

SENTENCIA

15 DIC 2010

En Gijón, a diez de diciembre de dos mil diez.

Vistos por MIGUEL COVIAN REGALES, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado con el número 653/2010, a instancia de IL

....., S.L., representadas por el Procurador de los Tribunales SR. A y asistidas por el Letrado SR. contra BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora SRA. y asistida por el Letrado SR. sobre nulidad de contrato financiero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador demandante, en la representación indicada y mediante escrito presentado el día 3 de mayo de 2.010, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que, con base en los hechos que se exponían y los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que:

1º.- Se declare la inexistencia y/o nulidad, total y absoluta, del contrato de gestión de riesgos financieros, tanto respecto a sus condiciones generales como particulares, suscrito el 24 de septiembre de 2.008, con la demandada BANKINTER, S.A., por la actora S.L., por falta de objeto cierto; subsidiariamente, su nulidad en atención a la existencia de graves vicios del consentimiento incidentes en mi mandante; volviendo, en todo supuesto, las cosas al ser y estado que, inicialmente, tenían al tiempo del convenio y consiguiente devolución recíproca, por los contendientes, de cuanto hubiesen percibido, más las cantidades que se sigan cargando, como consecuencia del contrato, hasta ejecución de sentencia, y operándose la correspondiente compensación; con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta; nulidad que se extenderá a todos los apuntes de la cuenta asociada, derivada del aludido contrato y, consecuentemente, de las liquidaciones del producto financiero.

2º.- Se declare la inexistencia y/o nulidad, total y absoluta, del contrato de gestión de riesgos financieros, tanto respecto a sus condiciones generales como particulares, suscrito el 24



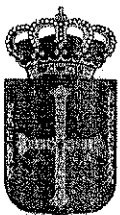
de septiembre de 2.008, con la demandada BANKINTER, S.A., por la actora , S.L.P., por falta de objeto cierto; subsidiariamente, su nulidad en atención a la existencia de graves vicios del consentimiento incidentes en mi mandante; volviendo, en todo supuesto, las cosas al ser y estado que, inicialmente, tenían al tiempo del convenio y consiguiente devolución recíproca, por los contendientes , de cuanto hubiesen percibido, más las cantidades que se sigan cargando, como consecuencia del contrato, hasta ejecución de sentencia, y operándose la correspondiente compensación; con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta; nulidad que se extenderá a todos los apuntes de la cuenta asociada, derivada del aludido contrato y, consecuentemente, de las liquidaciones del producto financiero.

3º.- Se declare la inexistencia y/o nulidad, total y absoluta, del contrato de gestión de riesgos financieros, tanto respecto a sus condiciones generales como particulares, suscrito el 24 de septiembre de 2.008, con la demandada BANKINTER, S.A., por la actora , S.L., por falta de objeto cierto; subsidiariamente, su nulidad en atención a la existencia de graves vicios del consentimiento incidentes en mi mandante; volviendo, en todo supuesto, las cosas al ser y estado que, inicialmente, tenían al tiempo del convenio y consiguiente devolución recíproca, por los contendientes , de cuanto hubiesen percibido, más las cantidades que se sigan cargando, como consecuencia del contrato, hasta ejecución de sentencia, y operándose la correspondiente compensación; con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta; nulidad que se extenderá a todos los apuntes de la cuenta asociada, derivada del aludido contrato y, consecuentemente, de las liquidaciones del producto financiero.

4º.- Condenando a la demandada a estar y pasar por antedichas declaraciones y cuanto demás en derecho corresponda; con expresa imposición de costas por temeridad y mala fe observada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en los autos y la contestara, lo que hizo, en base a los hechos que constan en el escrito presentado en fecha 17 de junio de 2.010 y que se dan por reproducidos, citando a continuación los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminando solicitando que, previos los trámites legales pertinentes, se dictara sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró ésta el día 21 de septiembre de 2.010, sin que se alcanzara un acuerdo; afirmándose y ratificándose las partes en sus respectivos



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

escritos de alegaciones, haciendo algunas complementarias la demandante; no siendo impugnada la autenticidad de ninguno de los documentos aportados de contrario; y, fijándose el objeto de controversia mantenido entre las partes. Recibido el procedimiento a prueba, la parte actora propuso prueba documental, más documental, interrogatorio y pericial; la parte demandada propuso prueba documental, más documental, interrogatorio de la parte demandante, prueba testifical y pericial. Se admitió íntegramente la prueba propuesta y se señaló para la celebración del acto de juicio el día 29 de noviembre de 2.010.

CUARTO.- En el acto de juicio se procedió a la práctica de la prueba que venía acordada. Concluyeron las partes sobre su resultado y, a continuación, se declaró terminado el acto de juicio y los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de litigio, planteamientos de las partes.

En el presente procedimiento pretende la parte demandante se declare la inexistencia y/o nulidad de los tres contratos de "gestión de riesgos financieros", de fecha 24 de septiembre de 2.009 y aportados como documentos 7, 8 y 9 con la demanda, por falta de objeto cierto; y, subsidiariamente, su nulidad por existencia de graves vicios del consentimiento, volviendo, en todo supuesto, las cosas al ser y estado que, inicialmente, tenían al tiempo del convenio y consiguiente devolución recíproca, por los contendientes, de cuanto hubiesen percibido, más las cantidades que se sigan cargando, como consecuencia del contrato, hasta ejecución de sentencia, y operándose la correspondiente compensación; con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta; nulidad que se extenderá a todos los apuntes de la cuenta asociada, derivada del aludido contrato y, consecuentemente, de las liquidaciones del producto financiero.

La pretensión así deducida se basa en los hechos que se exponen al demandar, sintéticamente: que el objeto de la demanda es un producto financiero bancario, denominado contrato de permuta financiera o swap, comercializado por la demandada; que las entidades demandantes son tres sociedades cuyos únicos socios y administradores son don [redacted] y su esposa doña Emma [redacted]; que los demandantes han mantenido una larga tradición profesional de confianza con la demandada; que, en fecha 21 de octubre de 2.008, suscribieron con la demandada una póliza de crédito garantizada con hipoteca por importe de 200.000 euros; que,

con ocasión de la anterior, les fueron ofertados los tres contratos litigiosos, manifestándoles que se comportaban como un seguro de subida de tipos de interés, que serían gratuitos y se podrían cancelar sin penalización, suscribiéndolos en la creencia de que no presentarían problema alguno; que, sin embargo, con el paso del tiempo las liquidaciones negativas se tornan importantes y graves (documentos 10 a 12 de la demanda), ascendiendo a un montante también importante la cancelación de los productos (documento 25), llegando a suscribir en fecha 31 de julio de 2.009 una póliza de crédito por importe de 75.000 euros para hacer frente a tales consecuencias; finalmente, que, a pesar de haber cancelado gran parte del crédito que tenían las demandantes, los tres "clips" siguen vigentes produciendo las mismas consecuencias. Con base en todo lo anterior, se considera han sido objeto de engaño y/o falta de verdad por parte de la demandada, quien les ha inducido de forma torticera a la contratación de los "clips", habiéndose vulnerado, también, la normativa de aplicación.

En consecuencia, se solicita la nulidad de los contratos por inexistencia de objeto cierto, al haberse omitido un elemento que se entiende esencial cual es el derecho a cancelar anticipadamente el producto financiero pagando una cantidad por ello. Subsidiariamente, por entender que concurre vicio del consentimiento (con cita, entre otros, de los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil) y falta de equivalencia de las prestaciones, aduciendo, en definitiva, que las demandantes firmaron los contratos sin ser conscientes de las características y funcionamiento de los productos y, sobre todo, del riesgo que asumían con su contratación, al no haber sido debidamente informados; interesando, en suma, se condene a la demandada a volver las cosas al ser y estado que inicialmente tenían y con devolución de lo que corresponde a cada parte y de sus intereses (con cita de lo previsto en los artículos 1.300 y ss. Código Civil).

La parte demandada se opone a la pretensión deducida por la actora, interesando la íntegra desestimación de la demanda.

Sostiene, con carácter previo, que los contratos litigiosos no carecen de objeto y que, tampoco, ha existido error en el consentimiento contractual: que la demandada cumplió todos los requisitos establecidos legalmente; que facilitó la información exigible, siendo plenamente conocedora de su funcionamiento la demandante; que el contrato no puede ser más claro; que no se trata de un producto especulativo; que no existe desequilibrio alguno; y, que, hasta la fecha de interposición de la demanda la actora no expresó su disconformidad con el producto. Y, se añade, en resumen: que las actoras tienen sobrados conocimientos en materia bancaria y financiera como para entender el funcionamiento y características de los clips, siendo su situación muy distinta

de la de un particular minorista, y asumiendo todos los riesgos que de los mismos se podían derivar; que, con ocasión de la negociación de una línea de crédito por la demandada con el grupo ... se ofreció a las actoras la posibilidad de estabilizar sus costes financieros mediante la suscripción de los contratos litigiosos que son sumamente claros; que en el caso de autos fue facilitada toda la información necesaria, sin que pueda exigirse a la demandada la certeza sobre la evolución de los tipos de interés; finalmente, que, incluso en el caso de que se entendiese, que en el momento de contratar existió error, los contratos cuya nulidad se solicita habrían sido válidamente confirmados por las demandantes pues no invocaron tal error, sino que siguieron cumpliendo los clips.

Con base en tales hechos, se alega en los fundamentos de derecho expresados al contestar, resumidamente: que existe objeto cierto de los contratos y consentimiento contractual no viciado; que, además, el negocio jurídico habría sido confirmado; que se ha cumplido la normativa MIFID, habiéndose realizado una mera labor de comercialización del producto, no de asesoramiento; y, que no resultan de aplicación la normativa de consumidores ni la ley de condiciones generales de la contratación.

Así delimitado el objeto de controversia planteado por las partes, se colige que la cuestión que se debate es la nulidad de los tres contratos, concertados por cada una de las demandantes con la demandada y aportados como documentos 7, 8 y 9 con la demanda, por inexistencia de objeto y, subsidiariamente, por vicio en el consentimiento; si bien, de los hechos expuestos y en general de todos los argumentos esgrimidos, se concluye que es esta última pretensión (aunque deducida con carácter subsidiario) la que centra la controversia entre las partes, coincidiendo en este punto con lo expresado por la propia parte demandada al contestar.

SEGUNDO.- Hechos probados.

Delimitado así el objeto de litigio, son hechos esenciales de los que ha de partirse para su resolución, que resultan de los documentos aportados sin impugnación de contrario (art. 326.2 de la ley de enjuiciamiento civil), y no controvertidos por las partes, los siguientes:

1º.- Las entidades demandantes,
..... Y ASOCIADOS, S.L.P. y
....., S.L., son tres sociedades de carácter familiar
cuyos únicos socios y administradores son don
y su esposa doña (documentos 1 a 5
aportados con la demanda, de los que resulta el capital y
objeto con que se constituyen estas sociedades; y documentos
41 a 48 aportados en el acto de audiencia previa relativos a
trabajadores de dichas empresas, actividad de los dos



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

referidos y balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias de la última de las sociedades mencionadas).

2º.- En fecha 21 de octubre de 2.008 (documento 6 de la demanda) la demandada suscribió con don _____ y doña _____, en su propio nombre y en representación de _____ S, S.L.P., una línea de crédito con garantía hipotecaria a largo plazo con un límite máximo de 200.000 euros y por plazo de 120 meses, reduciéndose semestralmente el límite inicial del crédito concedido en 10.000 euros. Se fija un interés anual determinado mediante la suma del índice de referencia, que sería el euribor (siendo el inicial de 5,09%), y del diferencial (1,50%).

Además, se ha de significar en el caso que nos ocupa que línea de crédito a que hemos hecho referencia fue cancelada por la parte demandante en fecha 17 de marzo de 2.010 (documento 14 de la demanda, que es admitido por la parte demandada). Hecho éste que no impide que los contratos litigiosos a que pasamos a referirnos continúen desplegando sus efectos.

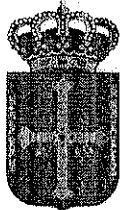
3º.- Con motivo de la operación anterior (según luego se insistirá y aún antes de la suscripción de ésta), las entidades demandantes, también, firmaron con la demandada tres contratos denominados "de gestión de riesgos financieros", de fecha 24 de septiembre de 2.008, adjuntados con la demanda como documentos 7, 8 y 9 y a cuya integridad nos remitimos, sin perjuicio de lo que a continuación, extensamente, se resalta.

Los contratos de litis -idénticos salvo en su nominal- vienen a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco (que constan de 4 páginas) y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

A) En el expositivo de las condiciones generales de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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".

Estimando conveniente el reproducir como cláusulas de las condiciones generales de interés al caso sometido a enjuiciamiento, las siguientes:

1. "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".

Lo anterior, sin perjuicio de poner de manifiesto que, en la cláusula 5, el cliente viene a reconocer al banco una facultad de revocar el contrato en determinadas condiciones.

B) Por su parte, en las "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", figura el nominal contratado (1.130.000 euros para ... S.L.; 170.000 para ... S.L.; y 200.000 euros para ... S.L.); el nombre del producto de cobertura: CLIP BANKINTER EXTRA 08 6; la fecha de iniciación, vencimiento del producto y su duración (2 años y medio); la posibilidad de cancelación, en términos similares a los indicados antes (incluso más perjudiciales para el cliente, pues no se advierte diferencia entre la cancelación en las ventanas indicadas y fuera de ellas), y la posibilidad de revocación para el banco. Y, bajo la denominación de LIQUIDACIONES, se recoge:

- Periodicidad de las liquidaciones: trimestrales, los días 1 de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de vigencia del producto. En caso de que alguno de estos días se declarara como día inhábil, se realizará la liquidación el día hábil inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 2 de enero de 2.009 y la última el 1 de abril de 2.011.
- En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada período, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

.Cliente paga:

Primer período (trimestres 1 a 10): 4,40% si euribor 3 meses es inferior o igual al 4,75%; 4,75% si euroibor tres meses es superior al 4,75% e inferior o igual al 5,25%; o (euribor 3 meses-0,10%) si euribor 3 meses es superior al 5,25%.

.Cliente recibe:

Trimestres 1 al 10: euribor 3 meses.

Al final del condicionado particular de cada uno de los tres contratos, mecanografiado y bajo la denominación "conocimiento y experiencia" figura un recuadro que contiene dos frases: "el cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación" (figurando marcada con un aspa la respuesta "sí") y, "el cliente declara tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años" (figurando marcada con un aspa la respuesta "no"); y, en el que se añade "la falta de contestación a estas preguntas impide que Bankinter valore si el producto es

adecuado para el cliente. Igualmente el desconocimiento del producto puede hacer no adecuada su contratación".

4º.- A tenor de las estipulaciones del contrato resulta que, en el juego de intercambio de prestaciones dinerarias entre las partes contratantes como consecuencia de la aplicación de los respectivos tipos de interés, un descenso del índice referencial del euribor 3 meses (a cuyo pago se comprometió siempre la entidad bancaria demandada) por debajo del tipo de interés fijado para el cliente acarrea un resultado negativo para éste, que puede traducirse en importantes pérdidas para el mismo con ocasión de las correspondientes liquidaciones trimestrales caso de una significativa bajada o desplome del índice del euribor, al no derivar de ello una previsión de reducción de la base mínima del tipo de interés a cargo del cliente.

En concreto, en el supuesto examinado, como consecuencia de los contratos suscritos, en las cuentas abiertas por los demandantes se han producido las liquidaciones que se recogen en los documentos 10, 11 y 12 de la demanda. Según estos, para la entidad S.L.: una liquidación inicial positiva (2-1-2009) de 1.421,63 euros; y las siguientes negativas (1-4-09; 1-7-09; 4-1-10; 1-4-10; y, 1-7-10, ésta última se supone que prevista al tiempo de interposición de la demanda) por importes respectivos de 4.112,20; 8.226,40; 9.506,56; 10.884,10; 10.104,08; y, 10.754,30 euros. Para la entidad A Y ASOCIADOS, S.L.P., en iguales fechas, se ha producido una liquidación positiva, por importe de 251,62 euros; y las restantes negativas, por importes de 727,82; 1.456; 1.682,58; 1.926,39; 1.788,33; y 1.903,41 euros. Y, finalmente, para la entidad S.L., en iguales fechas, una liquidación positiva por importe de 213,87 euros y todas las siguientes negativas por importes de 618,65; 1.237,60; 1.430,19; 1.637,43; 1.520,08; y, 1.617,91 euros.

5º.- De otro lado, la entidad demandada ha comunicado a la parte demandante que el importe de la liquidación final por la cancelación anticipada de los tres productos, a fecha 30 de marzo de 2.009, ascendería a la cantidad total de 80.860,55 euros y, a fecha 6 de julio de 2.009, ascendería a la cantidad de 79.024,59 euros (correos de las respectivas fechas que figuran aportados como integrantes del documento 25 de la demanda).

6º.- Por último, en el supuesto que nos ocupa, a pesar de que la parte demandante ha procedido a cancelar en gran medida su crédito (documentos 14 a 16 aportados con la demanda), en los términos que después se precisarán, los contratos litigiosos continúan desplegando sus efectos, habiendo llegado, incluso, la parte demandante a solicitar un crédito a la demandada

(documento 13 de la demanda) con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas de los "clips".

TERCERO.- Naturaleza del contrato suscrito por las partes.

Los contratos litigiosos suscritos entre las empresas demandantes y el Banco demandado, en los que son objeto de contratación una modalidad de un producto financiero denominado "Clip Bankinter", revisten las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos. Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable), ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

En el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el

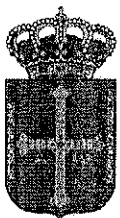


Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas, pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés.

CUARTO.- Normativa y principios que resultan de aplicación.

Pese a lo que se dice al demandar, conviene comenzar precisando que no resulta de aplicación al caso de autos, según entiende un sector muy mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia en atención a la normativa vigente, la legislación relativa a consumidores y usuarios, por no ostentar tal condición las entidades demandantes.

A la vista de la fecha de concertación de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, de 24 de septiembre de 2.008, al supuesto examinado le sería de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En relación a la conceptualización de la figura de consumidor, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 1 apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004). Dado que las demandantes son sociedades limitadas cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición. Por lo demás, con la nueva normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la no concurrencia en las demandantes de la condición de "consumidor" se ofrece aún más evidente, al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptualizar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Sin embargo, la no concurrencia en las entidades demandantes de la condición legal de "consumidor" no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. En relación con esto se ha dicho 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.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Por su parte, en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato. Bien entendido que la aplicación de esta normativa, según ya se ha dicho, exige una concreción sobre las condiciones cuya nulidad se solicita y sobre la concurrencia de los requisitos de tal nulidad en tal concreta cláusula, lo que no se hace en el caso de autos.

De igual modo se pone de relieve la importancia que presentó en el mercado la suscripción de préstamos hipotecarios a interés variable determinó la obligación de las entidades que los concertaban de ofrecer instrumentos de cobertura en los términos fijados en el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, cuyo artículo

decimonoveno dispone: "Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

Las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios".

Pero la que real y efectivamente viene al caso es la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que, 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 (cuál los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia y sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, el R.D. 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que

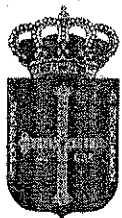


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5,3)

La aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas, en las que se revela una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó que en el ámbito comunitario se promulgara la denominada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), plasmada en primer término en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en la que se impone en los Estados miembros la exigencia a las entidades de un específico código de conducta destinado a asegurar una cumplida información sobre las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación, entra las que expresamente se mencionan "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo", diferenciándolos, a su vez, de aquellas otras operaciones que, dada la implantación generalizada que presentaban en el mercado, no se vieron rodeadas de similares garantías. Y en ese mismo camino se enmarca la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2.006, por la que se aplica la antes mencionada en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, en la que destaca sustancialmente la clasificación de los clientes (minorista/profesional) a efectos de delimitar la extensión de la protección que dispensa y la introducción de los test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de la inversión.

La trasposición del derecho comunitario vino a materializarse en derecho interno mediante la Ley 47/2.007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma los mismos instrumentos financieros expresados para la Directiva (artículo 2) y que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el Real Decreto 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el Real Decreto 692/1993, antes mencionado) no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros); imponiendo a las entidades que prestan el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente (artículo 72) y obligando a las entidades que prestes servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado anterior el deber de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado (artículo 73).

Normativa toda la anterior que, si bien se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2003), tal y como indican las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 27 de enero y 23 de julio de 2.010.

Finalmente, todavía cabe tener en cuenta en relación con la materia que nos ocupa la Circular del Banco de España 8/1.990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela e, incluso, los informes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España relativos a los ejercicios 2007 y 2008 (documentos 22 y 23 acompañados con la demanda) en los que, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, referidos a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establece el criterio 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

En lo que se refiere a la aplicabilidad de la normativa expuesta en el caso de autos, cabe indicar:

1º.- De un lado, desde un punto de vista temporal, ningún problema se plantea en el supuesto que nos ocupa en cuanto a la plena aplicabilidad de la normativa denominada MIFID por cuanto a la fecha de suscripción de los contratos litigiosos (24 de septiembre de 2.008) la misma estaba plenamente vigente y la propia parte demandada no discute en el supuesto que nos ocupa su aplicación.

2º.- En segundo lugar, en relación con la comunicación pública de fecha 20 de abril de 2.010 del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores y lo previsto en particular en el artículo 79 quáter de la L.M.V., se viene a sostener en el informe pericial aportado por la parte demandada que el producto contratado debe considerarse un producto bancario y no de inversión, sin que le sea de aplicación la normativa MIFID. Sin embargo, múltiples son los argumentos que no permiten compartir tal consideración (ya decimos, en este caso ni siquiera defendida por la parte demandada) y que, resumidamente, pasamos a exponer:

- A) En primer lugar, es la propia normativa, según ha quedado expuesto, la que incluye en su ámbito de aplicación los contratos litigiosos.
- B) En segundo lugar, la comunicación que se invoca tiene por objeto "la delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura". No se trata, pues, de la determinación de la normativa aplicable, sino, en su caso, de una delimitación de competencias.
- C) En tercer lugar, se trata de un mero comunicado, en consecuencia, de carácter orientativo, al que no cabe otorgar mayor valor (ni siquiera el propio de una circular del Banco de España).
- D) En cuarto lugar, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, no se cumplen en el caso de autos los propios requisitos que se contemplan en el comunicado a que venimos haciendo referencia para que pueda hablarse de un contrato bancario vinculado al litigioso y de donde resultaría la competencia del Banco de España. Por sólo referirnos a lo más importantes: el plazo de vigencia de los derivados (contratos objeto de litis) no coinciden con el del contrato bancario con ocasión del cual se concertarían, según ya ha quedado expresado, ni se permite la cancelación automática de aquél con éste; de



otro lado, a efectos meramente dialécticos, el producto o productos bancarios vinculado/s al contrato derivado no se habrían comercializado con la demandada exclusivamente, según viene a admitir esta misma (que los pone en relación con el crédito global que tenía el cliente). En definitiva, al margen de lo indicado anteriormente, tampoco en cuanto al fondo, estaríamos ante un supuesto de los que contempla la comunicación que se invoca en el informe pericial aportado por la demandada.

En suma, resulta la normativa que ha sido expuesta de plena aplicación al caso de autos.

QUINTO.- Consideraciones fácticas relevantes en el caso de autos en orden a la resolución del mismo.

Varias son las circunstancias fácticas relevantes que han de ponerse de manifiesto, en relación con el concreto caso de autos, en orden a su resolución y que resultan de una valoración conjunta de la prueba practicada, conforme a las normas de la sana crítica y lo que a continuación se expresa:

1º.- En primer lugar, las entidades demandantes, *[nombres]*, S.L., *[nombres]*, S.L., *[nombres]*, S.L., son tres sociedades de carácter familiar cuyos únicos socios y administradores son don *[nombres]* y su esposa doña *[nombres]*, sin que se haya acreditado que cuenten con especiales conocimientos en materia financiera, ni que hubieran contado con un asesoramiento externo.

Las dos primeras sociedades mencionadas tienen por objeto un estudio de arquitectura y la tercera es una promotora inmobiliaria con la que se han construido tres chalets, según se afirma en la demanda y no niega la demandada. Don Alfredo es de formación arquitecto y doña Emma de formación economista. No cabe dudar que la formación de esta última le puede otorgar un superior conocimiento en materia financiera al de otras personas, pero no la convierte de por sí en una experta financiera.

De otro lado, tampoco cabe negar en el caso de autos una cierta experiencia financiera a la parte demandante, que ponen de manifiesto los documentos 5 a 9 aportados por la parte demandada y el propio interrogatorio practicado en la persona de doña Emma. Experiencia financiera que cabe tener en cuenta en relación con los contratos objeto de litis y el vicio en la formación del consentimiento que se alega, pero que ni permite confundir los contratos que aquí se enjuician con los que se aportan, ni convierte en "profesionales" a doña Emma y don Alfredo. Sobre este último particular, baste leer la propia guía básica de la demandada, aportada con la demanda



(documento 19) y por la demandada (tras ser requerida al efecto), para advertir que la única clasificación que cabe hacer de la parte demandante es la de minoristas.

Además, si bien en el caso puede concurrir en la persona de doña Emma (en quien se centra la demandada) un cierto conocimiento y experiencia superiores a los de un profano en la materia, junto con ello debe valorarse una particular relación de confianza entre la parte demandante y la demandada que concurre en el caso de autos. Relación de confianza que evidencia la larga relación existente entre las partes (documentos 33 a 39 aportados con la demanda, además de los ya citados aportados por la demandada) y, sobre manera, los correos aportados por una y otra parte (documento 25 de la demanda y 18 de la contestación). Correos de los que resulta, además de una labor de asesoramiento constante sobre varios aspectos financieros ajenos a esta litis, que la iniciativa para la contratación de los productos litigiosos fue tomada por la demandada, que también aconsejó su contratación, además de asesorar en todo momento sobre la mejor manera de afrontar sus consecuencias una vez éstas tuvieron lugar. Insistiendo en este aspecto, la propia doña Emma refiere al ser interrogada que: en la suscripción de los productos de inversión sobre los que se le pregunta, siempre era asesorada por empleados de la demandada; y, en relación con los contratos de litis, refiere que la relación de confianza con la persona con la que contrata fue importante a la hora de tomar la decisión; y los correos electrónicos que se aportan por una y otra parte corroboran tal relación de confianza.

2º.- Respecto a la concreta forma en que se ofertó y concertó la contratación del producto litigioso (fase precontractual), se cuenta en el caso de autos con un documento excepcional (los correos que se cruzan las partes el día anterior a la firma, 23 de septiembre de 2008), pues pone, bien a las claras, el modo en que tiene lugar sustancialmente la contratación, la información ofrecida al cliente y la postura adoptada por el empleado de la demandada en el seno de la relación de confianza existente.

A la integridad de dichos correos (documento 25 de la demanda) nos remitimos, sin perjuicio de destacar varios aspectos relevantes que ponen de manifiesto los mismos. En primer lugar, en la tarde del día anterior a su contratación (el primer correo es de las 15:05) es ofrecido el producto y se informa sobre el mismo, disponiendo en definitiva la parte demandante de una tarde para tomar su decisión (tal y como refiere doña Emma) y resulta del correo referido: "esta cobertura se nos acaba este jueves día 23-9, por favor si queréis la rebaja del 0,50% en el diferencial, confirmame que aceptas la cobertura para hacer la reserva de la misma". En segundo lugar, el producto se ofrece en el marco de la contratación de la línea de crédito e indicando expresamente

que "hay que contratar el producto" para poder rebajar el diferencial que se aplica al tipo de interés (en concreto rebajarlo en un 0,50%). En tercer lugar, es cierto que se indica "grosso modo" su funcionamiento, pero la explicación (en que no existe ningún ejemplo de liquidación negativa) finaliza diciendo: "...solo en el caso de que el euribor tres meses se ponga por debajo del 4,40% podrias sufrir cargos en cuenta. Dado el tiempo de cobertura, 10 trimestres, veo muy reducida la probabilidad de bajada de tipos hasta los niveles de 4,40%. Contratar la cobertura no lleva coste alguno, y el tipo de euribor que se toma como referencia se toma por adelantado, de manera que por ejemplo este trimestre ya sabes que sales cobrando los 1162 euros". Es, también, cierto que doña Emma (en quien ya hemos dicho concurre un superior conocimiento y experiencia a los que quepa suponer en una persona sin experiencia financiera) contesta al anterior correo (a las 16:32) manifestando "me parece un producto interesante pero me da un poco de miedo porque el margen no es muy grande ya que si bajan pago una pasta si lo añadimos a los intereses". Pero, la respuesta a este correo por parte de don Antonio García Martín (a las 17:42), con quien tiene lugar toda la negociación por parte de la demandada, es: "créeme, que es una muy buena cobertura y no siempre el banco consigue cerrar estas opciones. En otras ocasiones bien por plazo más largo de tiempo o por los niveles de actualización de barrera no son tan buenas alternativas, pero en este caso, sinceramente creo que es bastante buena".

De otro lado, documentalmente y esto también debe ser destacado, no hay constancia ninguna ni sobre la clasificación del cliente, ni tampoco en relación con su idoneidad para la suscripción de los contratos, en esta fase anterior a la contratación. El propio señor García Martín reconoce que no existe ninguna otra documentación distinta del propio contrato (así se deduce también de la contestación hecha por la demandada a los requerimientos de las demandantes, documentos 26 a 32 de la demanda, y del que se practica en el propio procedimiento), que no se hizo test de idoneidad y que el test de conveniencia consistió en las dos preguntas incluidas al final de las condiciones particulares del contrato en los términos que ya se han transcrito y a las que posteriormente nos referiremos.

Únicamente, aporta la parte demandada (documento 1) la publicidad relativa al producto contratado, publicidad que habría sido entregada al tiempo de la contratación (no antes) según el señor García Martín, lo que no es reconocido por doña Emma. En todo caso, al contenido de tal publicidad, relativa al Clip Bankinter Extra 08-6, nos remitimos para su valoración. En ella, referida además a un período de vigencia distinto al que nos ocupa, no se contemplan supuestos de liquidaciones negativas al describir las características del producto y se indican como ventajas del producto: la

"cobertura", la "flexibilidad", la "estabilidad" y el "ajuste automático". Ninguna relevancia cabe otorgar a tal publicidad en relación con las exigencias que venían impuestas legalmente a la parte demandada en orden a la contratación del producto, según se viene exponiendo.

3º.- En relación con el propio contenido de los contratos litigiosos debe significarse:

- A) Que los riesgos que asumen las partes sólo se mencionan de forma muy genérica, según hemos visto, sin que pueda hablarse de concreción de tales riesgos. En el expositivo segundo se alude a un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento del producto que podría "reducir e incluso anular el beneficio económico esperado", sin llegar a hablar de pérdidas. En la cláusula tercera se habla del resultado positivo o negativo para el cliente de las liquidaciones, pero en modo alguno se concreta que como resultado de las mismas pudieran producirse importantes pérdidas. De igual modo, tampoco en el condicionado particular del contrato se recogen fórmulas más que genéricas, según hemos visto (cliente paga).
- B) No se especifica en el contrato la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos de las liquidaciones trimestrales. Tampoco, se motivan las liquidaciones una vez practicadas (documentos 10, 11 y 12 de la demanda), ninguna motivación consta sobre las liquidaciones efectuadas.
- C) Tampoco, se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, debiendo otorgarse a este aspecto gran trascendencia.
- D) Por último, cualquier valor ha de negarse a las preguntas que se contienen al final del condicionado particular del contrato, mediante las que la parte demandada sostiene se realizó el test de conveniencia. Contradice tal afirmación la más elemental lógica, tanto porque tal examen ha de ser previo a la contratación, como porque su contenido, en modo alguno, cabe decir cumple las exigencias que legalmente vienen impuestas para la contratación de estos productos. A estos efectos, baste comparar este llamado "test de conveniencia" con las propias exigencias que la demandada contempla en su guía básica MIFID, que considera de plena aplicación a los "swaps" y cuya lectura resulta absolutamente reveladora del propio incumplimiento de las exigencias que la demandada prevé para la contratación del producto.

4º.- Los contratos suscritos no contienen unas condiciones equilibradas con relación a lo que el cliente tiene que pagar y recibir y así lo evidencian las liquidaciones ya efectuadas a que hemos hecho referencia. Cuando el euríbor sube por



encima del tipo fijo establecido para el cliente, que es cuando genera beneficios a su favor, Bankinter fija unas barreras de subida para que dichos beneficios sean inferiores; por el contrario, si el euribor disminuye por debajo del tipo fijo establecido contractualmente, que es cuando genera pérdidas al cliente, no existen barreras de bajada que atenúen dichas pérdidas, y, esto, convierte al instrumento financiero en un producto asimétrico, en perjuicio del cliente.

Desde otro punto de vista, cupiera pensar que la pérdida que le pueda suponer el producto financiero contratado al cliente se ve compensada por la bajada de tipos de interés en relación con el crédito que tuviera concertado, de manera que la situación financiera del demandante no se ve afectada. Sin embargo y además de lo que se indica a continuación, no contamos con prueba ninguna al respecto que permita alcanzar tal conclusión. Se limita a afirmar el informe pericial que se aporta por la parte demandada que es trascendental conocer el endeudamiento a que los contratos litigiosos están ligados, pero no se practica cálculo ninguno, ni se aporta prueba que permita constatar que las posibles pérdidas generadas por los contratos litigiosos se ven compensadas de otro modo.

5º.- En el concreto caso que nos ocupa los contratos concertados presentan un acusado matiz especulativo y no cumplen la función de cobertura, pues su comportamiento es absolutamente independiente del crédito de las demandantes.

De un lado, se dice que el nominal de los contratos litigiosos se hace coincidir con el crédito global que ostentaban las demandantes. Hecho en el que no se insiste al no ser discutido en este caso por la parte demandante. No obstante, ha de ponerse de manifiesto que el importe nominal de los "swaps" es escogido por la parte demandada y se desconoce totalmente cuál es la naturaleza de tal crédito global a que vendría referida la cobertura, ni sus plazos, ni si todo él viene referido a un interés variable, etc.; hechos trascendentes en orden a determinar si los productos contratados ofrecen una verdadera cobertura.

De otro lado, el plazo de vigencia de los productos no guarda ninguna relación con el del crédito existente (en este caso el único que se conoce es la póliza de fecha 21 de octubre de 2.008), por lo que no cabe hablar de un instrumento de cobertura más que por un período muy limitado.

Además y a esto ha de otorgársele la mayor trascendencia, los contratos litigiosos se comportan de manera totalmente independiente al créditos a cuya cobertura se dice vienen referidos, en el sentido de que ni la cancelación de tales créditos conlleva automáticamente la de los "clips", ni tampoco se tienen en cuenta cualesquiera y posibles amortizaciones parciales del crédito. Así, debe significarse



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



que en el caso de autos la parte demandante ha procedido a la cancelación de la línea de crédito por importe de 200.000 euros contratada con la demandada (documento 14 de la demanda) y en relación con cuya contratación se le ofertaron los "clips" y, sin embargo, éstos continúan produciendo todos sus efectos. Es más, también ha procedido la parte demandante a la cancelación de gran parte de su deuda (en concreto dos de los tres créditos hipotecarios que tenía concertados EGA, documentos 15 y 16 de la demanda) y, tal hecho, ninguna incidencia tiene en las negativas consecuencias que los productos litigiosos continúan desplegando.

SEXTO.- Vulneración de la normativa y principios de aplicación en el caso de autos.

Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual de las demandantes con el Banco demandado, puesta en relación con las consideraciones fácticas que hemos hecho referencia, cabe concluir que dicha normativa ha sido vulnerada en el supuesto contemplado.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál 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 éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 26-4-2006 y de Pontevedra de 7 de abril de 2.010).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue deficitaria, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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 y usos financieros. Entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta 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. En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos 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.

Máxime, todo lo anterior, cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euríbor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir sin ningún género de dudas a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión.

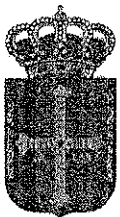


Fácilmente cabe concluir, entonces, que, en el caso de autos, en la contratación no se cumplió la normativa de aplicación a que hemos hecho referencia, ni se realizaron los test de idoneidad y conveniencia, ni tan siquiera se clasificó a los clientes como "minoristas" y, ello, pese a lo que afirma la demandada al contestar. Incluso, Bankinter no cumplió la propia guía básica publicada por el propio banco. A tal efecto ningún valor cabe otorgar al cuestionario que figura la final del condicionado particular del contrato, según ya hemos referido, pues el mismo, además de no ser previo a la propia contratación, no cumple las exigencias mínimas. En este sentido, sobre un cuestionario idéntico, ya se ha expresado la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 1ª) de fecha 6 de octubre de 2.010, negándole todo valor y poniendo de manifiesto entre otros extremos, tanto que ha de ser previo, como que las respuestas aparecen premarcadas por vía informática.

En cuanto al contenido de los correos cruzados entre las partes el día 23 de septiembre de 2.008 (antes sustancialmente transcritos), con base en los cuales considera la parte demandada se ofreció en el caso de autos toda la información a la parte demandante y esta fue plenamente consciente del producto que contrataba, cabe decir, no compartiendo tal apreciación: que la decisión hubo de adoptarse en una tarde porque el plazo finalizaba el mismo día que se oferta según el señor García Martín; que fue exigida la contratación para poder bajar el tipo de interés en la línea de crédito que se negociaba al mismo tiempo; que en la información ofrecida no se contienen ejemplos de liquidaciones negativas y, además, se añade que la posibilidad que se veía de bajada de tipos de interés por debajo del 4,40% era muy reducida; que el producto se oferta como gratuito y, además, se añade en el caso de autos que la primera liquidación será positiva; finalmente, que, ante las dudas expresadas por doña Emma, el señor García Martín le expresa que se trata de una cobertura muy buena y que el banco no siempre consigue cerrar esas condiciones. En definitiva, el producto se contrata en estas condiciones que son las que han de valorarse en orden a determinar la posible existencia de vicio en el consentimiento de que nos ocupamos en el fundamento que sigue.

SEPTIMO.- De la existencia de vicio en el consentimiento y consiguiente nulidad de los contratos en el supuesto que nos ocupa.

Ya hemos señalado que, en el supuesto que examinamos, la petición principal de nulidad de la parte demandante viene referida a la inexistencia de un objeto cierto, que cifra en la omisión de un elemento que se considera esencial cual es el derecho a cancelar anticipadamente el producto contratado. Sin embargo, tal afirmación no se puede compartir: de un lado, porque el objeto de los "clips" aparece descrito en los



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

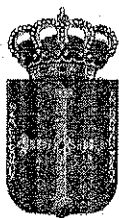


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

contratos y a su naturaleza ya hemos hecho referencia, sin que pueda confundirse con el aspecto indicado por la parte demandante; por otro lado, por cuanto, según ha quedado expresado, los contratos litigiosos si contemplan la posibilidad de cancelación anticipada de los productos. Cuestión distinta es que no contengan información suficiente sobre el modo en que se liquida tal cancelación y, tampoco, sobre el hecho de que la cancelación del crédito a que vienen referidos sea absolutamente independiente de los contratos litigiosos. Pero esta falta de información en un aspecto concreto -que se considera trascendente, según se verá, en orden a la formación del consentimiento- no puede confundirse con una falta de objeto del contrato. Es por ello que, en realidad, la petición deducida con carácter subsidiario, relativa a la nulidad con base en la existencia de vicio en el consentimiento, es la que debe ocuparnos con carácter principal.

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.

En el concreto ámbito que nos ocupa y por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del Banco demandado acerca de las características de los productos financieros ofrecidos y suscritos por las demandantes en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en estas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "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 poder 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



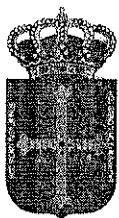
la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en 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 todos los ciudadanos 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 se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En el mismo sentido, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de enero de 2.010 (en igual sentido la de 23 de julio de 2.010), para un supuesto similar: "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. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a 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.

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 sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b)".

Por lo que se refiere al error, según el art. 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer 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 definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en tal sentido, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006). 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.

En el caso objeto aquí de enjuiciamiento, a la luz de los hechos que han quedado expuestos entendemos concurren motivos bastantes para entender que la parte demandante al contratar sufrió un error esencial y excusable, con arreglo a lo que, a continuación y reiterando mucho de lo hasta aquí dicho, se expresa:

1.º.- En cuanto a lo que es la esencia y finalidad del contrato se pone de manifiesto que el producto contratado se oferta como un medio de cobertura de riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés (y así lo admite la propia parte demandada), haciendo creer que lo que se concertaba era un medio de aseguramiento (en ese sentido se habla de seguro) y no lo que en realidad se contrata, un contrato de permuta financiera que conllevaba los riesgos que ya se han referido y que han abocado a la parte demandante a la situación actual, bien de soportar liquidaciones negativas importantes, bien de cancelar el producto haciendo frente a un importante costo. Se ofrece al cliente una estabilización de los costes financieros de la empresa, según se reitera en diversas ocasiones, sin embargo el resultado no puede ser más alejado de tal estabilización. No se acredita que se advierta de modo que el cliente pueda ser plenamente consciente de lo que ocurre en supuestos de bajada de tipos de interés. Es más, la propia parte demandada refiere que la probabilidad de bajada de los tipos de interés por debajo del 4,40% durante el plazo de cobertura del producto (que no cabe desconocer era de 10 trimestres) es muy reducida, lo que evidencia que tal escenario ni una ni otra parte lo tienen en cuenta a la hora de contratar. En

definitiva, se dice contratar un producto a fin de evitar los posibles riesgos de subidas de tipos de interés, pero no se advierte de los riesgos que tal producto conlleva en un escenario de bajadas de tipos cual el que, finalmente, acaece. El demandante pretende contratar un producto que le asegure frente a la posible evolución al alza de los tipos de interés y establezca sus costes financieros. Sin embargo, contrata un producto con evidente riesgo que, en determinados escenarios, conlleva importantes perjuicios en modo alguno previstos al contratar.

2º.- En segundo lugar, también se considera esencial el error que concurre sobre la total independencia del contrato con respecto al crédito que ostenta la parte demandante. El instrumento, que se dice de cobertura y asociado al crédito, resulta independiente de éste, pues ni su período de vigencia es el mismo, ni, fundamentalmente, la posible cancelación o amortizaciones parciales de aquél surten ningún efecto en el contrato litigioso concertado. Y esto se evidencia en el caso de autos, pues la parte demandante, a pesar de haber procedido a una importantísima reducción de su crédito y haber cancelado en su totalidad la línea de crédito con ocasión de la cual concierne los "clips", no se ve liberada de las importantes consecuencias negativas de éstos. El comportamiento absolutamente independiente de estos productos con respecto al crédito con ocasión del cual se conciertan es otro error que se considera esencial al contratar estos productos.

3º.- En tercer lugar, la demandada no facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía. Riesgo que, de la lectura del propio contrato, tampoco, podía llegar a inferirse. Incluso, también se ha señalado, que esa omisión de información sobre los posibles riesgos de la operación es tanto más significativa teniendo en cuenta que ningún riesgo asume el Banco que asegura su operación con otra entidad (según ella misma admite), de manera que, en todo caso, obtiene un beneficio a través de la comisión que percibe al intermediar en la operación. En definitiva, no cabe entender que el producto fue explicado correctamente (incluso, según se ha reiterado, infringiendo la normativa y principios de aplicación), ni tampoco que los riesgos que comporta se entiendan perfectamente, como sostiene la parte demandada, ello al menos en el caso de autos en un aspecto esencial cual era del coste de cancelación del producto.

4º.- Por último, ha de tenerse en cuenta la distinta condición de las partes y la relación existente entre ellas, en orden a valorar la excusabilidad del error, según se viene insistiendo. De un lado, la parte demandante en quien ya hemos

dichos se pueden suponer unos ciertos conocimientos y experiencia en materia financiera, pero que nunca ha contratado un producto con las características del litigioso y cuya calificación ha de considerarse, en todo caso, como de minorista. De otro lado, el Banco, profesional del ramo y a quien es exigible la diligencia propia de tal condición. Sobre este particular, no puede dejar de significarse en el caso de autos el craso error (teniendo en cuenta, también, la fecha del contrato, 24 de septiembre de 2.008) en que incurre la demandada a la hora de pronosticar la posible evolución de los tipos de interés (en cuya trascendencia ya hemos insistido). Por último, hemos destacado en el caso de autos la relación de confianza que existe entre la parte demandante y la demandada, quien asesoraba a la primera en muchos de los contratos que concertaba, paradigmáticamente en el que nos ocupa, según ha quedado expuesto. En tales circunstancias se comprende que, quien firma, más que leer detenidamente lo que firma, lo suscribe fiándose de la seguridad que se le ofrece.

En suma, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por las demandantes -en quienes concurriría la condición de clientes minoristas- así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. Bien entendido que, en el concreto caso de autos, en la medida en que pudiésemos alejarnos del error (instituto en que hemos centrado siempre nuestra posición en supuestos similares), atendida la posible capacidad de la persona que contrata los productos por la parte demandante, nos acercaríamos al dolo, en la medida que se la invita a concertar los contratos por parte de la persona empleada de la demandada.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del Código Civil, procede declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda.

Todo lo anterior, en el mismo sentido que ha sido expresado ya en una jurisprudencia mayoritaria relativa a casos similares al presente de la que son muestra las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 27 de enero y 23 de julio de 2.010, sección 7ª, de 29 de octubre de 2.010 y, sección 4ª, de 12 de noviembre de 2.010; de Pontevedra,



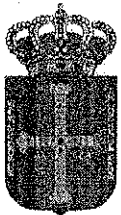
sección 1ª, de 7 de abril de 2.010; de León, sección 2ª, de 22 de junio de 2.010; de Vizcaya, sección 4ª, de 14 de septiembre de 2.010; de Valencia, sección 1ª, de 6 de octubre de 2.010; o, de Burgos, sección 3ª, de 10 de noviembre de 2.010.

OCTAVO.- De la inexistencia de confirmación del negocio.

Tampoco puede oponerse como óbice al supuesto error el hecho de que la parte demandante no manifestara disconformidad hasta el momento de interposición de la demanda, pues, según ya se viene reiterando por la jurisprudencia, tiene lugar en el plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato fijado legalmente (artículo 1.301 Código Civil). Lo anterior dejando al margen el hecho (acreditado en autos) de que la disconformidad con el producto es expresada por la parte demandante antes de esta fecha, cuestión distinta es que hubiera hecho frente a las consecuencias negativas que los productos financieros le iban causando.

Menos aún cabe pensar en el caso de autos pueda pensarse en una posible confirmación de los contratos en su día concertados. Tal confirmación exige (artículo 1.311 del Código Civil) que, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tiene derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

En el caso de autos, por lo que consta, la parte demandante ha venido haciendo frente a las liquidaciones negativas que de los productos litigiosos se le han ido derivando (documentos 10, 11 y 12 de la demanda). Incluso, ha llegado a solicitar un crédito por importe de 75.000 euros (documento 13 de la demanda, póliza de fecha 7 de agosto de 2.009) para hacer frente a tales liquidaciones negativas, que según parece en la actualidad ya ha procedido a cancelar. Sin embargo, de tales hechos, que lo único que ponen de manifiesto es que la parte demandante ha hecho frente a las consecuencias que de los contratos cuya nulidad ahora insta se le han seguido, en absoluto cabe inferir la ejecución de hechos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciar a la causa de nulidad que se ha invocado en el presente procedimiento. Lo anterior, dejando al margen, incluso, de un lado, que la demandante actuó según las indicaciones que le fue haciendo la propia parte demandada (los correos aportados por una y otra parte lo evidencian y vienen a poner, una vez más, de manifiesto la relación de confianza existente); y, de otro, que doña Emma manifestó al ser interrogada que la solicitud del crédito para hacer frente a las consecuencias de los "clips" fue la única salida que les quedó para "no entrar en morosidad" con las consecuencias que ello conllevaría, afirmación que, asimismo, resulta verosímil; aspectos ambos que coadyuvan a descartar la posibilidad de confirmación que, en última instancia, es alegada por la parte demandada.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



NOVENO.- Costas

Atendida la íntegra estimación de la demanda, resulta pertinente la imposición de costas a la demandada, en aplicación de lo previsto en el artículo 394.1 de la ley de enjuiciamiento civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la representación de
, S.L.,
I
, S.A., contra BANKINTER,
S.A., declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros aportados como documentos números 7, 8 y 9 con la demanda, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones de los contratos de litis que se declaran nulos, con los intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta; todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales.

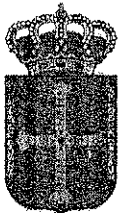
Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al de su notificación.

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

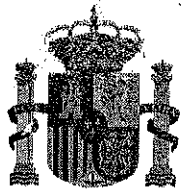
Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Llévese el original al libro de sentencias.



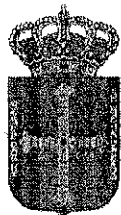
PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó en el mismo día de su fecha, habiéndose celebrado audiencia pública. Doy fe



PRINCIPADO DE
ASTURIAS