificando, en fin, la

liquidación practicada como consecuencia de la cancelación ordenada por la otra parte en razón a la necesidad de deshacer el instrumento de cobertura utilizado para gestionar el riesgo asumido frente a su cliente, viniendo determinado el precio de cancelación por la diferencia entre el tipo medio de interés que ofertaría para un nuevo contrato y el que pagaría el cliente si el contrato continuara vigente.

SEGUNDO.- Expuestos así, en esencia, los términos en que aparece planteado el litigio en lo que a la pretensión de nulidad contractual se refiere, bueno será comenzar recordando que, entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, algo que ha venido mereciendo una especial atención por parte del legislador, estableciéndose códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino los ciudadanos en general, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que pretenden rentabilizar sus ahorros. En este sentido, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra

del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Así también, la SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 destaca que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria son básicos 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), 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. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, anterior, por tanto, a la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su art. 2.b) incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía en el art. 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el art. 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, a la sazón también vigente cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establecía en su art. 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el

cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar se sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4.1) la obligación de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, 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, y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5, apartados 1 y 3). Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3ª) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y por lo que hace al supuesto concreto que aquí se juzga, el contrato celebrado entre los litigantes cuya nulidad se postula se denomina contrato de gestión de riesgos financieros y cuenta con unas condiciones generales, en las que se fija el marco aplicable al conjunto de instrumentos financieros que, ofrecidos por el Banco, el Cliente decidiera contratar, y unas condiciones particulares referidas a un producto concreto que se denomina "Clip Bankinter 07 5.3", ambos documentos suscritos en la misma fecha (documento nº 3 de los aportados con la demanda). Se trata de un contrato Swap o permuta financiera de tipos de interés, y así se dice en la contestación a la demanda, pese a que en ninguno de tales documentos (condiciones generales y particulares) se mencionan dichos términos, y sí únicamente la finalidad de optimizar la gestión de los riesgos financieros a que se ve expuesto el cliente. En el informe pericial del auditor Cristóbal Verdú Nido se constata, en efecto, que el contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato Swap de interés o un contrato en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nocional en una misma moneda, y mediante el cual en este caso el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Bankinter un tipo de interés variable también referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nocional), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia. Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados. La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de



interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual. Tales características, como señala el aludido informe pericial, dotan al producto de un carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, insistiendo en ello dicho perito en el acto del juicio al decir que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo. El administrador de la sociedad demandante que suscribió el contrato en representación de la misma, David González Manso, sostiene que no fue informado de esas características y que entendió que lo que contrataba era una especie de cobertura que le aseguraba frente a la subida del Euribor en relación con los productos que suscribiría días después y que no le supondría ningún coste, habiendo accedido a firmar el contrato fiándose de lo que le decían.

CUARTO.- A propósito del error como vicio del consentimiento, el art. 1266 del Código Civil exige que recaiga 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, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia

que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas. A este respecto, el Director de la oficina de Bankinter que intervino personalmente en la operación, David Mendieta Cortés, admite que la intención expresada por la demandante no era la de invertir, sino la de concertar operaciones de financiación (descuento, crédito) y que fue él mismo quien le ofreció el contrato de gestión de riesgos financieros como una cobertura de tipos de interés, dice también que explicó las liquidaciones trimestrales y las posibilidades de cancelación anticipada y que ésta tendría un coste, aunque no la fórmula para el cálculo de este último, y que puso ejemplos de liquidaciones positivas y negativas, pero reconoce que no facilitó ninguna documentación adicional, que la información fue toda ella verbal y que en la misma reunión, de apenas una hora de duración, explicó el producto y se procedió a la firma del contrato, manifestando además en cuanto al importe nominal consignado en el mismo que se manejó la consulta efectuada al CIRBE del Banco de España y los datos que verbalmente facilitó el cliente y que después de hablarlo se llegó a esa cifra, contando con que el

endeudamiento con otras entidades a tipo variable era de 240.000 €, pero sin haber comprobado que así era realmente, ni cuál era la referencia en esa variabilidad de los tipos. En tales circunstancias, y tratándose de un producto que era ofrecido para servir como cobertura de tipos de interés que no suponía ningún coste para el cliente (la suscripción no conllevaba el pago de ninguna comisión), carente de cualquier otro soporte explicativo que no fuera la información facilitada verbalmente y que fue aceptado sin margen de reflexión, se comprende fácilmente que quien suscribió el contrato en representación de la actora no se parase a leer con detenimiento el documento contractual que se le presentó a la firma y que al suscribirlo se fiase más de la seguridad que le habían ofrecido sobre la cobertura frente a las subidas del Euribor que de la operativa del contrato que resultaba de sus condiciones generales y particulares. A ello debe añadirse que no consta que el referido David González Manso cuente con especiales conocimientos en materia financiera y que se trata de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, lo que explicaría sus dificultades para entenderlo y que llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado era un seguro que no implicaba la asunción por su parte de ningún riesgo, sobre todo porque no era ésa su intención al establecer su relación contractual con la entidad demandada. La confusión es tal que, pese a entender que se hallaba vinculado con los contratos de financiación y de apertura de crédito que suscribiría días más tarde, no sabe a ciencia cierta qué clase de interés se convino en dicha póliza de crédito, y así es que, en realidad, a diferencia del contrato de permuta financiera que tomaba como referencia el Euribor a tres meses, en el contrato de financiación suscrito con intervención notarial (documento nº 2 de los aportados con la demanda) el interés pactado (cláusula 3ª) era del 6,86%, que podría variar, no en función del citado índice, sino de la media aritmética de los tipos de interés del Mercado interbancario de Madrid para las operaciones de Depósito Interbancario a un mes publicados por el Banco de España y siempre que la variación al alza o a la baja fuese de 0,375 puntos o más respecto del tipo de referencia vigente, dándose además la circunstancia de que, aunque se hubiera producido la variación con tales requisitos, el Banco podía no llegar a aplicarla, de hecho no consta ninguna notificación en ese sentido. Por otra parte, el hecho de que la demandante no pusiera objeción o reparo

cuando las liquidaciones trimestrales ofrecieron un saldo positivo y que sí hubiera manifestado en cambio su disconformidad cuando aquéllas empezaron a ser negativas, lejos de evidenciar la conducta torticera que le reprocha la demandada, lo que viene a demostrar claramente es que aquélla no fue consciente hasta entonces del verdadero alcance y significado de lo que había contratado y del riesgo asumido en la operación, apresurándose entonces a interesar su cancelación. Así se entiende que, como refiere la testigo María García Morán, también empleada de Bankinter, el Sr. González Manso se personase en la sucursal nada más conocer la primera liquidación negativa y manifestase no querer aceptar ese cargo ni el propio contrato, diciendo también que de haberlo sabido no lo habría firmado y que quería anularlo, que si lo hubiera leído no lo habría firmado y que era un error que había cometido. En ese sentido, la citada SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 entiende que no se está ante un acto inequívoco de confirmación del contrato, como pueden ser el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, tratándose de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada con resultado negativo, más aún cuando producida la primera liquidación con resultado tan gravoso como para suscitar la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato y sus consecuencias el interesado muestra perplejidad y desacuerdo con tal liquidación requiriendo de adverso información bastante, no pareciendo, por tanto, que pueda entenderse la pasividad como voluntad de convalidar el contrato. A ello debe añadirse, como señala el dictamen del perito Sr. Verdú Nido, que en el contrato no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones mensuales ni se motivan posteriormente las liquidaciones practicadas, como tampoco la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos en el caso de solicitarse la cancelación anticipada, y que una vez realizada tampoco se motivó suficientemente, limitándose el Banco a notificar el precio de cancelación y el resultado de la misma (documentos 7 y 12 aportados con la demanda). Se advierte además la notable diferencia que existe entre las liquidaciones de carácter positivo, que en el mejor de los casos alcanzó un saldo de 252,23 €, y las negativas, la primera de ellas con un saldo que arrojó ya una cifra de 1.589,47 €, muy superior a la suma de todos los abonos que se habían realizado hasta entonces, lo que explica la sorpresa de quien, no estando familiarizado con esta clase de productos y no siendo consciente de haber asumido ningún riesgo, se encontrase con la necesidad de arrostrar tales pérdidas sin ninguna otra contrapartida. El mismo perito Sr. Verdú Nido destaca en su informe que no se trata de un simple

contrato que cree garantías para el cliente, sino que también introduce riesgos y tiene características de inversión especulativa, llegando a decir incluso en su intervención en el acto del juicio que es un contrato de redacción oscura y que, no tratándose de un profesional, es difícil saber lo que se está contratando, más aún en este caso en que lo pactado no es un instrumento financiero equilibrado, ya que existe una restricción a las ganancias del 0,10% pero no para las pérdidas.

QUINTO.- Ciertamente, las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma. Sin embargo, más allá de esa declaración formal, la demandada no acredita que el nominal contratado en el producto Clip Bankinter 07 5.3 se correspondiera con la cuantía de los créditos contraídos con terceros por la actora, siendo el documento nº 1 de los aportados con su escrito de contestación un documento propio, y no el resultado de la consulta al CIRBE, y su contenido, además de impugnado, excesivamente críptico, no existiendo ninguna otra prueba sobre el nivel de endeudamiento de la demandante con terceros ni sobre sus características, y mucho menos aún de que fuera ella misma la que eligiese de motu propio esa cuantía, como tampoco de que fuese acordada con el Director de la Oficina de Bankinter como éste sostiene. La ausencia de vinculación, no ya sólo con respecto al contrato de crédito, que la propia demandada niega en su contestación a la demanda, sino también con relación a los riesgos generales de la empresa demandante, refuerza el carácter especulativo de la operación, y la importante cuantía del nominal contratado eleva el riesgo de la misma a cotas que indudablemente aquélla no pretendía asumir, sobre todo si, como apunta la ya referida SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010, es evidente que, ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor), y estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, información que debe ponerse a disposición del cliente antes de contratar, considerando en ese sentido insuficiente que el resultado de las liquidaciones puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación del tipo referencial,

pues la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, y sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés, simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee, y aunque obviamente no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza, ésta debe ser justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos o basada en supuestos razonables respaldados por datos objetivos. De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, una pequeña empresa dedicada a la pintura que nunca ha sobrepasado los 4-6 empleados y que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo como se afirma de adverso, contando en cambio -según manifiesta su administrador- con el auxilio de una asesoría externa para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y contables. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no aparece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés,

que el cliente no tenía por qué conocer y que tampoco le fueron convenientemente explicados. Es más, se afirma que, en caso de que la evolución de esos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifican), se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, es decir, que éste podría no llegar a obtener ningún beneficio, pero sin que se precise, por el contrario, que pudiera sufrir pérdidas. En la cláusula 3 se establece que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, pero nuevamente se omite que al finalizar la vigencia del contrato éste pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas. Es más, el riesgo que el Banco asume frente al cliente lo traslada al mercado, obteniendo un margen de intermediación como mayorista, según explica la testigo María Mercedes López Socias, de manera que si el cliente gana también lo hace el Banco, pero si pierde es aquél el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene en todo caso un beneficio por esa labor de intermediación. La cláusula 6 de las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado (nuevamente sin especificar cuáles) en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez más cualquier mención a que dicha cancelación pudiera arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente. Se advierte, no obstante, que si el cliente optase por la cancelación anticipada el resultado de la misma podría verse minorado por el coste o perjuicio que haya ocasionado al Banco y que éste podría repercutirle, pero ninguna información se ofrece sobre el origen de tales costes ni acerca del montante que podrían llegar a tener. En las condiciones particulares se establecían esas ventanas de cancelación con relación a fechas concretas durante el periodo de vigencia del producto contratado, en las que Bankinter se comprometía a ofrecer un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de ellas, algo que no consta que se hubiera hecho con anterioridad a que la demandante ordenase la cancelación con efectos del 28-7-2009, y nuevamente se advertía que la cancelación anticipada podría suponer deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, pudiendo por tanto repercutir al cliente los posibles gastos en que incurriera, pero sin tampoco mencionar en esta ocasión en qué consistirían tales gastos y cuál podía llegar a ser el



impacto negativo de esa decisión. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones trimestrales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe. En cuanto a lo primero se establecía un tipo fijo pero referenciado al Euribor a tres meses a partir del tercer trimestre, y en cuanto a lo segundo el tipo era el Euribor a tres meses. Como ya se ha indicado, no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones, no se facilitó al cliente ninguna información sobre la previsión evolución de ese tipo variable y tampoco se justificaron posteriormente dichas liquidaciones al llevar a cabo cada una de ellas, constando únicamente los abonos en la cuenta asociada. Más aún, caso de que el cliente optase por la cancelación anticipada, además de no habersele ofrecido un precio de cancelación, como el Banco de había obligado a hacer, tampoco se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos que darían como resultado ese valor liquidativo, y cuando aquélla se produjo efectivamente se limitó a comunicar a la demandante el resultado de la misma y a efectuar un cargo en su cuenta, sin haber ofrecido ninguna otra explicación. Así pues, si no se facilitó a la demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. Por consiguiente, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas). Deberá procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

SEXTO.- La estimación de la demanda y la consiguiente declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros celebrado entre las partes, conlleva necesariamente la desestimación a su vez de la reconvención deducida por la demandada, precisamente con base en la plena

validez y eficacia de dicho contrato, con imposición a la misma de todas las costas causadas en este procedimiento, por ser preceptivo, de conformidad con lo establecido por el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de DECORACIONES ALEX S.L., contra BANKINTER S.A., y desestimando al mismo tiempo la reconvenición deducida por esta última, representada a su vez por la Procuradora Marina González Pérez, debo de absolver y absuelvo a la actora de las pretensiones de dicha demanda reconvenicional, y declaro y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 19 de abril de 2007, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.