

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

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

Gijón, a 1 de Octubre de 2010.

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

Cliente:	IVAN PRENDES RODRIGUEZ
Contrario:	BANKINTER, S.A.
Juicio:	JUICIO ORDINARIO núm. 46/10
Juzgado:	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10
M/Ref.:	2010/10
S/Ref.:	
Refª cliente:	
NIG:	3302442120100000433

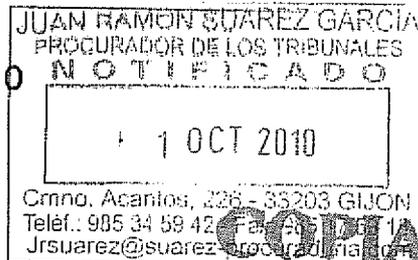
Remito adjunto el último trámite procesal habido en el asunto referenciado, notificado en el día de la fecha y que es el siguiente:

Sentencia de 21-9-10, que estima íntegramente nuestra demanda, con imposición de costas.

Atentamente.

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10
GIJON

SENTENCIA: 00117/2010



PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 46/10

En Gijón, a veintiuno de septiembre de dos mil diez.

El Ilmo. Sr. D. Javier Alonso Alonso, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Gijón, ha visto los presentes autos de juicio ordinario, sobre nulidad de contrato financiero, seguidos con el n° 46/2010, en el que han intervenido, como demandante, don Iván Prendes Rodríguez, representado por el Procurador Sr. Suárez García, asistido del Letrado Sr. Tamargo Menéndez; y, como demandada, la entidad BANKINTER S.A., representada por la Procuradora Sra. González Pérez, asistida del Letrado Sr. Caramés Puentes. Y por ello dicta la presente resolución en razón de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La persona expresada dedujo demanda en la que, tras exponer lo conveniente, terminó solicitando se dictara sentencia condenatoria contra la entidad financiera BANKINTER S.A., en los siguientes términos:

- Se declare la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS firmando entre las partes el día 29 de junio de dos mil siete renovado el ocho de noviembre de dos mil ocho por haber existido en su formación VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, así como cláusulas oscuras en el articulado de sus condiciones particulares, obligando a la entidad financiera BANKINTER S.A. a retrotraer el saldo y a deshacer los efectos del producto desde el día de la formalización; devolviendo D. IVAN PRENDES, las cantidades que fueron ingresadas en su cuenta por la entidad financiera y la entidad financiera devolver a D. IVAN PRENDES las cantidades que sustrajo de su cuenta.

Para ello aducía, en esencia, que concertó con la demandada un préstamo hipotecario al hilo del cual se le ofreció un contrato de seguro destinado a cubrir las posibles subidas de tipos de interés, ocultando con ello que en realidad se trataba de un producto financiero de riesgo a resultados del cual se han realizado liquidaciones en su perjuicio, y en el que, además, se contienen cláusulas perjudiciales y de difícil interpretación.

SEGUNDO. En justificación de lo expuesto aportó documental e informe pericial y se practicó a su instancia el interrogatorio de la demandada y la declaración del emisor de ese informe.

TERCERO. La demandada se opuso, solicitando la entera desestimación de la demanda, para lo que en esencia aducía que el actor fue informado oportuna y claramente de lo que estaba suscribiendo, que no era otra cosa más que un contrato por el que se aseguraba el mantenimiento de una cuota constante en el préstamo hipotecario con el resultado de liquidaciones que podían serle beneficiosas o perjudiciales, asumiendo su contenido mientras ocurrió la primero y pretendiendo desprenderse de lo pactado una vez que varió esa situación.

CUARTO. En justificación de lo expuesto aportó documental e informe pericial y se practicó a su instancia la declaración de dos testigos y la del emisor de ese informe.

QUINTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Son hechos esenciales de los que ha de partirse en la resolución de la presente controversia y que resultan acreditados por los documentos aportados (art. 326.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), los siguientes:

1º- Con ocasión de la adquisición de una vivienda y con la finalidad de financiar su precio el actor se subrogó en el préstamo hipotecario a interés variable concertado con la entidad demandada por quien promovió su construcción, lo que hizo por escritura pública fechada el día 29 de junio de 2007, en la que, no obstante, se variaron las condiciones iniciales del préstamo en el particular relativo a la cantidad objeto del mismo, que se concretó en 200.000 €, y, con ello, a la extensión de la garantía.

2º- Días antes -en concreto, el 18 de junio de 2007- las partes suscribieron el documento titulado "CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", en cuya exposición puede leerse que "el cliente se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de este riesgos financiero, el cliente pretende firmar con el banco el presente contrato marco de gestión de riesgos

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

3º- Por otra parte, y en las cláusulas del documento se alude a la operativa del producto de manera tal que "implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente...En cada una de dichas liquidaciones, se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el abono por la parte a pagar por el banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de gestión del riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares."

4º- Al aludido contrato se le señala una extensión temporal de cinco años, susceptible de prorrogarse de no mediar preaviso y también de quedar sin efecto anticipadamente en los siguientes términos: "el cliente reconoce el derecho del banco durante toda la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta de los productos de revocar esta última respecto de todos o algunos de esos productos, si bien en este caso el banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente. El cliente podrá aceptar la propuesta alternativa o resolver el presente contrato marco". A su vez "el cliente podrá cancelar anticipadamente un producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del producto, denominadas -ventanas de cancelación-.En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente. No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida en las ventanas de cancelación el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al banco y que éste podrá repercutirle". En fin, y por su parte, "el banco podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos: ...-la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación.."

5º- El mismo día en que se suscribió el contrato indicado las partes firmaron el titulado como "CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", en el que se da al "producto de cobertura" el nombre de "Clip Bankinter 07 8.3", con un nominal contratado de 200.000 €, fecha de inicio 27 de junio de 2007 y de vencimiento 27 de diciembre de 2010. No obstante lo cual, y en este apartado de la duración se deja escrito lo siguiente: "el cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al cliente una -ventana de cancelación- los días 15 de los meses de octubre, enero, abril y julio de cada año de vigencia del producto, comenzando el 15 de octubre de 2007 y finalizando el 15 de octubre de 2010. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto". Y también que "durante toda la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del producto, el banco podrá la oferta respecto del producto, si bien en este caso el banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente".

6º- En el apartado "liquidaciones" el documento contiene las siguientes previsiones: "Periodicidad de las liquidaciones: trimestrales, los días 27 de los meses de septiembre, octubre, diciembre, marzo y junio de cada año de vigencia del producto.....la primera liquidación será el 27 de septiembre y la última el 27 de diciembre de 2010...//.. "En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada periodo, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

-Cliente paga

Primer periodo (trimestre 1): 4,05%

Segundo periodo(trimestres 2 a 3): 4,35% si Euribor 3 meses es menor o igual al 4,60%; o (Euribor 3 meses - 0,10 %) si Euribor 3 meses es mayor al 4,60%.

Tercer periodo (trimestres 4 al 14): 4,70% si Euribor 3 meses es menor o igual al 5,00 %; o (euribor 3 meses - 0,10%) si euribor 3 meses es mayor al 5,00%.

-Cliente recibe.

Trimestres 1 al 14: Euribor 3 meses.

7º- El día 21 de noviembre de 2008 el actor suscribió la llamada "solicitud cancelación anticipada clip" en cuya virtud dejaba manifestada su voluntad de cancelar anticipadamente el "producto" anterior; y al propio tiempo firmó unas nuevas "CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", con una vigencia inicial prevista hasta el 27 de febrero de 2012, y con estipulaciones idénticas a la del precedente, con la sola variación de introducir en el apartado "cliente paga", la previsión única para todo el tiempo de duración del contrato del "4,45% si Euribor 3 meses es inferior o igual al 5,00%; o (Euribor 3 meses - 0,10 %) si Euribor 3 meses es superior al 5,00%".

8º- La aplicación de las previsiones contractuales llevó a la entidad bancaria a realizar cinco abonos en la cuenta del actor en el primer año de vigencia, por importes respectivos de 55,71 €, 50,56 €, 50,56 €, 0,51 € y 134,73 €; y, en las liquidaciones de los meses de febrero, mayo y agosto de 2009, cargos por importe respectivo de 245,33 €, 1.281,60 € y 1.630,96 €.

SEGUNDO. La demanda parte de la afirmación esencial de que el actor convino los contratos mencionados en la creencia de que lo que se le ofrecía era un seguro de carácter gratuito destinado a cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés que afectara al aludido préstamo hipotecario. Creencia que habría sido provocada en un primer momento -al tiempo de suscribir el llamado contrato marco y el primer clip- y después renovada -al cancelar ese primer clip y sustituirlo por el segundo- por la actuación de la demandada ocultando que en realidad bajo esa apariencia estaba concertando unos contratos en los que asumía una operación financiera de importante riesgo del que no fue oportunamente informado y de la que, además, no podría desprenderse sino es satisfaciendo una importante suma de dinero, ello pese a que ni siquiera de los términos de aquella operación se desprende una consecuencia como la expresada. Afirmaciones todas ellas que le llevan a sostener la existencia de error y dolo en la formación del consentimiento prestado y, con ello, la ineficacia de tales contratos, para pretender de ese modo anular sus consecuencias dejando sin efecto los cargos y abonos antes mencionados. Y frente a ese propósito se opone la demandada para sostener que, con ser los términos de lo pactado claros y precisos, no habría existido error alguno en su concertación o cualquier tipo de ocultación, y sí por el contrario un pleno conocimiento por el actor de aquello que

asumía y, a su vez, una asunción de sus consecuencias sin mayores reparos hasta el momento en que, por efecto de la bajada de los tipos de interés, lo que hasta entonces se había mostrado en sucesivas liquidaciones positivas vino a convertirse en cargos frente a los que ahora se pretende reaccionar.

TERCERO. Las pruebas periciales que una y otra parte han aportado permiten conocer el objeto del debatido contrato, así como la trascendencia económica que tienen sus previsiones, tanto en lo que concierne al momento en que éstas se desenvuelven con normalidad, cuanto en el instante en que eventualmente el interesado pudiera tener el propósito de desvincularse de él. Y ha de aclararse, además, que en esos extremos existe una sustancial conformidad entre ambos informes (también en las explicaciones que ofrecen sus emisores), ello por más que discrepen después abiertamente después en la contemplación jurídica, que no económica, de sus previsiones, al adentrarse en el terreno de las exigencias normativas a que estaba sujeto e incluso en la propia interpretación de sus términos. Pues bien, limitando este apartado exclusivamente a aquellos extremos en los que existe la aludida conformidad, han de sentarse las siguientes conclusiones de hecho:

a) el contrato (o "producto") denominado comercialmente "clip", concertado al amparo del marco que le ofrecía el llamado de gestión de riesgos financieros, es una muestra de los conocidos en el ámbito financiero como "swap" (en inglés, cambio o intercambio) o simplemente permuta financiera, en cuya virtud las partes acuerdan satisfacerse recíprocamente la liquidación que resulte de la diferencia que pueda existir en cada momento convenido entre los valores que hayan empleado para definirla. Y, en este caso, ese intercambio se realiza sujetándose el cliente al abono de un tipo de interés fijo a cambio de recibir de la entidad un tipo de interés variable referido al Euribor a tres meses, en uno y otro caso aplicados sobre el nominal que se ha convenido ("nocial"), de manera tal que -al menos teóricamente- la diferencia que media entre esas magnitudes es el resultado que, en definitiva, ha de abonar el banco al cliente, caso de que el tipo variable supere en el momento de la liquidación al fijo, o el cliente al banco en la situación inversa. Con ello, pues, es llano que las consecuencias económicas que puede producir el contrato en cada momento dependen directamente de las variaciones que experimente el tipo variable que se toma como referencia y, por tanto, presenta una característica de aleatoriedad evidente. O, si así se prefiere, un riesgo indudable desde el momento en que se introduce una variable que, por lo que el mercado muestra -en este sentido es significativa la gráfica contenida en el informe aportado por la demandada- está sujeta a constantes oscilaciones.

b) cuando, como aquí ocurre -y sobre ello se insistirá más abajo, aunque la proximidad temporal entre los contratos ya lo muestra-, la contratación de ese "clip" aparece unida a la concertación de un préstamo hipotecario a interés variable la finalidad del primero puede relacionarse con la del segundo, una vez que las variaciones que pudiera experimentar ese tipo serían susceptibles de quedar a cubierto con la aplicación de aquella permuta, de manera tal una eventual subida del Euribor -y, por tanto, también del importe que ha de satisfacer el cliente por el préstamo- se vería en apariencia compensada con el abono que recibe del banco en aplicación de ese "clip"; en tanto que, una eventual bajada de los tipos de interés -por tanto, también del importe que ha de satisfacer el cliente por el préstamo- resultaría también en apariencia compensada por el cargo que ha de soportar el cliente a resultas de esa variación. Lo cierto es, sin embargo, que esa apariencia -sostenida por la demandada haciendo referencia, sin embargo, a un contrato de intercambio de cuotas que evidentemente no existe aquí- se desvanece desde el momento en que la aplicación de las previsiones de ese contrato no llega en caso alguno a ese resultado, y así lo prueba: 1º- que en el presente, ni siquiera el informe pericial que aporta la demandada, pese a la bondad que reiteradamente predica del producto financiero, llega a establecer esa equivalencia. Y, en este sentido son bien claras las explicaciones de su emisor en el juicio, cuando admite sin mayores ambages que la aplicación de ese contrato no alcanza en ningún caso un resultado cero, o, si así se quiere, el resultado de que los aumentos o disminuciones que experimenta para el cliente el coste del préstamo se vean completamente enjugados por el resultado de la permuta financiera. A lo que ha de añadirse, además, que por más que se insista en el informe sobre la aproximación de esas consecuencias, no se ha aportado cálculo alguno que permita alcanzar esa correspondencia o proporción, siquiera relativa, entre los efectos de una y otra operación; 2º- lo que, por el contrario, sí se ha aportado es un cálculo de las consecuencias que tiene la aplicación de la permuta en función de las variaciones del tipo de interés, que ha de tenerse por cierta en todos sus extremos -en la medida en que no ha sido desvirtuada por cualquiera otra- y de la que resulta (pag. 17 del informe aportado con la demanda, en referencia al clip primeramente concertado), que una subida del Euribor por encima del 5% representa para el cliente un abono de 50 € en cada una de las liquidaciones, y ello con independencia de que ese índice alcance porcentajes del 6, 7, 8, 9 o 10 %; en tanto la bajada de ese índice hasta el 3% comporta un cargo por importe de 850 €, de 1.350 € de descender hasta el 2% y de 1.850 € de hacerlo hasta el 1%. Desproporción que igualmente se aprecia en el segundo de los "clip" concertado, aunque matizada en este caso en los importes que se cargan al cliente por la diferencia de tipo fijo que se convino. Y se habla de desproporción en la medida en que es visible y llamativa la diferencia entre esos cargos

y abonos en razón de las oscilaciones del tipo de interés, no solo por la mera diferencia de importes pese a la igual diferencia porcentual, sino también en la medida en que el aumento del tipo de interés variable se traduce siempre y a partir de un límite cercano al fijo pactado en un rendimiento idéntico, en tanto la bajada de ese tipo variable conduce progresivamente a un notable aumento de ese rendimiento (cuyo destinatario es, en este caso, el banco). Eso es, en definitiva, lo que expone el informe aportado con la demanda, y lo que viene a refrendar el que acompaña la demandada, no para compartir ese calificativo, pero sí al menos para reconocer su emisor en el juicio las consecuencias de la fijación de aquella "barrera" recogida en el contrato, en cuya virtud el aumento del Euríbor por encima del 4,60 o 5,00 % (según los casos y momento) se traduce, no en la usual liquidación de la diferencia entre esa tasa y la del fijo pactado, sino únicamente en el abono de la diferencia de un 0,10%, lo que bien explica aquellas cifras que maneja el primero de los informes. Barrera cuya presencia explica, en fin, el segundo para sostener que fijando ese límite al banco le resulta posible el ofrecimiento de un tipo fijo mucho más ventajoso que el que pudiera obtenerse en ese instante del mercado y que sería, a la postre, el exigible en caso de mantenerse una proporción igual para uno y otro interesado en el contrato, lo que en definitiva no deja de ser una explicación de la trascendencia económica que tiene aquel ante otras hipótesis y no, sin embargo, negación de aquella acusada diferencia.

c) en fin, y en lo que concierne a las consecuencias económicas que tiene para el cliente lo que en el contrato se califica de cancelación del producto antes de la fecha de finalización de sus efectos no existen tampoco mayores discrepancias entre ambos informes periciales para averiguar y constatar de dónde ha de resultar el importe de 12.508,40 € que, como precio orientativo de la cancelación a fecha 30-11-2009, señala el documento aportado por la demandada tras la audiencia previa, o cualquier otro que fuera procedente en función del momento. Resulta, así, que el ejercicio de esa posibilidad comporta hacer el cálculo mediante la aplicación de una fórmula matemática (efectivamente reflejada en ese documento, que no en cualquier otro integrado en el contrato) en la que se emplean como términos el importe del nominal de la operación, el plazo restante hasta el vencimiento pactado, el tipo medio de interés estimado a pagar por el cliente en las próximas liquidaciones, la última liquidación pendiente, y, además -son palabras del informe aportado con la contestación-, el "tipo de interés medio estimado a recibir por el cliente en las próximas liquidaciones hasta el vencimiento del clip, según lo definido en las condiciones particulares. Este tipo de interés refleja el valor actual de la media esperada de las futuras fijaciones del tipo de

referencia y puede calcularse utilizando las cotizaciones de los depósitos interbancarios, swaps de tipo de interés o futuros de tipos de interés en la fecha de solicitud de cancelación", ofreciendo así unas posibilidades en las que se abunda al explicar ese informe al aludir a la publicación por distintas entidades de esos cálculos estimados. En definitiva, pues, tal habría de ser el resultado que -según las palabras del perito- supone lo que en las condiciones del contrato se delimita como deshacer la operación a precios de mercado. A lo que resta por añadir, finalmente y en este apartado del desistimiento del contrato, que la prueba testifical ha permitido desvelar el sentido que tienen lo que en él se aluden como "ventanas de cancelación", lo que, en el decir de los empleados de la entidad bancaria, no supone otro procedimiento de cálculo distinto del expuesto, y si tan solo la fijación de unos momentos en los que, dadas las condiciones del mercado financiero, la utilización generalizada por los suscriptores de este tipo de permutas permite obtener unos tipos más ventajosos para aplicarlos a la cancelación, y, es de entender con ello, unas condiciones menos gravosas para el cliente.

CUARTO. El rastro documental que ha dejado la formación de la voluntad del actor (ésta es la que dice afectada por los vicios antes aludidos) al tiempo de suscribir el contrato de gestión de riesgos financieros, el primero de los clips, su cancelación y simultánea suscripción del segundo, se limita exclusivamente a los documentos que contienen esos negocios, únicos que, como señala el empleado encargado de la contratación, se entregaron al cliente, en cuanto suficientes -según su parecer- para conocer todo el alcance de la misma. No existen, pues, otros elementos documentales que permitan conocer a ciencia cierta la existencia o alcance de la información adicional que dicen haber suministrado aquellos empleados al cliente para que éste tuviera -según los términos de la contestación a la demanda- cumplido conocimiento de aquello que estaba asumiendo en cada momento. Y, desde luego, la ausencia de esa constancia documental obliga a atemperar el valor de convicción de esos testimonios cuando narran el modo en que se desarrollaron esos tratos que desembocaron en la contratación, no ya por la indicada relación de dependencia, sino, a la par, por el transcurso de un tiempo lo suficientemente amplio como para matizar el recuerdo sobre todos y cada uno de los detalles de ese trato. Bajo ese prisma, pues, ha de señalarse que la declaración de quien dirigía la sucursal en esos momentos se limita a la afirmación de meras suposiciones sobre el procedimiento de contratación que pueden únicamente dar idea del método de trabajo que se ha seguido en aquella, aunque de ellas se extrae la convicción de que esos productos se ofrecían en cumplimiento de una obligación impuesta por una Circular del Banco de España (en realidad, como se verá, de una disposición de rango legal) de

proporcionar a los clientes un instrumento de cobertura destinado a mitigar el riesgo que podía producirse ante una eventual subida de los tipos de interés. A esa misma finalidad alude quien concertó con el actor los primeros contratos, insistiendo en el propósito de ofrecer al cliente una solución para cubrir los riesgos a los que estuviera expuesto (y en este punto conviene hacer un inciso para señalar que, por más que se haya aludido en esas declaraciones a la existencia de otros créditos o riesgos financieros, el único al que las partes hicieron mención en sus alegaciones -por tanto, único que puede contemplarse aquí como circunstancia de hecho relevante- es el préstamo hipotecario), para narrar que estuvo tratando con él "un buen rato", que le expuso el producto sin darle esa denominación de "swap", empleando para ello un eje de coordenadas en el que era visible la evolución del tipo de interés, acompañado de ejemplos sobre sus consecuencias en el caso de variaciones al alza o a la baja de medio punto en los tipos, para terminar por indicarle que "lo firmara si pensaba que los tipos iban a subir", no sin dejar de añadir -primero en términos dubitativos y después con claridad- que no llegó a explicar al actor el cálculo del precio de cancelación anticipada del producto. Por su parte, quien se encargó de la negociación que desembocó en la cancelación de ese primer producto y simultánea suscripción del segundo, explica que ante la existencia de una "oportunidad" en el mercado se puso en contacto con el actor por correo electrónico invitándole a pasar por la oficina, en la que le habría explicado la posibilidad de dejar sin efecto y sin coste el anterior y concertar ese nuevo clip que tendría la ventaja de reducir el tipo fijo inicialmente convenido con la ampliación, no obstante del plazo. Reunión ésta que no habría venido precedida o acompañada de cualquier otra aportación documental -no exigible, en su entender, en ese momento, por tratarse de una simple renovación de lo que ya tenía pactado- y que, en fin, habría concluido con la duda del cliente sobre lo que iba a hacer, con la recomendación añadida del empleado de que, en tal caso, dejara firmado el documento y, si variaba de opinión, le llamara por teléfono por la tarde para indicarle su desinterés, entendiéndose en caso contrario que aquel habría de desplegar sus efectos, como finalmente ocurrió.

QUINTO. La exposición del marco normativo en el que se desenvuelve una relación como la cuestionada aquí pasa por la afirmación, en primer término, y en un nivel elemental (y no por ello menos decisivo para la respuesta que merece esta controversia) de que el consentimiento, como elemento esencial de todo contrato (art. 1.261.1º y 1.262 del Código Civil) tiene como presupuesto fundamental el conocimiento cabal y completo por cada cual de sus elementos esenciales, y, particularmente, por lo que aquí importa, de lo que constituye su objeto, de manera que quien se presta a asumir determinados derechos y obligaciones por mor del contrato sea realmente

consciente del alcance de lo que acepta y consiente. Y, a la vez, ni que decir tiene que cuando, como aquí ocurre, el contenido del contrato aparece previamente determinado por uno de los contratantes sin posibilidad alguna de alteración (eso es lo que declaran los empleados de la entidad, en evidente correspondencia con lo que muestra el tráfico mercantil en el sector) la posibilidad de alcanzar ese conocimiento cabal y completo solo puede materializarse cuando quien redacta y ofrece ese contenido cumple con un deber elemental -sin duda, derivado de la buena fe que impone el art. 7.1º del Código Civil- de ofrecer una información detallada y precisa sobre el mismo de manera tal que el cliente pueda realizar una representación ajustada a la realidad y, con ello, optar por contratar o desistir de hacerlo.

En segundo término, y en ese mismo plano elemental, lo anterior ha de completarse para señalar que el tan frecuentemente invocado principio de libertad contractual (art. 1.255 del Código Civil) no significa otra cosa distinta de la capacidad que ofrece el ordenamiento a los firmantes para conciliar sus intereses dando al contrato aquel contenido, extensión o alcance que tengan por conveniente, lo que, de nuevo, está sujeto a la misma afirmación elemental de que el ejercicio de esa libertad de pacto tiene como presupuesto esencial el conocimiento de aquel alcance, de manera tal que, con esa representación suficiente, el interesado pueda optar, no por intentar conciliar esos intereses negociando la extensión de esas obligaciones - ha de insistirse que, a tenor de aquellas declaraciones, esos productos se ofrecían como un "paquete" cerrado-, sino simplemente aceptar unos pactos y condiciones que, en todo caso, están sujetos a los límites que señala el precepto mencionado: la ley, la moral o el orden público.

A su vez, dentro de esos límites legales a la libertad de pacto ha de hacerse mención, en primer lugar, a los que resultan de la aplicación de la normativa de tutela de los intereses de consumidores y usuarios, una vez que la condición del actor es precisamente la de destinatario final de ese servicio bancario y éste se presenta como algo ajeno a cualquier actividad empresarial desarrollada por aquel. Y, en ese sentido, aquellas obligaciones elementales derivadas de la buena fe contractual vienen a concretarse en términos más rigurosos como los que contempla el art. 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el que puede leerse que *"antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones*

jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo". Igualmente y a la hora de definir el contenido del contrato en el que existan cláusulas no negociadas individualmente, se impone (art. 80.1º) el cumplimiento de exigencias como la "concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual", así como la "accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Y, a la postre, el designio de tutelar aquellos intereses lleva a predicar que se superan esos límites de la libertad de pacto con la inclusión en él de cláusulas abusivas, reputando como tales (art. 82) "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". En fin, únicamente ha de precisarse que, por las fechas que se han indicado de concertación de esos contratos, las normas que se acaban de mencionar alcanzan al segundo de los clips enjuiciados, en tanto el contrato marco y el primero de esos clips se encontraba sujeto a las de la precedente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en la redacción vigente en aquel instante, en este punto sustancialmente coincidente con la que se acaba de transcribir.

SEXTO. La trascendencia que tiene el cumplimiento de aquel deber general de información que resulta de la buena fe contractual es indudablemente mayor en aquellos contratos en los que juegan un papel fundamental la aleatoriedad y el riesgo, en la medida en que la exposición de quien los concierta a determinado nivel de peligro para sus expectativas económicas demanda necesariamente una mayor intensidad en el conocimiento de aquello a lo que se sujeta. Ello explica la sucesiva promulgación de normas destinadas a plasmar esa exigencia, entre las que debe hacerse mención del (hoy ya derogado) Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios que, en referencia a las operaciones incluidas en el ámbito de aplicación definido en el art. 1, impone a las entidades que se mencionan en ese precepto un específico deber de información entendido en el doble sentido de aquella que ha de recabar para valorar el perfil y experiencia inversora del cliente, y, a su vez, de la que ha de ofrecer a éste para permitir un conocimiento suficiente sobre el alcance de la inversión, todo ello en los términos del código de conducta comprendido en su anexo. Debe aclararse, no obstante, que pese

a la mención que se contiene de esa norma en el informe que aporta el demandante, su ámbito de aplicación quedaba reducido inicialmente a las actividades que en el momento de su entrada en vigor definía la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente en ese instante de los arts. 71, 76 y 77, y, por tanto, y de manera sustancial, a las actividades de inversión en mercados de esa naturaleza, o, si así se prefiere, valores en la acepción clásica del término que inicialmente asumiera esa normativa, si bien ha de precisarse por igual que ese concepto se ha superado en sucesivas modificaciones de aquella Ley para darle un campo de aplicación bastante más amplio, ello en la medida en que el propio desarrollo del mercado dio ocasión a la aparición de múltiples tipos de actividades de inversión que no aparecían contempladas en aquella redacción inicial, para comprender, así y según la redacción vigente en el momento de concertarse los primeros contratos (art. 2, párrafo segundo) *"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"*, con la imposición añadida del cumplimiento de los deberes de transparencia, actuación en interés del cliente y cumplida información. Por ello, y pese a que, en definitiva, los contratos inicialmente concertados no se encontraban dentro del campo de aplicación de aquella norma reglamentaria, si la misma se pone en relación con las sucesivas modificaciones de la Ley del Mercado de Valores, su cita no deja de resultar relevante en la medida en que pone de manifiesto la trascendencia que presentaba el cumplimiento de aquel deber de información en operaciones de riesgo, aún en las más tradicionales y sobradamente definidas en el mercado como era la inversión en valores.

Por otra parte, y siguiendo el desarrollo cronológico de las normas que afectan a la contemplación de los negocios cuestionados, debe ponerse de relieve que la importancia que presentó en el mercado la suscripción de préstamos hipotecarios a interés variable determinó, entre otras razones, la obligación de las entidades que los conciertan de ofrecer instrumentos de cobertura en los términos fijados en el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, en cuya exposición de motivos puede leerse que *"resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés, propios del mercado financiero. Para ello, se avanza en la facilitación y abaratamiento de las operaciones de novación y subrogación hipotecaria y se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipos de*

interés", lo que a la postre se traduce en el deber impuesto en el art. 19: "1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés".

Y, en tercer lugar, retomando el marco normativo en el que se desenvuelve la relación entre las partes, es preciso incidir en el hecho de que precisamente la aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas en las que se revelaba una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó en el ámbito comunitario la promulgación de la denominada normativa MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), plasmada en primer término en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo en la, en sustancia, que se impone a los Estados miembros (art. 19) la exigencia a las entidades de un específico código de conducta destinado a asegurar una cumplida información sobre las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación, entre las que expresamente se mencionan (apartado C del Anexo I) "*contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo*", diferenciándolos, a su vez, de aquellas otras operaciones que, dada la implantación generalizada que presentaban en el mercado, no se vieron rodeadas de similares garantías. Y en ese mismo camino se enmarca la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006 por la que se aplica la antes mencionada en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, y en la que destaca sustancialmente la clasificación de los clientes (minorista/profesional) a efectos de delimitar la extensión de la protección que dispensa, y la introducción de los conocidos como test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de la inversión.

Por último, el mandato de esas normas comunitarias vino a materializarse en el derecho interno, por una parte, con la Ley 47/2007 de 19 diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, y en la que ha de destacarse: - que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma (art. 2) los mismos instrumentos financieros expresados en la primera de las Directivas, reproduciendo a la letra el contenido de ésta; - que obliga (art. 78) a la entidad que ofrece en el mercado estos servicios a realizar una adecuada clasificación del cliente en razón de su experiencia y conocimiento financieros; - que impone a las mismas entidades (art. 79 bis) el deber de proporcionar a los clientes "de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes 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" y precisando, además, que "la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias". Normativa que, por otro lado, vino a concretarse en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (norma que deroga expresamente el Real Decreto 629/1993 antes mencionado) en el que: - se reitera (art. 64) y define el deber de información, del que se exige un detalle suficiente como para que "el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"; - impone a las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras (art. 72) la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente recabando la información precisa mismo de tal manera que sea posible concluir que la propuesta "responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión", y "es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión" y "es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera"; - y, en fin, obliga (art. 73) a las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado precedente el deber de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. De todo lo cual resulta, en conclusión, que, como señala la sentencia de nuestra Audiencia Provincial (Sec. 5ª) de 27-1-2010 (y en igual sentido, la de 23-7-2010) "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".

Finalmente, y concluyendo en la exposición de este marco normativo es necesario precisar -en la medida en que se ha puesto en cuestión en el pleito- que las disposiciones que se acaban de mencionar en el párrafo precedente son aplicables al segundo de los clips concertados, teniendo presente: 1º- que desde el punto de vista temporal, como es evidente cuando se concertaron los primeros esa normativa no se había promulgado, lo que no ha de impedir -como con acierto señala el informe aportado por el actor- la consideración de que en ese instante ya estaban en vigor las directivas mencionadas, y, por tanto, y por la fecha de efecto señalada en las mismas, aquellos específicos deberes de clasificación de clientes e información iban a tener una aplicación inmediata. Y, por otra parte, y pese a quien se encargó de la comercialización de ese segundo clip señale lo contrario en su declaración, no ha de ofrecer mayores dudas que la celebración del mismo estaba sujeta al cumplimiento de esos deberes, ello por más que fuera continuación de un contrato precedente, o, por mejor decir, un nuevo contrato sujeto a esa disciplina por más que el sustituido (y también el llamado contrato marco) hubieran sido concertados con anterioridad; 2º- y, pese a las dudas que manifiesta la defensa de la demandada en sus conclusiones, tampoco las ofrece el hecho que, desde el punto de vista objetivo de su ámbito de aplicación, unos contratos como los cuestionados están afectados por la normativa mencionada en el párrafo precedente, cuando, como queda dicho, expresamente se incluyen en su ámbito de aplicación, al punto de que la única diferencia que existe entre la descripción de aquel art. 2 y la primera de las Directivas indicadas es precisamente el prescindir en el primero del término anglosajón "swap" que se empleaba aclarando el concepto de permuta en la segunda. Conclusión que, a la postre, no se altera: - ni por la afirmación contraria que hace el informe aportado por la demandada amparada en el art. 79 quater de la Ley del Mercado de Valores, en el que se excluye de esas obligaciones de información los casos en que 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, siendo así que, en lo conocido, no existe ninguna otra norma específica que discipline esos efectos en relación a los "swaps"; - ni tampoco por la también añadida de ese informe

sobre la consideración que hayan merecido este tipo de instrumentos al Banco de España, cuando en realidad de los documentos a los que se alude únicamente se desprende la delimitación de la competencia que asume en el ejercicio de las funciones de vigilancia del mercado que tiene encomendadas en relación a las que igualmente tiene atribuidas la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y no, como parece pretenderse, que unos u otros instrumentos financieros estén sujetos a una u otra disciplina legal, y menos aún, que su validez o ineficacia deba contemplarse desde la aplicación de cualquier de las normas hasta ahora mencionadas, lo que, en definitiva, no deja de reconocerse en alguno de los informes aportados por el actor, dejando bien claro que en todo caso aquella función de control en nada afecta a lo que, en definitiva, aquí se cuestiona.

SEPTIMO. Las circunstancias de hecho que se han expuesto acerca del contenido y celebración del contrato llevan a la conclusión de que en formación del consentimiento del actor medió un error que es determinante para declarar su ineficacia, y, a la par, que ese error parte del incumplimiento por la demandada de los deberes de información que asumía en el momento de su celebración en razón de la normativa expresada, o, si así se prefiere, de una representación inexacta de la realidad propiciada por la ausencia de una cumplida información sobre las consecuencias que asumía al concertarlo. Y ello, por las siguientes razones:

1º- la prueba practicada pone en evidencia la realidad de que aquel producto se ofertó al hilo de la suscripción de un préstamo hipotecario como un medio de cobertura de los riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés, haciendo creer de este modo que lo que se concertaba era precisamente un medio de aseguramiento y no lo que en realidad se presenta, esto es, un contrato de permuta financiera cuya contemplación legal en el sentido que se ha expuesto excusa de mayores razonamientos para explicar el riesgo que comporta. Y ello es así cuando, como queda indicado, los propios empleados de la demandada afirman que la celebración de esos negocios venía a resultar imperativa en el momento en que se concertó el préstamo hipotecario, siendo así que a tenor de las normas citadas, lo que resultaba obligatorio era ofrecer (que no contratar) un instrumento destinado, según la definición legal, a paliar las consecuencias de aquella subida de tipos. En definitiva, si los propios partícipes en la negociación expresan la convicción de que el debatido contrato respondía a la finalidad de cumplir con aquella exigencia legal de aseguramiento ante la eventual subida de tipos, con mayores razones había de contemplarlo así quien, sin mayores conocimientos financieros -en ningún lugar se afirma y prueba

lo contrario- se dispuso a aceptar aquel contenido contractual.

2º- el contrato no ofrece una información clara, precisa y detallada de las consecuencias que tiene su suscripción para el cliente. En efecto, superando en este punto la controversia que ofrecen los informes periciales en lo que no deja de ser una pura tarea de interpretación contractual, la simple contemplación de aquel contenido escrito y aceptado desde una óptica ajena a la realidad bancaria y financiera no es suficiente para comprender cabalmente que lo que se concierta es en realidad un contrato de permuta de tipos de interés, en el que no se atiende a una finalidad de cobertura como la esperada, sino a un intercambio monetario basado en la evolución de aquellos tipos de interés, lo que evidentemente representa un riesgo cuyas consecuencias no puede discernirse en el momento de la contratación. Y no quiere decirse con ello que sea exigible imponer en el contrato una predicción de la evolución que puedan tener aquellos tipos, ni parece obligado un esfuerzo poco menos que adivinatorio para contemplar todos y cada uno de los escenarios posibles que ofrezca la realidad económica, ello en la medida en que buena parte de ellos pueden resultar impredecibles, con el matiz, no obstante, de que en todo caso la propia dedicación de la demandada hace que se encuentre en mejores condiciones de contemplar esas expectativas. Pero lo que sí resulta exigible es definir con claridad aquellas consecuencias que puedan resultar de esas expectativas, más aún cuando en realidad esa definición no presentaba en este caso ninguna dificultad práctica, pues, no siendo predecible la evolución de los tipos, sí lo eran sus efectos señalando las cantidades que en cada caso podían resultar - a favor o en contra del cliente- de esa evolución, en una forma similar a la que contiene el cuadro ya mencionado del informe aportado con la demanda en el que se contemplan las posibilidades de subida o bajada de tipos en tramos de un punto (desde el 0 al 10%) y, a su vez, con toda claridad los efectos que tiene una y otra, para permitir comprender de ese modo que la subida provoca para el cliente una liquidación positiva cuya cuantía prácticamente viene a ser constante, por más que varíe aquel tipo, en tanto la bajada se traduce en un incremento progresivo de los importes que ha de satisfacer, lo que es muestra de un desequilibrio y riesgo tan notables que hacían exigible una mención específica y desde luego más detallada y comprensible que la simple indicación genérica de que se asumen riesgos que en lugar alguno se describen y la fórmula transcrita de "cliente paga/recibe" seguida de la indicación de los tipos sin mayor precisión ni advertencia añadida de aquella barrera. Y, ante ese contenido, escaso valor puede tener la afirmación del informe aportado por la demandada al sostener la claridad y aparente sencillez del contrato, cuando una cosa es que para quien está acostumbrado a términos y cálculos como los que contiene no ofrezca mayores

dificultades interpretar su sentido, y otra bien distinta que ello sea así para quienes son ajenos a esos conocimientos, y a quienes -en términos de un conocimiento medio- lo que verdaderamente ha de importar es el resultado económico que asumen ante la eventual subida o bajada de los tipos, lo que, como queda dicho, no puede extraerse de los términos del contrato.

3º- si el contenido documentado del contrato no ofrece información suficiente en lo que puede entenderse como el desenvolvimiento de sus consecuencias en condiciones normales, esa carencia es indudablemente mayor a la hora de definir las que tiene en el caso de que el cliente opte por dejarlo sin efecto, al punto de que puede decirse que en este caso no existe más previsión que la de sujetarse a unas "condiciones del mercado" cuya interpretación queda en todo caso en manos de la demandada, al punto de que, con esos términos contractuales, en realidad tan posible es realizar esa liquidación con arreglo a los parámetros que ofrece el informe pericial que aporta, como con sujeción a cualquier otra que se quiera apuntar. Basta para constatar esa absoluta indefinición la misma explicación que ofrece uno de los emisores de ese informe en el juicio cuando señala que aquella expresión es equivalente a la fórmula de cálculo del coste de la cancelación, cuando no se vislumbra el apartado del contrato del que quepa extraer esa conclusión, supuesto que en el mismo está ausente toda concreción del procedimiento de cálculo. Ausencia que, además y de seguirse la misma explicación del perito, resultaría aún más injustificada cuando en hipótesis tampoco ofrecería mayores dificultades concretar esa fórmula de cálculo, ni, con ello, señalar ejemplos del coste que tenía la cancelación ante un eventual descenso de los tipos de interés. Con todo, pues, es ciertamente difícil asumir el argumento aportado por la defensa de la demandada en sus conclusiones cuando sostiene que desde la cultura jurídica media resulta impensable que alguien pueda entender que puede desvincularse de cualquier contrato sin arrostrar consecuencia alguna, cuando es llano que lo que ofrece el cuestionado es esa posibilidad, pero no define ni por asomo los efectos que pueden resultar de su ejercicio.

4º- en fin, la escasa información que ofrece el contenido documentado del contrato no se ve suplida por cualquier otro medio de la misma naturaleza, ni tampoco por la dispensada por los partícipes en la contratación. Y ello es así cuando lo que se extrae de las declaraciones ya examinadas es que esa información quedaba limitada a la exposición de un riesgo general -las oscilaciones del tipo de interés- fácilmente comprensible para quien asumía en el préstamo hipotecario otro parecido, sin extenderse, sin embargo a las consecuencias reales que comportaba la suscripción del contrato en aquellos instantes en que sus previsiones pudieran desenvolverse con

normalidad, pues aquella se limitó todo lo más a calcular la oscilación en medio punto del tipo de interés, y, por tanto, en unos parámetros en los que no podía ser visible la llamativa y abultada diferencia de consecuencias que tenía para el cliente el aumento o descenso de aquellos; ni menos aún en las que tendría la decisión de dejarlo sin efecto, cuando ha de repetirse que en este punto aquellas declaraciones señalan simplemente que no medió cualquier cálculo o información adicional sobre tales efectos.

OCTAVO. Lo anterior es muestra de un error en la prestación del consentimiento que vicia la celebración del contrato y da ocasión a declararlo ineficaz. Y ello cuando, en primer término, ese error es sustancial (art. 1.266 del Código Civil) desde el momento en que recae sobre el elemento nuclear del negocio, esto es, sobre las consecuencias económicas concretas que presentaba para el actor la celebración de aquel; y, en segundo término, resulta excusable, una vez que ni la lectura del contrato posibilita conocer a ciencia cierta esas concretas consecuencias, ni es de presumir para el actor la posibilidad de alcanzarlas por otros medios con el empleo de una diligencia media o usual. Más aún, los hechos que se dejan expuestos llevan a sostener que ese consentimiento se encontraba mediatizado por el ofrecimiento de un producto destinado a cubrir un riesgo determinado con la consecuencia de exponer al cliente a otro del que no fue oportuna ni cabalmente informado, lo que permite apreciar que ese error no nace únicamente de la creencia espontánea del interesado, sino de la actuación dolosa de la demandada, no en la forma común del dolo entendido como maquinación activa y engañosa, y sí en la modalidad de dolo omisivo, caracterizado, como recuerda la STS de 5-3-2010 y cuentas en ella se citan, por la actitud del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Y habrá de advertirse, en el caso presente, en contra de un deber de información cualificado que resulta de las normas expuestas en cada caso y de las que sin duda se desprende la trascendencia que tiene la advertencia al interesado de todas las consecuencias previsibles de lo que asumía al celebrar el contrato, sin que sea desdeñable tampoco la trascendencia que hubo de tener la confianza instaurada al hilo de celebración prácticamente simultánea de otro contrato -el préstamo hipotecario- con un marco en el que se explica con mayor facilidad la asunción de aquel contenido contractual, pues, como recuerda la STS de 16-2-2010 "el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4 :109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte

de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad".

A lo que ha de añadirse, en fin, que esa conclusión en nada se altera por el argumento de que el actor únicamente vino a mostrarse disconforme con las consecuencias del contrato cuando éstas comenzaron a resultarle perjudiciales, aquietándose hasta entonces con las favorables que ya había obtenido, y ello cuando, por una parte, es de notar que ello es muestra, no de una franca contradicción con los actos precedentes contraria a la buena fe, sino de que esa reacción surge en el momento en que se conocen las consecuencias prácticas que tenía aquello que, sin la necesaria información, hasta ese instante se ignoraba; y, por otra, de seguirse rigurosamente el argumento esa doctrina de los actos propios llevaría a hacer inaplicable cualquier supuesto de ineficacia del contrato por la concurrencia de vicios del consentimiento (al menos, en aquellos supuestos en los que la voluntad no está anulada por completo), ello sin desconocer que la actuación posterior del contratante puede tener el efecto de sanar aquellos defectos, lo que, por lo demás aquí carece de toda significación, cuando la alusión a una pretendida confirmación del negocio se realiza por primera vez en las conclusiones del juicio, y, por tanto, en un momento inhábil para convertir a esa pretendida confirmación en elemento de disputa y resolución.

En consecuencia, se impone declarar la nulidad - propiamente, anulabilidad en la distinción doctrinal de los términos-, con las consecuencias previstas en el art. 1.303 del Código Civil, y, por tanto (cfr. la STS primeramente mencionada), retomando la situación patrimonial que los interesados tenían al tiempo de celebrar el contrato, lo que supone deshacer las liquidaciones practicadas con la restitución recíproca de las partidas de cargo y abono que generó aquel producto financiero.

NOVENO. La estimación íntegra de la demanda comporta la imposición de costas a la demandada (art. 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

Estimo íntegramente la demanda deducida a instancias de don Iván Prendes Rodríguez contra la entidad BANKINTER S.A. y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito el día 29 de junio de 2007 y renovado el día 8 de noviembre de 2008, dejando sin efecto las liquidaciones practicadas en la cuenta correspondiente con la



restitución recíproca de las partidas de cargo y abono que generó. Con imposición de costas a la demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma procede recurso de apelación en los cinco días siguientes a su notificación mediante escrito presentado en este Juzgado, para su conocimiento y resolución por la Audiencia Provincial. Con la prevención de que el recurso no se admitirá a trámite sin el cumplimiento de la exigencia impuesta en el art. 449.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y que lo mismo ocurrirá de no constituirse el depósito exigido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (B.O.E. de 4-11-2009).

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS