



**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 005
GIJON**

C/ FREDES PANDO, N° 1 1ª
Tfno: 985175531
Fax: 985175513

55950

N.I.G.: 33024 42 1 2009 0015422

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000777 /2009

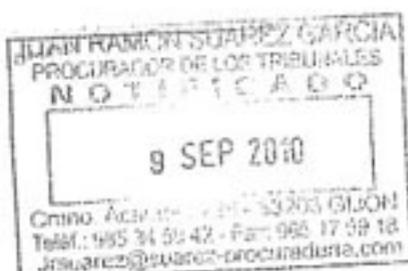
Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. , S.L.

Procurador/a Sr/a. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Contra D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. MARINA GONZALEZ PEREZ



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N ° 5 DE LOS DE GIJON.

JUICIO ORDINARIO 777/09.

SENTENCIA N °

En Gijón a 2 de Septiembre de 2010

Vistos por Carmen Santos Roy, Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de los de Gijón, los presentes autos de procedimiento ORDINARIO, registrado con el n° 777/09 promovidos por S.L. representada por el Procurador de los Tribunales DON JUAN RAMON SUAREZ GARCIA y asistido por el letrado DON MARCELINO TAMARGO MENENDEZ contra BANKINTER S.A. representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ y asistida del Letrado DON JOSE LUIS REGUERO SIERRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por DON JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de la sociedad mercantil S.L. se presentó escrito de demanda y demás documentos en base a los hechos que en la misma se expresan y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducidos, aduciendo los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que:

- 1- Se declare la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS firmado entre las partes el día 27 de marzo de 2006, por haber existido en su formación VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, obligando a



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

la entidad financiera BANKINTER S.A. a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización, devolviendo la mercantil S.L. las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera y la entidad financiera devolver las cantidades detraídas de la cuenta bancaria de su representado.

- 2- Se declare la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS firmado entre las partes el día 7 de octubre de 2008, por haber existido en su formación VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, obligando a la entidad financiera BANKINTER S.A. a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación, y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización, devolviendo la mercantil S.L. las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera y la entidad financiera devolver las cantidades detraídas de la cuenta bancaria de su representado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma al la demandada, emplazándola para que la contestara lo que así hizo DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ en nombre y representación de BANKINTER S.A. en base a los hechos y fundamentos de derecho que en la misma se expresan y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducidos, suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda formulada de adverso, absuelva a su representada de las pretensiones frente a ella deducidas con imposición de costas a la parte adversa.

TERCERO.- Por providencia de fecha 22 de febrero de 2010 se señaló fecha para que tuviera lugar la audiencia previa al juicio, compareciendo las partes en el día y hora señalados, manifestando éstas que subsiste el litigio entre ellas, señalando la actora un error en su escrito de demanda en el sentido de que debe hablarse no de mala fe, sino de mala praxis de la demandada, conviniendo las partes en que hay ACUERDO en la suscripción de una póliza de crédito en fecha 25 de noviembre de 2004 y en la suscripción de contrato de intercambio de tipos cuotas de noviembre de 2004, en el contrato de gestión de riesgos financieros en abril de 2005, renovado en marzo de 2006, nuevo contrato de gestión de riesgos financieros de octubre de 2008, con el contenido de dichos contratos y en los cargos en la cuenta de la

actora en 2009 por cancelación de los citados contratos y hay DESACUERDO en la forma en que se llevó a cabo la contratación de cada uno de estos productos, por falta de información de los productos contratados entre las partes, así como en la liquidación practicada por la entidad bancaria, matizando la demandada que no se reclama en este procedimiento el importe de tal liquidación, interesando el recibimiento del juicio a prueba.

Recibido a prueba se propusieron como medios por la actora los consistentes en: documental por reproducida la aportada con el escrito de demanda, más documental consistente en copia de documento privado, copia de grabación de programa Informe Semanal, Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, informe pericial que dice la parte haber presentado y que no obra en las actuaciones e interrogatorio de testigos y por la demandada los consistentes en: interrogatorio de la parte demandante en la persona del L.R., documental consistente en que se tenga por reproducida la aportada con el escrito de contestación, resoluciones judiciales recaídas con posterioridad a la demanda, resolución de la CNMV y testifical pericial, admitiéndose y declarándose pertinentes dichos medios, a excepción, de la documental de la actora reseñada en su escrito de proposición de prueba con los ordinales 16,17,18,19,20,21,23 y 24, por no guardar relación con lo que es objeto de debate (16,17 y 18) y ser de fecha anterior a la demanda el resto, se inadmite, así mismo, informe pericial e interrogatorio del Perito por no haber sido aportados antes, se inadmite la testifical de M

por ser parte, la cual será oída como tal, inadmitiéndose, de la propuesta por la demandada, el apartado 4 de la más documental de su escrito de proposición de prueba por ser de fecha anterior a la contestación a la demanda. Por la parte actora se recurrió la inadmisión de su pericial, interesándose que, al menos, se admita el interrogatorio como testigo-perito del Señor Verdú, al que se opuso la demandada, desestimándose el recurso por S.S^a, por entender que no existe causa justificada para la tardanza en su aportación, ni se admite el interrogatorio de su autor al no haber sido testigo de los hechos, formulándose protesta a efectos de apelación, señalándose, a continuación, fecha para que tuviera lugar la celebración del juicio.

CUARTO.- En el día y hora señalados se celebró el juicio procediéndose a la práctica de los medios de prueba que habían sido previamente admitidos, con el resultado que obra en autos y en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, concediéndose, a continuación, la palabra, a las partes, por su orden, para que efectuaran breve resumen de las pruebas practicadas y alegaciones finales, lo que así hicieron, dándose por concluido el juicio, quedando

las actuaciones pendientes de dictarse la resolución que proceda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se alega en la demanda que en el año 2004, la mercantil S.L. con motivo de la contratación de un préstamo para su actividad de 98.637 euros contrata un SEGURO CONTRA LA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERES, mediante documento firmado el día 12 de noviembre de 2004, estableciéndose en la estipulación 11 del contrato una cuota fija de 1.079 euros/mes y que pocos meses más tarde comerciales de BANKINTER S.A comunican a la empresa que se les ampliaría el seguro de cobertura de cuotas firmado el día 12 de noviembre de 2004, por haber una promoción gratuita y que con total confianza firman un nuevo seguro, en este caso denominado CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS, el día 14 de abril de 2005, por un nominal de 100.000 euros, el nominal fue ampliado para incluir en el mismo la póliza de crédito que la empresa estudiaba contratar con la entidad y que se materializaría días después, contratando el 24 de noviembre de 2005 una póliza de crédito con la entidad bancaria por un capital máximo de 60.000 euros, recibiendo en el mes de marzo de 2006, oferta por parte de comerciales de la entidad financiera para la renovación del seguro contratado para contener el tipo de interés, así se renovó firmando un nuevo CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS el día 27 de marzo de 2006, ofreciéndose de manera gratuita, sin coste alguno para el cliente y con la seguridad de poder cancelarse en cuanto se deseara, que durante el mes de octubre de 2008, un nuevo comercial de la zona visita y les indica que va a proceder a renovar los seguros contra la subida del Euribor, que volvía a tener la posibilidad de hacerlo gratuitamente, en esta ocasión para hacerlo confió en su esposa la firma del contrato, así al firmar la mencionada M se establece un CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS de fecha 7 de octubre de 2008, por un nominal contratado de 500.000 y que el director de alertado por un cargo de 3.100 euros en la cuenta corriente de la empresa el día 22 de abril de 2009, recupera el contrato firmado y habida cuenta del engaño sufrido intenta anular lo firmado por su esposa, por no ser deseado ya que en lugar de renovación se firmó un nuevo producto financiero, por un nominal desorbitado y sin haber sido solicitado, llegando a la conclusión que es un nuevo afectado del fenómeno "clips Bankinter" lo cual sume a la empresa en una situación límite teniéndose que enfrentar a una liquidación que le es materialmente imposible, descubriendo que el último seguro firmado no se trataba de una renovación, era

un nuevo producto, independiente de los demás y que se encontraba totalmente activo y que lo firmado "ab inicio" no era realmente un seguro, ninguno de los contratos era un seguro, sino un contrato de alto riesgo financiero SWAP, siendo los intentos amistosos de cancelación de los productos aún más desventajosos ya que dicha cancelación le supuso un cargo en la cuenta corriente de 3.963,25 euros por cancelación del primer seguro contratado, un cargo de 26.060,92 por cancelación del segundo seguro contratado, ascendiendo la liquidación final de la entidad financiera por la cancelación del producto a 30.024,17 euros sin tener claro, aún, por qué motivo ni por qué producto, siendo asumida dicha liquidación por la póliza de crédito que la empresa tiene con la entidad bancaria y el importe de la misma abonado por la actora contrayendo un nuevo crédito con otra entidad bancaria y que además la entidad mercantil llevaba soportando tres cargos bancarios por importe de 191,67 euros de fecha 22/1/2009, de fecha 22/4/09 por importe de 3.100,00 euros y de fecha 22/4/2009 por importe de 3.785,35 que generaron un saldo a favor del banco de 6.687,68 a lo que debe añadirse el coste de la cancelación 26.060,92 euros, añadiendo que por lo que se refiere al seguro contratado en fecha 30 de marzo de 2006, la liquidación resultante en el tiempo fue, un saldo a favor del banco de 526,18 euros a lo que se debe sumar el cargo por cancelación de 3.963,25 euros, siendo el perjuicio total sufrido por el contrato firmado el 30 de marzo de 2006 de 4.488,43 euros y por el contrato firmado el 7 de octubre de 2008 de 32.748,60 euros.

La demandada, por su parte dice que todo el relato de la actora se basa en un supuesto error de consentimiento que se inicia el 12 de noviembre de 2004 hasta el 22 de abril de 2009, siendo cuatro los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos más sus renovaciones, encontrándonos ante una sociedad, que tiene su asesoría fiscal y que suscribe su primer contrato de gestión de riesgos financieros el 12 de noviembre de 2004 y va adaptando progresivamente, con nuevos contratos, sus riesgos financieros hasta cubrir la totalidad de ellos a los tipos que pretende equilibrar dichos riesgos, siendo curioso que durante cinco años reciba liquidaciones positivas, sin pagar prima alguna y ahora cuando le cargan por la bajada de los tipos, según se había pactado, la primera liquidación negativa, surge el "error de consentimiento retroactivo", siendo la realidad de la suscripción de todos estos contratos de cobertura de tipos de interés, según manifiestan los directivos de Bankinter, que en todo momento aconsejaron y asesoraron de forma clara y eficaz a Doña M , administradora de la demandante, ya en 2004 se suscribe por la demandante el primer contrato de intercambio de tipos/cuotas, y que es todo menos un seguro, siendo un contrato claro y sencillo en sus términos y en el se recoge que se suscribe en relación con un préstamo que asimismo

suscribieron los intervinientes de 98.673 euros, suscribiendo en el año 2005 el primer contrato de gestión de riesgos financieros o de intercambio para equilibrar sus tipos de interés en función del mismo, estableciéndose en su apartado liquidaciones su periodicidad y cuando el cliente debería pagar o recibir en función de los tipos de interés pactados de común acuerdo y que en el año 2006 se plantea una actualización de cobertura solicitando el cliente la cancelación del Clip Bankinter 3 y contratando Clip actualizado BK3 por el mismo nominal, y que en los sucesivos años el endeudamiento financiero por todo tipo de operativas sigue aumentando y como buen empresario es consciente de que una elevación de tipos con un riesgo financiero tan alto puede ocasionarle una auténtica debacle empresarial, para ello nuevamente acude al banco y solicita una nueva cobertura, esta vez hasta el límite de su riesgo financiero 500.000 euros y que los diferentes directores y empleados de Bankinter a quienes la administradora solicitó expresamente la contratación de estos productos, todos ellos manifiestan que existieron reiteradas reuniones tanto con la misma como con su asesor fiscal y siempre fue ella la que pretendía elevar la cobertura en función del riesgo financiero que iba asumiendo. Añade que en el año 2005 en el que se vivía un momento alcista en los mercados, sacan un producto que es EL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS, no es una póliza de seguros, no contrato afectado a cuentas de crédito o hipotecas, y que cualquier persona con una formación académica elemental puede comprobar que se trata de un producto cuyo fin último es estabilizar el coste financiero que tiene una sociedad, y que la mayoría de las compañías cuentan con líneas de crédito para financiar los gastos propios de su actividad mercantil que suelen estar referenciadas al Euribor trimestral y estos contratos, dada la coyuntura del mercado tenían por objeto asegurar los costes financieros de una entidad mercantil, que, de esta forma, podía hacer una previsión de los mismos a futuro, asumiendo el Banco la obligación de pagar el Euribor trimestral y el cliente asumiendo la obligación de pagar el interés pactado, siendo lo que se conoce como permuta financiera, permuta en la que se da una cantidad de dinero a cambio de otra, produciendo una compensación entre ambas obligaciones y resultando un neto a deber por la parte que corresponda, que puede ser alternativamente una u otra dependiendo de las condiciones pactadas y que para la contratación de estos productos se firmaba por el cliente un contrato marco, lo que se denominan las condiciones generales y unas condiciones particulares donde se determinaban las condiciones aplicables al cliente y que este producto sin comisión alguna se articulaba de una forma muy sencilla, explicada en la cláusula tercera de las condiciones generales del contrato marco y que periódicamente se realizarían una serie de liquidaciones, en las que se producirá un único

apunte en la cuenta de liquidación, que será el neto entre el cargo por la cuenta a pagar por el cliente y el abono a pagar por el Banco, de acuerdo con las condiciones particulares, advirtiéndose en dicha cláusula que las liquidaciones podían ser positivas y negativas y que los contratos para la actora desde su formalización son positivos, no sufriendo error alguno, pero cuando llega la primera liquidación negativa alega el presunto error, no cabe error alguno sobre la cuantía que es la que eligió el mismo demandante, siendo su RIESGO FINANCIERO GENERAL de empresa, no un seguro para una póliza de crédito y que en ningún sitio viene especificado como tal, celebrándose el contrato no con el objeto de garantizar un tipo de interés en su póliza de crédito, sino para cubrir un determinado porcentaje del coste financiero de su riesgo financiero total suscrito no con BANKINTER S.A. sino con la totalidad de las entidades bancarias, advirtiendo el resto de las cláusulas del contrato que se trataba de un instrumento financiero que, conllevaba un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, resultando increíble que la actora no entendiera ni una sola palabra del tenor literal del contrato, ni tampoco de lo que el personal de la demandada le explicó, siendo evidente que de acuerdo con los términos del contrato el cliente se obligaba a pagar dependiendo del momento y de la evolución del Euribor trimestral, tratándose con su contratación de obtener tranquilidad, no siendo un producto especulativo, ni se trata con el de obtener un beneficio a costa del cliente, lo que ocurrió es que cuando cambia el mercado y los tipos bajan y el empresario se da cuenta de que su previsión de futuro no fue todo lo acertada que, calculaba, tiene que zafarse del contrato y aparece la ignorancia sobrevenida al comunicarle el banco el coste de anticipar la cancelación en los mercados financieros ya que Bankinter no se queda con el riesgo que asume por este tipo de productos sino que traslada el mismo a un tercero, traslada los derechos y obligaciones que asume por este tipo de productos a otra entidad en el mercado, pudiendo Bankinter repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación del mismo, siendo evidente que el riesgo asumido por Bankinter se hace por un plazo determinado y se traslada con esa duración al tercero en el mercado, si dicho contrato se cancela con carácter anticipado, Bankinter se ve obligado a cancelar parcialmente el contrato que ha suscrito con dicho tercero, siendo el coste que figura en la demanda el coste que a Bankinter le supondría en virtud de sus relaciones contractuales cancelar parcialmente el contrato por el importe nominal contratado, apareciendo en el mismo documento de su demanda la explicación de este coste de cancelación, existiendo una absoluta equivalencia de prestaciones.

SEGUNDO.- Existe conformidad entre las partes, como expusieron en la audiencia previa al juicio y así ha quedado acreditado de la documentación obrante en las actuaciones, que en noviembre de 2004, la actora con motivo de la contratación de un préstamo para su actividad de 98.637 suscribe un "contrato de intercambio de tipos cuotas", que con fecha 14 de abril de 2005, la actora celebró un contrato denominado "contrato de gestión de riesgos financieros" con Bankinter donde se incluían unas condiciones generales junto con las condiciones particulares concretas aplicables al producto que en esa fecha se contrataba, firmados por doña M en representación de y que en dicha fecha 14 de abril de 2005 se firmaron por las condiciones particulares correspondientes al producto denominado comercialmente CLIP Bankinter 3, por importe de 100.000 Euros, que comenzaba a producir efectos el día 19 de abril de 2005 y tenía fecha de vencimiento de 20 de abril de 2009 y que en marzo de 2006, once meses después firmó la cancelación anticipada de dicho clip, así como la renovación del anterior con la contratación del denominado comercialmente CLIP ACTUALIZADO BANKINTER 3 por importe de 100.000 Euros, que comenzaba a producir efectos con fecha de 19 de abril de 2006 y vencimiento el 19 de octubre de 2010 y que el 7 de octubre de 2008, 31 meses después firmó un nuevo producto, el denominado comercialmente CLIP BANKINTER EXTRA 08 7 por importe de 500.000 Euros, que comenzaba a producir efectos con fecha de 22 de octubre de 2008 y vencimiento de 22 de abril de 2011, existiendo igualmente conformidad con los cargos en la cuenta de la actora que se dice en la demanda, siendo cuestión controvertida la forma en la que se llevó a cabo la contratación de cada uno de esos productos, sosteniendo la actora que los llevados a cabo el 27 de marzo de 2006, como el llevado a cabo el día 7 de octubre de 2008 son nulos de pleno derecho por haber existido en su formación vicios del consentimiento, alegando falta de información y error al creer que lo que estaba contratando seguían siendo seguros contra la subida de los tipos de interés para que las variaciones del Euribor no fueran gravosas para la misma, tal como creía lo hizo en el año 2004, siendo renovaciones los posteriores de éste, renovaciones sin cargo alguno y propuestas siempre por la entidad bancaria quien decidía las condiciones, limitándose a firmar al tener plena confianza en la demandada, desconociendo, en todo momento, las consecuencias de lo que firmaba, ni los costes o perjuicios que ello le podía suponer, sosteniendo, por el contrario, la demandada que en las condiciones particulares de dichos contratos se explicaba con claridad el interés que debía pagar el cliente y el interés que debía pagar el Banco, proporcionándole esta entidad cuanta información fue necesaria para que la actora comprendiera el producto, de por sí suficientemente claro en las

condiciones particulares y generales del mismo y que por lo tanto la información que le fue proporcionada le permitió adquirir un conocimiento detallado de las características del producto, lo que motivó su contratación, conociendo perfectamente que el producto que contrataba era de los denominados "derivados financieros" y que lo que celebraba eran contratos que tenían por objeto estabilizar y poder gestionar de forma más adecuada el posible coste financiero que su entidad tenía y que conocía que dicho instrumento financiero, comportaba cierto riesgo derivado de las fluctuaciones de los tipos de interés y por lo tanto que todos los contratos suscritos incluido el firmado el 12 de noviembre de 2004 eran de gestión de riesgos financieros.

Entendemos que tres son las cuestiones que hemos de tratar: que es un contrato de permuta financiera, el derecho a recibir información por parte de la entidad bancaria que tiene el cliente que contrata dicho producto y el error en la formación del consentimiento por parte del cliente en la contratación del producto.

En primer lugar hemos de decir, reiterando literalmente lo dicho en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, en el recurso de apelación nº 508/2009, aportada a los autos como documento nº 22, que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona SWAP). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil y 50 del Código de 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 no real (nocional) 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, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 del Código Civil

atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En segundo lugar hemos de referirnos al derecho a la información, y siguiendo la mencionada resolución literalmente decimos que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la LDIEC 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso en la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras artículo 2 L.M.C). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero 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 se el artículo 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 (letras I.A. y I.C), el R.D. 629/1993 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 aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión "haciendo hincapié en todos los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del

mercado de valores 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 (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información 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 (artículo 79, bis n.º 3, 4 y 7).

Luego el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión 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).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, interponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 Código Civil), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa" como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, 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, asumiendo el riesgo de la operación en base

a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores 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), pero que, 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 STS 20-1-2003).

Añadimos literalmente, además, respecto a dicho derecho, lo expuesto por la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia dictada en el recurso nº 50/10, igualmente aportada a los autos, que la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 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 contratados por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que 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 ocasionaran un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 2º 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 (cual 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. Pasando a exigir en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y Registros obligatorios, en la actualidad

derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes todo tipo de información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Y respecto al tercero de los conceptos, a tener en cuenta en el caso que nos ocupa, decimos que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 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 artículo 1262 del mismo Código y que será nulo según establece a su vez el artículo 1265 de dicho texto legal, si se hubiera 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 cual 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.

Añadimos que para que el error propio invalide un contrato, según reiterada jurisprudencia, ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele su esencialidad, que no sea imputable a quien lo padece y un nexo causal ente el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció

empleando una diligencia media o regular. Según la doctrina habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran en el caso de ambos contratantes, requisito que trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

TERCERO.- Respecto al correcto asesoramiento e información por parte de la entidad bancaria y a la concurrencia o no del error sufrido por el actor en la formación del consentimiento prestado para la formalización de los contratos, hemos de analizar la prueba practicada y así de una valoración conjunta de la misma podemos adelantar 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, por no decir prácticamente nula y que debido a dicha falta de información produjo el error en el actor ya que no adquirió plena conciencia de lo que significaban los contratos que se concluyeron y los derechos y obligaciones que en virtud del mismo adquirió, no siendo cierto que una persona con una formación académica elemental puede comprobar que se trata de un producto cuyo fin último es estabilizar el coste financiero que tiene una sociedad porque 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, y que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, se trata, además, 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 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, porque entre la clientela tradicional conocedora 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 y porque las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como 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 porque 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, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera, debiendo especificarse claramente la manera en que se calculará el coste en esa situación, constituyendo una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y en definitiva para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta, máxime 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 permiten 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 litigiosos, de evidente carácter aleatorio, y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a la entidad demandante), ajena a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión.

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 éstas últimas determinante de una situación de nulidad contractual, sirven las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI, nº 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, resolución igualmente obrante en autos, 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 ala 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 cual 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, 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 "donde hay que firmar" que se había trasladado en este ámbito, presidido por las condiciones generales.

En el caso objeto de enjuiciamiento, el demandante sostiene, fundamentalmente, no haber sido informados de las características de los clips Bankinter por el mismo contratados, al tratarse de productos financieros complejos y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el periodo de su vigencia les podría deparar unas pérdidas elevadas, cual en la práctica así se ha venido a producir, y en donde las previsiones en torno a la evolución de los mercados financieros carecen de la conveniente nota de seguridad, siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que le cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad- precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis.

A estas conclusiones llegamos del análisis de la prueba practicada y en concreto de la declaración de Don J , quien declaró en calidad de parte demandada como conocedor de los hechos al amparo de lo legalmente previsto, el cual nos dice " que intervino en la contratación del contrato de gestión de riesgos financieros de octubre

de 2008, que conoce las características de la entidad actora, que facturaba en torno a los 3.000.000 millones de euros y que en su día mantuvieron una relación, que sabe que tenían una póliza de 60.000 euros y una línea de descuento, que durante el año 2008 su relación fue meramente operativa, que en octubre la actora tenía intención de cubrir parte del riesgo en todas las entidades, es un contrato de permuta financiera para cubrir riesgos, no recuerda si utilizó la palabra cobertura, que la actora tenía preocupación por que el riesgo subiera, que se trata de una cobertura de riesgo, que la actora solicitó el tipo y que el contrato se firmó a raíz de una conversación telefónica, no sabe exactamente si le hizo preguntas en forma de cuales eran las condiciones, que el contrato lo llevó firmado a la sucursal, el Banco de España no informa del interés a la entidad financiera, el tipo de interés lo decide el Banco y el cliente acepta, es un acuerdo, el nominal lo fija el Banco, se le comenta al cliente que se le va a ceder a un tercero, es una permuta financiera, el cliente paga un tipo fijo, se devuelve a favor o en contra, el cliente decidió contratar el producto, estabiliza los riesgos financieros, se le explicaron las liquidaciones trimestrales, que no tuvo que hacer mucho hincapié porque la cliente los conocía perfectamente, cuando firmó les habló de la posibilidad del riesgo, lo sabía perfectamente, en el año 2008 el punto más alto, la entidad no tenía previsión de que iba a desplomarse, había incertidumbre, el cliente tiene la posibilidad de cancelarlo, asegurando que la entidad Bankinter asesora en esa clase de productos, informa, no reconoce que ha ocasionado daños, no es un producto especulativo, que no tenían previsiones del desarrollo del Euríbor, existe forma de liquidación final en caso de cancelación, en este caso irían al mercado y la fórmula se aplica, no hay una fórmula concreta depende del mercado, no existe en el contrato, tendrían que ir al mercado para deshacer, en ese contrato no aparece la fórmula para la cancelación, cuando se pide la cancelación es cuando aparece la fórmula, hasta entonces no se dice nada, el cliente contesta dos preguntas claves, una que ha contratado antes estos productos y otra que conoce los riesgos, que él recibió información desde 2005 presencial, video-conferencias, continuamente formados, formación de forma periódica, más intensiva al principio y después reuniones periódicas, estaba bien formado, que con el cliente tuvo una conversación y correos electrónicos, que conocía el producto hacía tres años, existen en el contrato ventanas de cancelación, que el Banco cuando el cliente cancela tiene un coste y es el mercado el que determina dicho coste, el Banco deshace el producto, que el no se dedica a diseñar, el no tiene ningún beneficio propio o para la entidad, que el entró en la entidad en 2008, que antes no sabe como se concertaron los contratos, ni que información se le ofreció al cliente porque no participó, los

anteriores contratos no se impugnaron ni tuvieron queja alguna, reitera que tenía la actora conocimiento completo del producto, conocía perfectamente la mecánica de la liquidación, en las condiciones particulares del contrato se explica perfectamente el producto, la cliente conocía el producto, hace dicha afirmación porque si no no hubiera contratado en tres ocasiones anteriores, declara tener conocimiento del producto y así figura, es un producto para cubrir el riesgo no es especulativo, trata de estabilizar sus costes financieros, se produjo cancelación de los productos, que el sepa la entidad no ha efectuado reclamación judicial", diciéndonos el testigo Don J

, gerente de la empresa demandante " que se acercan a Bankinter porque les invita un comercial, que pagando un poco más estarán siempre seguros de tener la misma cuota y se olvidan del interés (solo se habló de cuota) contratan y lo firman, lo hacen por confianza, es con el que ha declarado en calidad de parte con el que hablaron por teléfono, no le preguntaban los comerciales si tenían otro contrato o interés con otros Bancos, tenía una póliza, luego un contrato de riesgos financieros, contrataron un seguro nunca hablaron de un riesgo, contrato del 2005, reanudado en 2006, en ningún momento le dieron el contrato completo, solo tenían la última hoja y firmaba, M la apoderada no leía el contrato, no los tenían, que la suya es una pequeña empresa dedicada a la soldadura, no notó que Bankinter le hiciera algún cargo, porque no hay nada, no sabe que tenían un contrato de riesgos financieros, lo han sabido ahora, han cambiado 5 o 6 veces de director, van a visitarles cuando cambiaban, les decían que eran gratuitos, hablaban de promoción, que si firmaba no pasaba nada, nunca se apercibió de las cantidades recibidas, eran ridículas, en la asesoría no le preguntaron por las cantidades, la contabilidad la lleva una empresa externa, recibieron por burofax los contratos, alguno sin firma. El 1º de ellos satisfactorio (cuota fija) contrata y asume, protesta por el 3º y el 4º porque le han producido un desequilibrio, el contrató un seguro, se refería a la subida del tipo de interés sobre la hipoteca, tiene una línea de crédito, no tiene liquidez, el factor miedo influyó, siempre escuchó tranquilidad, seguridad, supo que no era lo estipulado cuando M le dijo que les habían efectuado un cargo de 900 euros y otro de 3000, siempre pensó que era un producto que iba renovando y nunca pensó tener dos contratos, fue al comercial y le dijeron que era una póliza que había firmado M le dijeron que si subía el tipo te pagaban y que si bajaba tenían que pagar, solo contrató un producto y el resto era renovación, el siguió contratando lo mismo que si subía el interés no se vería afectado, solo tiene una hojita, no sabe lo que es invertir en derivados financieros, no tiene inversión en nada de bolsa, plazos fijos, no se le hizo ninguna pregunta, le hablaban para decirle que le iban a renovar el

producto, el no decidió ni el tipo de interés, ni plazo, ni cuantía, ni la liquidación, no entendió el contrato, no se le comentó como se cancelaba el contrato, aparecen los contratos después de la reclamación, los envían por burofax, confianza total con Bankinter, confianza total en la entidad, no leyó el contrato, el es el gerente, no es el representante legal, es M , es exmarido de M , trabajan los dos en la empresa demandante, no leía los contratos porque no los tenía, los tiene porque se los aportaron después por Burofax, el no firmó nunca, no leyó ninguno y los posteriores tampoco, no los tiene, no lo sabe, que además de con Bankinter ha trabajado con otros bancos, habitualmente no lee los contratos, se fía de la entidad bancaria, con ningún banco ha leído los contratos antes de firmarlos, que el cuando contrató con Bankinter al tiempo de la hipoteca en 2004 era para la cobertura del tipo de subida de interés, siempre se dirigieron a él menos en el de 2008 porque estaba en el extranjero, se dirigen a él y los firma M , el le dice a M firma, no le da instrucción de que los lea o no, hablaban de renovación de la póliza", diciéndonos el testigo Don J

, " que es hermano de M , que la firma tuvo lugar en 2008, trabaja de comercial, el no hizo nada de bancos, pasó por el Banco con su hermana por que le dijo que tenía que hacer un seguro para la seguridad del Euribor, su hermana solo fue a firmar al banco, firmó en cinco minutos, era un seguro para asegurar la subida del Euribor, que la firma tuvo lugar en la oficina del Bankinter, que era por la tarde y coincidió porque iba con ella, no porque fuera con ella a firmar nada, que tardaron cinco minutos, que no sabe con que bancos trabajan", diciéndonos el testigo Don J el cual declaró a instancia de la demandada " que es empleado de Bankinter y que no intervino en la comercialización de los productos, sólo cuando llegaron las liquidaciones negativas fue cuando recibió las quejas, afirma que se entrega el contrato y lo normal es que se lea, constándole que ellos sabían lo que era y lo que hacían, que se trata de dos contratos distintos, son independientes, buscan financiación." y la testigo perito Doña Belén Rodríguez Fernández nos explica " que desde el año 2004 este tipo de productos es de general aplicación no solo en Bankinter, que hasta estos momentos no ha habido reclamaciones, ahora si y que se debe a que desde 2004 los tipos han ido subiendo y las liquidaciones fueron positivas, cuando bajan hay liquidaciones negativas es cuando la cosa cambia, se tratan los contratos objeto de litis de permutas financiera, si lo contrata alguien con endeudamiento es una cobertura de tipos de interés, respondiendo a la actora que trabaja en Bankinter desde el año 93 y que da cursos de formación profesional y videoconferencias, que los clientes lo conocen perfectamente, que son contratos relativamente sencillos para una persona con endeudamiento, la

formula de cancelación como tal no aparece en el contrato, hay que calcularla en el mercado ya que no se sabe como pueden estar los tipos en el futuro, el cliente contrata para estabilizar los costes financieros, Bankinter es un intermediario, Bankinter gana un margen inicial como en cualquier otro contrato bancario, insiste en que se trata de una permuta financiera si los tipos suben liquidaciones positivas, si bajan liquidaciones negativas, puede ser un producto especulativo si no hay endeudamiento, si hay endeudamiento no, el nominal lo elige la empresa, el tipo de interés lo determina el mercado, no hay "desequilibrio", la demandada por otro lado ha renunciado a la prueba interesada en la audiencia previa cual era la declaración de la legal representante de la empresa y con la que se dice por la entidad bancaria se hacían las gestiones y conocía perfectamente el contenido y el alcance de los contratos litigiosos, entendemos que ello es únicamente debido a que su declaración le perjudicaría claramente, tampoco han declarado ni sido propuestos como testigos el resto de directores o empleados de la entidad bancaria que llevaron a cabo la contratación de los otros contratos, lo cual hubiera sido esclarecedor a los efectos, corroborando dichas declaraciones, a nuestro juicio, lo ya expuesto y que efectivamente concurrió error en la actora por falta de la debida información, buscando siempre el banco la iniciativa en los contratos, en sus cancelaciones y en sus sustituciones por otros con distintas condiciones que el elaboró y presentó a la firma del cliente asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del clientes, colocándose el Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio, siendo evidente que el banco ostenta su propio interés en el contrato, en la elección de los tipos de interés aplicable 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, lo cual obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euríbor), estas previsiones y ese conocimiento previo del mercado que sirve a un pronóstico más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión con la nota de la aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar, limitándose la información sobre el riesgo a advertencias insuficientes pues sólo ilustran sobre lo obvio como lo es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial, sin que pueda ser válido que el cliente se limite a dar su consentimiento a ciegas, fiado de 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 las posee, por lo que la falta de una información precisa, que la entidad no ha acreditado de la prueba de la que se ha servido en autos ofreciera, correcta y adecuada y que éste estaba obligado a proporcionar, acerca de los productos clips Bankinter suscritos por la actora, así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por la misma, llevando la entidad bancaria siempre la iniciativa y no informando al cliente de los elementos esenciales del contrato, firmando el cliente a su sugerencia, confeccionando los contratos y sometiéndolos a su firma, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia del error excusable en la actora sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, siendo especialmente relevante la desinformación, incluso, tras una lectura detenida de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad, precio de cancelación y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada, estando en la creencia la actora de que lo contratado siempre fue un seguro contra la subida de los tipos de interés y posteriores renovaciones, desconociendo incluso que tuviera dos contratos distintos vigentes, sin que el hecho de que no interese la nulidad de los dos primeros contratos, debido a que no le produjeron perjuicios, signifique que conocía lo que estaba contratando e implique el conocimiento de los posteriores y sus consecuencias, ni impida interesar su nulidad, ni tampoco significa, a nuestro juicio, su conocimiento el hecho de que alguna liquidación positiva se produjera en la cuenta de la actora porque dichos abonos, insignificantes, por otro lado, desconocía el actor porque o en base a que se producían ni impida la pretensión que se postula, procediendo, por lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

TERCERO.-En cuanto a costas, artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la estimación de la demanda total procede que las causadas a la demandada se le impongán.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO.

Que estimando la demanda formulada por DON JUAN RAMON SUAREZ GARCIA Procurador de los Tribunales en nombre y representación de S.L., contra BANKINTER S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:

-Debo declarar la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS firmado entre las partes el día 27 de marzo de 2006, por haber existido en su formación vicios del consentimiento, condenando a la entidad financiera BANKINTER S.A. a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización, devolviendo la mercantil

S.L. las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera y la entidad financiera devolver las cantidades detraídas de la cuenta bancaria de S.L.

- Debo declarar la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS firmado entre las partes el día 7 de octubre de 2008, por haber existido en su formación VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, obligando a la entidad financiera BANKINTER S.A. a retrotraer el saldo a fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización , devolviendo la mercantil

S.L. las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, y la entidad financiera devolver las cantidades detraídas de la cuenta bancaria de S.L.

-Debo condenar en costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que podrán preparar frente a la misma recurso de apelación en el plazo de los cinco días siguientes, al de su notificación, en este juzgado.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias, dejándose testimonio suficiente en autos.



Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 226 de la L.O.P.J. y 212 de la L.E.C. **DOY FE.**

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

