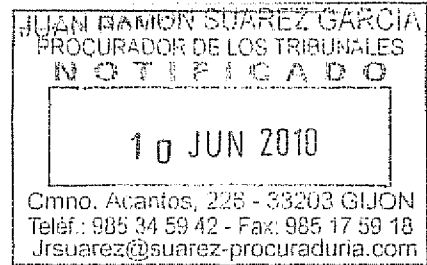




**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11
GIJON**

SENTENCIA: 00116/2010



SENTENCIA

En Gijón, a 8 de Junio de 2.010.

Vistos por Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Gijón, los autos correspondientes al juicio ordinario N° 671/09, en ejercicio de acción de nulidad contractual, instados por "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L.", representada en juicio por el Procurador D° Juan Ramón Suárez García y defendida por el Letrado D° Marcelino Tamargo Menéndez, contra "BANKINTER, S.A.", representado por la Procuradora Dª Marina González Pérez y asistida técnicamente por el Letrado D° Jaime Guerra Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Procurador de los Tribunales, D° Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L. (PREFAHERMES)", se formuló, en fecha 7 de Julio de 2.009, demanda de juicio ordinario contra "BANKINTER, S.A.", en la que ponía de manifiesto la suscripción con la demandada de una póliza multilínea de descuento para atender los pagarés y letras de los clientes, y de una línea de crédito por importe de 50.000 euros, así como, ante la insistencia de la entidad de crédito, de un contrato de gestión de riesgos financieros que, en realidad, no había sido ofertado como tal sino como un contrato de seguro que protegiera a la actora de las subidas del euríbor, y que provocó, cuando se instó la cancelación de la póliza de descuento y de todos los productos vinculados, la negativa previa de la demandada a la cancelación del contrato de gestión de riesgos financieros, y posteriormente, el cargo en la cuenta de crédito del importe de la cancelación, en cuantía de 9.121,48 euros; por ello, y ante la existencia de un vicio en el consentimiento prestado por la demandante a la operación, que dimanaría del carácter equívoco de la oferta realizada, de la falta de la debida información suministrada por la entidad de crédito sobre las características del mismo, y de la ausencia de una constatación por parte de ésta de la idoneidad de la actora para la formalización de tal contrato, suplicaba a este Juzgado que, previa la admisión a trámite de la demanda, se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros concertado entre las partes el día 30 de Abril de 2.008, condenando a la demandada a retrotraer el saldo a la fecha anterior a la liquidación y a deshacer los efectos del producto desde el día de su formalización, con devolución por la actora de las cantidades ingresadas como consecuencia del mismo; o



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

subsidiariamente, la declaración de nulidad de las cláusulas de las condiciones particulares del contrato sobre determinación de su cuantía y sistema de liquidación, condenado a la demandada a re-calcular cada uno de los importes objeto de liquidación mediante una fórmula válida para su cómputo y sobre la base de la cuantía de 50.000 euros firmada para la línea de crédito; y todo ello, con expresa imposición de las costas del procedimiento.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, y teniéndose por parte al indicado Procurador en la referida representación, se dio traslado de la misma al demandado, "BANKINTER, S.A.", para contestación, en la que negaba la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante, en primer lugar, por la propia condición de la entidad actora como una mercantil con implantación en el ramo de la construcción y el amplio conocimiento de los mecanismos e instrumentos financieros que ostentaba la persona con la que se mantuvieron contactos para la firma del contrato; y en segundo lugar, por los claros términos del contrato, denominado de "gestión de riesgos financieros", sin alusión alguna a un seguro o a los elementos característicos de éstos, tales como la prima o los riesgos objeto de cobertura, tratándose, por tanto, de una permuta financiera de tipos de interés, en cuyo clausulado se establecían de forma comprensible los tipos a abonar por cada una de las partes, así como su compensación y la posibilidad de saldos negativos en perjuicio del cliente, y también la existencia de riesgos derivados de la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, y la facultad de la entidad de crédito de repercutir al cliente, en caso de cancelación, los gastos en que aquélla pudiera haber incurrido; por todo ello, y tras poner de manifiesto que la alegación de error en el consentimiento solo se verificó cuando se computaron pérdidas para la actora como consecuencia del contrato, suplicaba la desestimación total de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

Y asimismo, formulaba reconvencción, en la que, sobre la base de la resolución unilateral del contrato por la actora y el saldo deudor derivado de la liquidación por el importe de la cancelación, suplicaba que, previa la admisión a trámite de la demanda reconvenccional, se condenara a la actora al pago de la cantidad de 10.096,97 euros, más los intereses legales y las costas causadas por la reconvencción.

TERCERO. De la reconvencción se dio traslado a la demandante para contestación, en la que procedió a reiterar los argumentos ya expuestos en la demanda inicial, y específicamente, que el producto que la actora creía hallarse contratando no era una permuta de tipos de interés, sino un seguro para cubrir las subidas del euríbor; por lo que, tras oponerse a la liquidación efectuada, al no constar la fórmula empleada para su cálculo, suplicaba la desestimación de la demanda reconvenccional, con expresa imposición de costas a la reconviniente.

CUARTO. En fechas 26 de Enero y 6 de Abril de 2.010, se procedió a la celebración de la Audiencia Previa al juicio, en la que, ante la falta de avenencia de las partes sobre la cuestión objeto del presente litigio, se instó la prosecución del acto, y tras la fijación por las partes de los hechos

objeto de controversia, éstas propusieron las pruebas necesarias para su defensa, siendo admitidas las declaradas pertinentes y útiles, señalándose para la celebración del juicio el día 3 de Junio de 2.010.

QUINTO. En el acto del juicio, se practicó la prueba admitida y declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes formularon sus respectivas conclusiones, siendo declarado el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Acción ejercitada.

Ejercitada en la demanda rectora de este procedimiento una acción de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros concertado, en fecha 30 de Abril de 2.008, entre la entidad demandante, "PREFAHERMES", y la entidad de crédito "BANKINTER, S.A.", denominado "Clip Bankinter Flexiplus 5", dicha pretensión se ampara, desde una perspectiva jurídica, en los preceptos del Código Civil reguladores de los vicios del consentimiento, el general contenido en el artículo 1.265 C.C., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", así como el específicamente regulador del error, disponiendo el artículo 1.266.1 C.C. que "para que el error invalide el consentimiento, deberá 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"; preceptos que han sido desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de mantener que son tres, por tanto, los requisitos necesarios para su apreciación (S.T.S. de 23-VII-01, 10-II-00, por solo citar algunas de las más representativas):

a) Que sea esencial, porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y especialmente, de la que, de manera primordial y básica, motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable al que lo padece y alega.

c) Que sea excusable, es decir, que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

En definitiva, en la conceptualización del error como vicio del consentimiento, se parte de que lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no se corresponde con la realidad, de forma que la ignorancia o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Es sobre la base de tales elementos sobre la que se sustenta la acción ejercitada por la entidad demandante, alegando, ya desde un punto de vista fáctico, el carácter complejo del contrato y la omisión en el mismo de algunas de sus características esenciales, así como la deficiente información recibida de la entidad en orden a los riesgos que pudiera generar la operación en sí; frente a la cual, por la entidad demandada se niega de modo radical tal pretendida

comercialización defectuosa del producto ofertado y el defecto de información aducido de contrario, alegando esencialmente el perfecto conocimiento de la demandante sobre dicho producto, al tratarse de un sujeto experimentado en tal tipo de operaciones, habiéndosele sido suministrada la información precisa para la adopción de la decisión sobre la suscripción de la operación con plenitud de conocimiento.

SEGUNDO. Naturaleza del contrato.

Sentados así los términos del debate, el examen de la controversia debe partir del propio análisis del contrato concertado. Y a este respecto, el contrato litigioso suscrito por la entidad actora y el Banco demandado, tal y como admitían ambas partes sin que surgiera discusión sobre dicho particular, reúne las características de un contrato 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.

Cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Y 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 aleatoriedad es también una característica resaltable de tal clase de contratos.

Tal circunstancia adquiere especial relevancia por cuanto que, con independencia de la posible motivación que pudiera conducir a la suscripción del contrato, a cuyo respecto por D^a Belén Rodríguez Fernández, Directora Técnica de coberturas de tipos de interés de "BANKINTER", se reseñó que la finalidad que puede perseguirse con la contratación de dichos productos puede responder a un estímulo de índole meramente especulativo, mas no en el presente caso, en el que venía relacionado con el riesgo financiero general de la empresa y tenía por objeto la estabilización de tal riesgo y posibilitar 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, en cualquier caso, lo realmente trascendente a los efectos que nos ocupan es que, tal y como puso de relieve el perito de la actora, D^o Cristóbal Verdú Nido, en su dictamen de 25 de Enero de 2.010 (aportado con antelación a la Audiencia Previa al juicio), la vinculación de sus efectos a las alteraciones que pudiera sufrir el tipo de interés tomado como referencia necesariamente conlleva un riesgo de generación de perjuicios para el contratante, que resulta incierto en función del mayor o menor grado de alteración que sufra aquél.

TERCERO. Aplicabilidad al contrato de la normativa "MIFID".

Tratándose de un contrato atípico, y a pesar de la ausencia, por tanto, de una específica regulación legal sobre el mismo, ello no obstante, nuestro ordenamiento jurídico no es en absoluto desconocedor de tales productos o contratos, existiendo diferentes cuerpos normativos que, si bien no establecen la regulación de tal modalidad contractual, sí imponen requisitos y pautas de comportamiento para las entidades que procedan a su comercialización. Y en este sentido, ya el antiguo artículo 2.b) de la Ley 24/88, de 28-VII, de Mercado de Valores, venía a incluir dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encontraban los contratos de permuta financiera de tipo de interés, al señalar que "quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley...: b) los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no". Y en similar sentido, la actual redacción del precepto, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 47/07, de 19-XII, determina igualmente la inclusión en el ámbito de aplicación de tal cuerpo legal, en su Apartado 2º, de los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo".

La incardinación de este tipo de contratos dentro de la normativa del Mercado de Valores, y la constatación de la existencia de riesgos a la inversión realizada, tal y como se desprende de la propia mecánica del contrato y se advirtió por el perito de la actora en el Apartado 5º de su dictamen, ya de por sí habría de habilitar para predicar la operatividad en el presente caso del conjunto de medidas tuitivas de los derechos de los clientes de los servicios de inversión que se incluyen en la misma.

Sin embargo, y dado que, por el contrario, sí se suscitó controversia sobre la posible extensión de dicha normativa, y muy especialmente, de la protección que a este tipo de clientes otorgan los artículos 78 y ss. L.M.V., y los consiguientes deberes de verificación de idoneidad y conveniencia para la suscripción de este tipo de productos, resulta menester en este punto efectuar algunas consideraciones.

A este respecto, por el Letrado de la entidad demandada se sostenía la inaplicabilidad de tal normativa, introducida por la Directiva Comunitaria 2004/39/CE y denominada comúnmente "MIFID", sobre la base del comunicado conjunto emitido en fecha 20 de Abril de 2.010 por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre "delimitación de competencias en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura", en el que se procede a desglosar las competencias de cada una de estas

entidades en el conocimiento y supervisión de reclamaciones, y que viene a señalar, con carácter general que, "aun cuando la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la C.N.M.V., sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriidad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como "parte de ellos".

Dicha comunicación conjunta, sobre la base del artículo 79 ter L.M.V., que establece que "lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información", estima que esta norma remite a la aplicación de las normas de conducta propias de las entidades de crédito en lo que se refiere a información y valoración de riesgos de los clientes, pues el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado sea un producto bancario, supone que el cliente, a la hora de ser informado del producto ofertado y de la valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente de servicios bancarios y no de inversor, ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con el objeto de minorar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas.

Sin embargo, con respecto al criterio mantenido por ambas entidades, que parecería hallarse en consonancia con el expuesto por la demandada en relación a la inaplicación de la normativa "MIFID" al caso que nos ocupa, sobre la base de su alegación de que el producto se contrató con la finalidad de estabilizar el riesgo financiero general de la empresa, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

En primer término, no puede sino ponerse de manifiesto el carácter meramente orientativo del criterio expuesto por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, máxime cuando tal criterio se ve expuesto en un mero comunicado y no en una Circular de tales organismos; así como la finalidad de tal comunicado, el cual no es pronunciarse propiamente sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, sino establecer una delimitación competencial entre ambas entidades a la hora de residenciar las reclamaciones que se les efectúen por tales productos.

Y en segundo lugar, y con independencia de la veracidad o falsedad de la afirmación tendente a vincular el contrato con el riesgo financiero de la actora (pues es precisamente la negación de tal hecho y el error acerca de la esencia del contrato lo que se discute en el presente procedimiento), en cualquier caso, y sin entrar a valorar dicha circunstancia, lo que se efectuará en los ulteriores Fundamentos Jurídicos de la presente resolución, es el propio comunicado anteriormente aludido el que permite descartar la restricción del supuesto sometido a enjuiciamiento al estricto ámbito de la normativa bancaria; y ello por cuanto que precisamente en su Apartado 6º se establece específicamente que, "si bien todos los supuestos analizados se refieren a vinculaciones

entre un producto bancario y un derivado, ello no es obstáculo para que las reglas de competencia resulten aplicables a casos en que un único derivado se encuentra vinculado a dos o más productos bancarios, siempre y cuando todos los productos hayan sido comercializados por una misma entidad, debiendo en este supuesto analizarse cada caso de manera concreta, de suerte que sólo en aquellos en que se aprecie una clara vinculación, bien por referencia expresa, bien por reconocimiento mutuo, bien por coincidencia entre momentos de cancelación de todos ellos, o bien como conclusión de un análisis conjunto de los productos, la competencia para supervisar su comercialización y resolver las reclamaciones corresponderá al Banco de España".

Es desde este punto de vista desde el que debe ser examinado el régimen jurídico aplicable al presente caso, y desde el que, sin duda, y a la vista de las propias alegaciones de la entidad demandada, debe ser residenciada la polémica suscitada dentro del ámbito de la normativa reguladora del Mercado de Valores. Así, ya en un primer momento resulta contradictorio que por la entidad demandada se procediera al cumplimiento de las prescripciones contenidas en el artículo 78.bis.1 L.M.V., al proceder a la calificación de la entidad demandante como "minorista" en los diversos contratos bancarios de cuenta corriente y de descuento multilínea (Doc. N° 1 y 2 de la demanda, en la primera página de cada uno de los mismos), y ello, tal y como reconocen los propios documentos, "a los efectos de la nueva normativa aplicable en materia de comercialización de productos financieros (Directiva 2.000/39/CE)"; lo cual ya supone por sí mismo un acto propio de asunción de la aplicabilidad de la normativa cuya virtualidad ahora se niega.

Pero es que, además, es precisamente el basamento de la tesis de la demandada respecto a la motivación para la suscripción del contrato, la estabilización del riesgo financiero general de la actora, no solo con relación al mantenido con "BANKINTER", sino, antes al contrario, el general de la empresa con todas las entidades crediticias con las que operaba, lo que permite descartar tal pretendida inaplicación de la normativa del Mercado de Valores. En efecto, a tales efectos, por la demandada se aportaba a la contestación a la demanda un documento de la "Central de Riesgos del Banco de España, CIRBE" (Doc. N° 2), en el que trataba de justificar que, si bien el riesgo financiero mantenido con "BANKINTER" era muy inferior al importe nominal del contrato de gestión de riesgos financieros, en cualquier caso, su riesgo financiero general era similar al nominal del contrato, habiendo servido dicho dato para su fijación. Pero, siendo ello así, e incumpléndose, por tanto, el requisito de que "todos los productos hayan sido comercializados por una misma entidad", que impone el Apartado 6° del comunicado, tal circunstancia necesariamente ha de implicar que deba descartarse toda duda sobre la incardinación del contrato en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores y sobre la aplicación de la protección que, a los clientes de los productos de inversión que se incluyen en su ámbito de aplicación, le otorga aquélla.

CUARTO. Régimen jurídico del contrario: normativa bancaria.

Delimitado, en el sentido anteriormente expuesto, la tipología del producto a que se contrae el objeto contractual, y entrando ya en el análisis de la concreta acción ejercitada, ya indicados en el Fundamento Jurídico Primero de la presente resolución los requisitos y elementos configuradores de la misma, es cierto que, tal y como ponía de manifiesto el Letrado de la entidad demandada en su informe de conclusiones, alegado un vicio del consentimiento, dicha alegación no puede desvincularse de las reglas generales sobre la carga de la prueba, prescritas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, en sus apartados 2º y 3º, establece que "corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", e "incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".

Pero, aún siendo ello así, tal distribución de la carga probatoria se ha de coherer con las peculiaridades que dimanar del singular amparo y protección que los clientes de entidades de crédito ostentan frente a éstas en el ámbito de la contratación bancaria, de tal modo que en sus relaciones contractuales los clientes puedan obtener la tutela que el principio de transparencia bancaria impone tanto en la fase precontractual como en la propiamente contractual, al tiempo de su formalización. Y en este sentido, ya la Ley 26/88, de 29-VII, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, y con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, con carácter general sentaba 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.

QUINTO. Régimen jurídico del contrario: normativa del Mercado de Valores.

Siendo éste el extenso ámbito de protección que ya la normativa bancaria otorga, a ello ha de agregarse la incardinación del contrato de referencia en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores, tal y como se reseñó previamente, y en consecuencia, el deber de probanza que incumbe a la entidad de crédito contratante, tanto respecto a la información sobre los términos del contrato, como con relación a la idoneidad del contratante para su suscripción, tal y como se deduce de la legislación vigente en la materia.

A este respecto, la Ley 24/88, de 28-VII, del Mercado de Valores viene a exigir en sus artículos 78 y siguientes a cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, una serie de normas de conducta, entre las que específicamente incluye, en su artículo 79, las de comportarse "con diligencia y transparencia en interés de sus

clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios"; y en su artículo 79.bis.3, las de proporcionar a "los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión..., y sobre los gastos y costes asociados, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"; clarificando además, el concepto de "cliente potencial" al considerar como tal a "aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes".

En desarrollo de las previsiones contenidas en la citada Ley, el Real Decreto 629/93, de 3-V, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, ya vino a disciplinar en su momento un código general de conducta de los mercados de valores, cuyo artículo 5 incluía, como reglas de comportamiento a observar más destacables en relación al aspecto atinente a la información a los clientes, que "las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos" -Apartado 1º-; 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" -Apartado 3º-.

Y dicha regulación inicial y primaria se ha visto plenamente ratificada y ampliada por el actual Real Decreto 217/08, de 15-II, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás Entidades que prestan Servicios de Inversión, que procedió a derogar el anterior y que viene a establecer prescripciones similares en orden a garantizar la información debida al cliente al tiempo de la contratación de este tipo de productos financieros, y la verificación previa de la idoneidad del cliente para el mismo, siendo especialmente destacables en este punto los siguientes preceptos:

a) Artículo 73. Test de conveniencia: "Las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán 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".

b) Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia.

"A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del

servicio a prestar, y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

1.- Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

2.- La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

3.- El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

Y determinado, por tanto, y en el sentido anteriormente expuesto, el régimen jurídico al que habría de someterse el contrato sometido a enjuiciamiento, al mismo habrá de agregarse, por último, y dada su especial importancia, el contenido del inciso final del artículo 73 antes transcrito parcialmente, que dispone expresamente que "la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional"; lo que, en cierta medida, viene a corroborar las manifestaciones del perito de la actora en el sentido de que este tipo de productos financieros anteriormente solo eran objeto de comercialización a grandes entidades, dada su complejidad, y "a contrario sensu", necesariamente ha de implicar el surgimiento de un específico deber u obligación a cargo de la entidad de crédito de recabar la información necesaria sobre las características, conocimientos y experiencia de sus clientes calificados minoristas, como ocurre con la demandante, a efectos de ofertarles productos del tipo del que ahora nos ocupa.

SEXTO. Comercialización del contrato.

Es desde este punto de vista desde el que, a continuación, debe entrarse a valorar y analizar la operativa para la contratación de tal producto financiero, y el cumplimiento durante la misma del pertinente deber de información que incumbía a la entidad de crédito y a sus empleados acerca del producto a contratar. Y en este sentido, no puede sino resaltarse la manifiesta ausencia de prueba en orden, tanto a la averiguación de las características particulares del cliente que permitieran discernir su idoneidad para la contratación del producto, como a la prestación de la necesaria información que debía haber suministrado la demandada a fin de que el cliente, ahora demandante, pudiera haberse formado una correcta representación del producto que se le estaba ofertando, posibilitando así que su toma de decisión fuera enteramente consciente.

Tal incumplimiento de los deberes antes mencionados ya se muestra patente ante la falta de aportación por la demandada de todo tipo de elemento documental que permitiera acreditar la realización de tal tarea de valoración previa, necesaria para la formalización del contrato; no resultado plausible tratar de justificar dicha circunstancia con la mera declaración testifical de D^o José Luis Sainz González, empleado de "BANKINTER", que fue la persona que informó personalmente a la demandante sobre las características del producto y que puso de manifiesto el proceso de su

comercialización. Pero es que, además, centrándonos en este momento en la cuestión atinente al deber de información sobre las características del producto, y dejando a un lado la problemática relativa a las condiciones particulares del cliente, a las que nos referiremos posteriormente con relación al tema de la posible excusabilidad del error, el testimonio anteriormente referenciado, lejos de coadyuvar a sustentar la tesis de la entidad demandada en relación a la correcta y amplia información facilitada, viene a desvirtuar de manera indiciaria tal hipótesis.

Así, habiendo resaltado D^o José Luis Sainz González que la presentación y el ofrecimiento del producto financiero se verificó en las propias oficinas de "BANKINTER", en las diversas reuniones que mantuvo con D^a Susana Iglesias Morales, legal representante de "PREFAHERMES", y que la información ofrecida del mismo se extendió a los diferentes folletos informativos existentes en relación a aquél, tal afirmación contrasta de modo notorio con el hecho de que por la entidad de crédito demandada no se aportara a las actuaciones ningún tipo de información o folleto de los presuntamente utilizados para la explicación del producto que permitiera contrastar la extensión de dicha información y si la misma podía ser calificada como suficiente a los efectos de que la actora tomara un conocimiento real del producto ofertado.

Antes al contrario, frente a tal palmaria omisión probatoria, lo único que consta en las actuaciones sobre este extremo es precisamente el folleto informativo adjuntado a la demanda junto al escrito de queja que por parte de la actora se remitió, en fecha 4 de Junio de 2.009, al Departamento de Atención al Cliente de "BANKINTER, S.A." (Doc. N^o 16); documento que no fue impugnado por la demandada y cuyo tenor no puede sino calificarse, cuando menos, de equívoco.

En efecto, y aún siendo consciente este Juzgador de la mera consideración de tal folleto como publicitario y no como una oferta propiamente dicha, dado su carácter genérico, y en consecuencia, de la falta de vinculación de sus concretos términos al contrato ulteriormente concertado, no pudiendo considerarse como una verdadera y propia parte del mismo, tales consideraciones en cualquier caso no han de obviar asimismo la exigencia que para tal publicidad impone el artículo 79.bis.2 L.M.V., que determina que "toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa". Y es que no debe olvidarse la trascendencia del carácter y los términos de la publicidad con la que el producto financiero es objeto de comercialización, y en su consecuencia, la influencia que su contenido puede desplegar sobre la cuestión que aquí nos ocupa, cual es la correcta o incorrecta representación por parte de la actora de la realidad acerca de lo que se le ofertaba y se le proponía contratar, Y en este sentido, no cabe duda de que la utilización de expresiones tales como "una alternativa de cobertura para el endeudamiento a tipo de interés variable", "un seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de tipos de interés" y la mención a su naturaleza como "instrumento no especulativo" en modo alguno contribuyen a otorgar claridad al producto contratado; publicidad ciertamente ambigua en cuanto al producto al que la misma se refiere y que, al no haber sido acreditada la subsanación de

tal ambigüedad durante los concretos y específicos tratos pre-negociales mantenidos entre las partes, en los términos anteriormente expuestos, se configura como un elemento nuevamente determinante en acreditación de la existencia del error denunciado.

SÉPTIMO. Contenido del contrato.

No pudiendo sino calificarse de insuficiente la comercialización anteriormente examinada, en orden a la adquisición por el cliente de un perfecto conocimiento del producto contratado, deficiencias similares, y con idénticas consecuencias, habrán de predicarse en cuanto al contrato en sí, su redacción y clausulado, el cual, por un lado, adolece de imprecisión sobre las condiciones del mismo y las consecuencias que su desarrollo pudiera generar en el cliente, y por otro, omite extremos que no pueden ser calificados como meramente accesorios o secundarios, sino como esenciales a los efectos de conformar una verdadera voluntad contractual.

En este sentido, y frente a las alegaciones de D^a Belén Rodríguez Fernández, en relación a la aparente claridad expositiva del contrato, ya la propia terminología utilizada para denominar el modelo contractual, de "gestión de riesgos financieros", omite la necesaria referencia al objeto real del contrato, de permuta de tipos de interés. Y un somero examen de su tenor literal permite advertir la utilización en el mismo de términos genéricos que imposibilitan un conocimiento exacto de los derechos y obligaciones que el mismo pudiera generar y de las consecuencias que pudiera reportar su desarrollo. Así ocurre, por ejemplo, con la mera referencia en su Expositivo II a la asunción de un riesgo por el cliente, derivado de elementos tales como "la volatilidad o la evolución de los tipos de interés", sin especificar en qué hayan de consistir tales riesgos ni su entidad; o al hecho, descrito en las Cláusulas 5^a y 6^a, de que la cancelación determinará un resultado económico en función de "las condiciones del mercado" al tiempo de la solicitud, o de que tal resultado, en el supuesto de cancelación anticipada, podría verse minorado por el "coste o perjuicio" que tal cancelación le reportara a la entidad de crédito; términos todos ellos faltos de concreción y que, por otro lado, se compaginan mal y pueden inducir a confusión en contraste con la referencia que tal Expositivo II efectúa a la posibilidad de "reducir o anular el beneficio económico esperado por el cliente", sin añadir también la posibilidad de generar pérdidas como consecuencia del mismo, lo que indiciariamente coadyuvaría a la creencia de la contratación de una mera cobertura de tipos de interés en que afirmaba haber incurrido la demandante.

Y del mismo modo, tampoco puede admitirse la pretendida similitud en cuanto a claridad expositiva con otras operaciones contractuales concertadas por la actora, como la línea de descuento; alegación que contrasta abiertamente con la explícita consignación en el contrato que documentaba esta última (Doc. N^o 2 de la demanda), si bien que inmersa en el global de un clausulado de más de cincuenta páginas, de la fórmula de cálculo del vencimiento medio ponderado -página 28-, y de los intereses devengados en liquidación -página 52-, detallando los conceptos a que aludían cada una de las menciones de las respectivas fórmulas. Por el contrario, nada

de esto se incorporaba al contrato de gestión de riesgos financieros, mas allá de la expresión de los tipos de interés a aplicar en la permuta, la posibilidad de liquidaciones positivas o negativas para el cliente, o que la cancelación pudiera implicar el genérico "coste" antes mencionado en función de las condiciones de mercado.

Es por ello que en este punto, resultó especialmente relevante el dictamen pericial elaborado por D^o Cristóbal Verdú Nido, ya que procedía a detallar las reglas de cálculo tanto con relación a las liquidaciones trimestrales como con respecto al supuesto de cancelación anticipada, y revelaba la omisión de las mismas del contrato de referencia. Y siendo evidente la ausencia de tales reglas de cálculo en el contrato, y habiendo sido incluso admitida de manera incidental tal omisión por parte de D^o José Luis Sainz González, frente a ello nuevamente han de considerarse insuficientes las explicaciones vertidas por éste en relación a la subsanación de tal omisión mediante la mera información verbal y presencial que sobre este particular ofreció al cliente, realizando conjuntamente diversos ejemplos de liquidaciones trimestrales para que pudiera comprender la operatividad del contrato; máxime cuando existían parámetros de cálculo que podían haber sido suministrados al cliente en la fase pre-contractual para un mejor estudio y conocimiento de los riesgos a asumir.

Y siendo ello así, tanto una como otra circunstancia, la falta de precisión sobre determinados aspectos del contrato, por un lado, y la completa omisión de otros elementos, por otro, ponen de manifiesto nuevamente una notoria insuficiencia en cuanto a la debida información que, sobre las consecuencias y obligaciones que podían derivarse de la suscripción, habría de desprenderse del contrato, y que habría de ser suministrada, por tanto, también en la propia fase contractual; no pudiendo estimarse correctamente formada la voluntad contractual cuando se omiten o no se precisan elementos del contrato, que impiden obtener una conciencia real de la entidad del riesgo que se puede llegar a asumir al contratar.

OCTAVO. Alegaciones de "BANKINTER, S.A." sobre la inexistencia de error.

Frente a todo ello, por la demandada se postulaba la inexistencia de error alguno de la actora al tiempo de formalizar el contrato sobre la base de dos circunstancias de diferente naturaleza, ninguna de las cuales puede ser admitida: por un lado, la ausencia de toda queja mientras el contrato reportaba beneficios a la actora, siendo solo tras la primera liquidación negativa cuando surgió la voluntad de cancelación y el pretendido error padecido de contrario; y por otro, el hecho de que el capital nominal del contrato coincidiera con el riesgo general de la empresa, consignado en el certificado "CIRBE" adjuntado a la demanda.

En cuanto a la primera de tales afirmaciones, si bien es cierta la falta de protesta por parte de la demandante durante las primeras liquidaciones verificadas, también lo es que tales liquidaciones positivas son ciertamente de mínima entidad, ascendiendo la primera de ellas, de 14 de Agosto de 2.008, a 105,80 euros, y la segunda, de 14 de Noviembre, a 161,51 euros, y que los reparos no surgen coincidiendo con la liquidación negativa ulterior, de 16 de Febrero de 2.009 y

por importe de 142,57 euros, sino muy posteriormente, sin que por el mero contraste de las fechas de tales liquidaciones pueda establecerse un enlace preciso entre las mismas y la voluntad cancelatoria de la demandante que permitiera sustentar, de modo indiciario y en los términos exigidos por el artículo 386 L.E.C., la tesis de la demandada. Y junto a ello, asimismo resultan relevantes a la hora de descartar tal pretendida vinculación de la alegación del error con la vicisitudes negativas del contrato para la actora, los actos posteriores a la decisión de cancelación, ya que, constituyendo aquéllos un criterio interpretativo de vital importancia en aras de valorar la voluntad contractual de las partes, tal y como señala el artículo 1.282 C.C. cuando dispone que "para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato", ya en la primera comunicación de la actora a la entidad de crédito, de 6 de Mayo de 2.009 (Doc. N° 9 de la demanda) se reiteraba el coste gratuito de cancelación que le había asegurado el banco, pese a no conocer todavía el concreto perjuicio económico que la cancelación podía irrogarle, el cual no consta cuantificado hasta la comunicación de "BANKINTER, S.A." del día siguiente (Doc. N° 8).

De otro lado, y por lo que respecta a la fijación del capital del contrato en función del riesgo financiero general de la empresa, habiéndose tratado de acreditar tal circunstancia mediante la aportación a las actuaciones del documento "CIRBE", y con independencia de la impugnación que de tal documento efectuó el Letrado de la actora en la Audiencia Previa, lo cual no impide su valoración de conformidad con el artículo 326 L.E.C., lo cierto es que, en primer término, no constan las fechas y años a que el mismo se refiere, por lo que difícilmente puede ser acogida la pretendida conexión; y aún cuando se admitiera el hecho de que se hubiera tomado dicho parámetro como base de cálculo del capital del contrato, en cualquier caso, su falta de incorporación al documento contractual, ni de forma expresa ni por mera referencia en su contenido, impide estimar probado que la actora fuera consciente de que dicho criterio era el adoptado para fijar el capital nominal, y mucho menos que, por el mero hecho de su plasmación, tuviera un conocimiento real y cierto de toda la mecánica y la operatividad del contrato que firmaba.

NOVENO. Excusabilidad del error.

De conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, y debiendo predicarse necesariamente el carácter esencial, tanto de la deficiente información suministrada por la entidad de crédito sobre el producto a contratar, como de la terminología expositiva que el propio contrato utiliza para su comprensión, al ser ambos fundamentales a la hora de ponderar la bonanza de la inversión y los hipotéticos riesgos que con la misma el demandante se hallaría dispuesto a asumir, frente a ello por la demandada asimismo se alegaba el carácter inexcusable del error en que, en cualquier caso, hubiera podido incurrir D^a Susana Iglesias Morales, en cuanto legal representante de PREFATHERMES y contratante del producto en nombre de la referida entidad.

Y a este respecto, debe resaltarse que, si bien es cierto que el concepto de "error" ha de venir en todo caso matizado

por el de la "excusabilidad", es decir, su inevitabilidad mediante el empleo de una diligencia media o normal, lo que tiene como función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, no lo es menos que, poniendo tales consideraciones en relación con el caso concreto objeto de enjuiciamiento, necesariamente ha de descartarse la pretendida inexcusabilidad de tal error a la vista de los indicios obtenidos de la prueba practicada.

En efecto, procediéndose por el Tribunal Supremo a clarificar el concepto de "excusabilidad del error", ya en su sentencia de 4 de Enero de 1.982, al determinar que "la diligencia ha de apreciarse de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante", asimismo concreta su significado la sentencia de 23 de Julio de 2.001, que señala que "no ha de merecer tal calificativo la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que ha de conllevar a que cada una de ellas deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulte fácilmente accesible"; debiendo valorarse, por ello, la posible contribución de la otra parte a su originación. Y desde este punto de vista, la omisión de la debida información por parte de la entidad de crédito a lo largo de los tratos y negociaciones pre-contractuales que condujeron finalmente a la contratación del producto financiero, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos precedentes, constituye ya de por sí un indicio lo suficientemente vigoroso en orden a justificar, no solo la existencia del error denunciado, sino también y muy especialmente la excusabilidad del mismo, habida cuenta la facilidad y disponibilidad por parte de la entidad de crédito para aportar, por un lado, los elementos de juicio necesarios para una mejor comprensión de los términos del contrato, y por otro, los datos precisos no incorporados a aquél, tales como las precisas fórmulas de cómputo de las liquidaciones trimestrales a efectuar y de las consecuencias de una posible cancelación anticipada, que, pese a ello, ni fueron incorporadas al documento contractual ni consta que fueran puestas en conocimiento de la actora; circunstancia esta última que se ve especialmente corroborada por medio de la documental incorporada al escrito de demanda, y en concreto a través de las diferentes comunicaciones habidas entre las partes a partir de la manifestación de la demandante de su voluntad de proceder a la cancelación del producto, ya que, no constando tal regla de cálculo en el contrato, ni siquiera se suministró la misma cuando la demandada fue requerida para ello, no siendo hasta la comunicación remitida por el Departamento de Atención al Cliente, de 9 de Junio de 2.009 (Doc. N° 16 de la demanda), y ya incluso con posterioridad a la realización de la operación de cálculo del importe de la cancelación, cuantificada y comunicada a la actora mediante misiva de 7 de Mayo de 2.009 (Doc. N° 8), cuando consta la aparición por vez primera en las actuaciones de la concreta fórmula reguladora de las cancelaciones y, en consecuencia, descriptiva de los reales, concretos y específicos riesgos que la demandante se hallaba asumiendo al tiempo de formalizar el contrato.

Ello sentado, por la entidad demandada se sustentaba de igual modo la inexcusabilidad del error en las propias características de la empresa demandante, con amplia experiencia en el ramo de la construcción y, como consecuencia de ello, en el perfecto conocimiento y cualificación que sus gestores habrían de tener de productos financieros como el finalmente contratado, habituales en la dinámica empresarial.

Sin embargo, y por lo que se refiere al extremo atinente a las características y dimensiones de la empresa actora, a los datos que ya aportaba el recibo de liquidación de cotizaciones adjuntado a la contestación a la reconvencción (Doc. N° 22), que revela la dimensión personal de la empresa, poniendo de manifiesto que consta únicamente de seis trabajadores, a ello ha de unirse la propia certificación "CIRBE", que ponía de relieve que el riesgo financiero general de la entidad se limitaba a una cantidad aproximada a 200.000 euros, y ello solo en los datos obtenidos del mes de Diciembre, ya que todas las estimaciones posteriores eran inferiores a 175.000 euros; lo que contrasta con algunas de las sentencias aportadas por la demandada sobre casos similares, como la incorporada en el acto de la vista, en la que la entidad actora disponía de un volumen de negocio de aproximadamente 4 millones de euros.

Y del mismo modo, tampoco pueden estimarse acreditadas las afirmaciones de la demandada en relación al perfecto conocimiento de que, de productos de esta naturaleza, dispondría la persona que contrató el producto, D° Susana Iglesias Morales, circunstancia únicamente amparada, nuevamente, en la declaración de D° José Luis Sáinz González, y no por un concreto conocimiento de tal circunstancia, sino, tal y como él mismo expuso, por la impresión subjetiva que obtuvo de las conversaciones precontractuales con aquella durante los tratos para la concertación de los productos bancarios a la postre contratados; mera impresión subjetiva frente a la cual únicamente consta la titulación académica de D^a Susana Iglesias Morales, de Formación Profesional de Primer Grado, en la rama de Administrativa, unida a la contestación a la reconvencción (Doc. N° 24), la cual en modo alguno garantiza "per se" y sin estudios o conocimientos ulteriores, un posible conocimiento de las vicisitudes y características de productos financieros del tipo que ahora nos ocupa.

En contraste con todo ello, debe recordarse en primer término el incumplimiento en este punto de los artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/08, de 15-II, en relación al trámite concreto y específico de formalización del contrato, y en concreto, su último Apartado -página 2 de las Condiciones Particulares-, en el que, existiendo diversas casillas a rellenar acreditativas del conocimiento del cliente sobre las características del producto y el riesgo asumido con su contratación, por un lado, y de su experiencia en la contratación previa de productos de tal naturaleza, por otro, y señalando el propio documento contractual que el desconocimiento del producto puede hacer no adecuada su contratación, sin embargo, ni siquiera se procedió al cumplimentado de la casilla atinente a la justificación de tal conocimiento.

Y además, esta última circunstancia debe relacionarse necesariamente con el análisis, ya realizado, del único

elemento documental que consta probado como suministrado a la actora para su toma de conocimiento del producto, el folleto publicitario y el carácter ambiguo de su contenido, ya que para apreciar la existencia del error ha de valorarse la expresión publicitaria atendiendo al público destinatario de la misma en cada caso concreto, teniendo en consideración la expectativa que dicha expresión publicitaria presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, ya que la interpretación del correspondiente mensaje y las expectativas que este genere dependerán en buena medida, de las características y experiencias de sus destinatarios.

Siendo ello así, y no existiendo prueba alguna de la posesión por parte de D^a Susana Iglesias Morales de unos especiales conocimientos en este tipo de operaciones, ya teóricos ya adquiridos por la práctica y la experiencia, las circunstancias anteriormente reseñadas sin duda han de redundar y contribuir a la conclusión tendente a la excusabilidad del error; lo cual, por otro lado, resulta plenamente coherente con las manifestaciones vertidas por el perito de la demandante, en el sentido de que tal tipo de productos, generalizados para todo tipo de clientes bancarios en el momento presente, sin embargo, anteriormente únicamente eran concertados con grandes empresas, ya que su funcionamiento, en base a las oscilaciones al alza o a la baja de tipos de interés futuros y de las compensaciones recíprocas de unos y otros, que puede resultar lógico en la propia dinámica de este tipo de contratos tal y como se puso de manifiesto en el Fundamento Jurídico Segundo al abordar su naturaleza, precisamente por ello confieren a la operación un mayor grado de complejidad e incertidumbre sobre sus consecuencias, de difícil comprensión para personas de una formación media y carentes de específicos conocimientos técnicos en materia financiera.

DÉCIMO. Resolución sobre las pretensiones.

Por todo ello, no puede sino concluirse que, concurriendo en el presente caso un error en la prestación del consentimiento por parte de la legal representante de la entidad "PREFAHERMES", al tiempo de formalizar el contrato de gestión de riesgos financieros de 30 de Abril de 2.008, que debe ser calificado de sustancial y excusable, en función de las circunstancias concurrentes y a tenor de las consideraciones anteriormente expuestas, y que impidió la formación de una verdadera voluntad sobre lo que constituía el objeto del contrato, debe procederse a declarar, de conformidad con el artículo 1.300 C.C., la nulidad del contrato, con la consecuencia de la "recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato" que para tal declaración prevé el artículo 1.303 del referido cuerpo legal, que, en el presente caso, se habrá de traducir en la ineficacia de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

Y correlato necesario de tal declaración de nulidad, así como de la restitución de la situación antes declarada, ha de ser la desestimación de la pretensión de reclamación de cantidad ejercitada por la entidad de crédito demandada vía reconvencional, al haberse sustentado ésta en la efectividad

del citado contrato y en las consecuencias de la resolución unilateral del mismo operada por la actora.

DÉCIMO. Costas.

De conformidad con el artículo 394 L.E.C., procede condenar a la demandada reconviniente al pago de todas las costas de este procedimiento, al haber sido íntegramente estimadas las pretensiones de la demanda y desestimadas las de la reconvención.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

1.- La estimación de la demanda formulada por Dº Juan Ramón Suárez García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L.", frente a "BANKINTER, S.A.", declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado "Clip Bankinter Flexiplus 5", concertado entre las partes en fecha 30 de Abril de 2.008; debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato y como consecuencia del mismo, con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato.

2.- La desestimación de la reconvención formulada por Dª Marina González Pérez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de "BANKINTER, S.A.", absolviendo a la demandada, "PREFABRICADOS DEL HORMIGÓN HERMINIO MARTÍNEZ, S.L.", de las pretensiones contra ella ejercitadas.

3.- La condena de "BANKINTER, S.A." al pago de todas las costas de este procedimiento, tanto las causadas a instancia de la demanda principal como las de la demanda reconvencional.

Notifíquese esta sentencia a las partes.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación; debiendo constituir previamente a la preparación del recurso un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así lo dispongo, Sergio García García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Gijón.