

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 005
GIJON

Notado : 8-10-2010

C/ PRENDES PANCO, N° 1 1ª
Tfno: 985175531
Fax: 985175533

55950

N.I.G.: 33024 47 1 2010 0000630

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO (000003) /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/na. ...

Procurador/a Sr/a. ANA ROMERO CANELLADA

Contra D/na. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. MARINA GONZALEZ PEREZ

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

JUICIO ORDINARIO 37/10.

COPIA

SENTENCIA N°

En Gijón a 29 de Septiembre de 2010

Vistos por Carmen Santos Roy, Juez por sustitución del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de los de Gijón, los presentes autos de procedimiento ORDINARIO, registrado con el n° 37/10 promovidos por S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA ANA ROMERO CANELLADA y asistida por el letrado DON GUILLERMO FERNANDEZ BLANCO contra BANKINTER S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ y asistida del Letrado DON JOSE LUIS REGUERO SIERRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por DOÑA ANA ROMERO CANELLADA, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de ... se presentó escrito de demanda y demás documentos en base a los hechos que en la misma se expresan y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducidos, aduciendo los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando que, seguido que sea el juicio por sus trámites, se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare la nulidad o anulabilidad del "contrato de seguro", celebrado entre las partes el día 15 de

Al/ Sr. D. G. Ferrer Ferrer

noviembre de 2006, que se acompaña a ésta demanda como documento nº 1.

b) Condenando a Bankinter S.A. a restituir y devolver a nuestro mandante todo lo percibido o a renunciar a lo pendiente de percibir en virtud del mismo, con sus respectivos intereses.

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

TERCERO.-Por providencia de fecha 3 de marzo de 2010 se señaló fecha para que tuviera lugar la audiencia previa al juicio, compareciendo las partes en el día y hora señalados, manifestando éstas que subsiste el litigio entre ellas, conviniendo en que hay ACUERDO en la celebración del contrato el 15.11.2006, cargos y abonos producidos durante la vigencia del contrato y hay DESACUERDO en si el clausulado del contrato era oscuro y existió falta de información por parte de la demandada, como sostiene la parte actora, así como en la correlación de prestaciones existiendo un desequilibrio claro para la actora, en la existencia de vicios en el consentimiento debido al error o falta de información, negados por la demandada, así como en el abono efectuado por la actora en fecha 2.08.2009, con anterioridad a la interposición de la demanda y que dice se refiere a la devolución de las cantidades que le habían sido abonadas previamente por Bankinter y por ella percibidas, no negando la demandada se hiciera ese abono en la cuenta, pero que se hizo y se refiere a una liquidación posterior del producto, interesando el recibimiento del juicio a prueba.

Recibido a prueba se propusieron como medios por la actora los siguientes: interrogatorio de la parte demandada, documental por reproducida la aportada con el escrito de demanda, documental que en dicho momento se aporta consistente en apunte bancario acreditativo de ingreso del actor y de otros, testifical y pericial añadiendo que aportará el informe en el menor tiempo posible basando su solicitud en hechos introducidos en la contestación a la demanda, proponiéndose por la demandada: interrogatorio de la parte demandante en la persona de su legal representante, documental consistente en sentencias de distintas audiencias y órganos judiciales de fecha posterior a la contestación a la

demanda e interrogatorio de testigos, no se opuso la demandada a la admisión de la documental aportada en este acto porque considera que nada aporta, oponiéndose la actora a la admisión de las sentencias aportadas interesando que sea oído como Legal Representante de Bankinter el Director actual de la Oficina, manifestando la demandada que la actual Directora es Maria Teresa Garcia Morán, admitiéndose por S.Sª la prueba propuesta por las partes, a excepción de la pericial interesada por la actora, por entender que no entra en los supuestos de proposición y admisión posteriores a los escritos de demanda y contestación y ello porque en la demanda la actora ya era concedora de las cantidades que la demandada le solicitaba por la cancelación del contrato, sin que sea preciso en este juicio determinar el cálculo concreto de las mismas puesto que la demandada no ha formulado reconvencción, no reclama Bankinter nada del rescate, no ejercita acciones contra la actora, ni interesa en el suplico reclamación de cantidad alguna, únicamente la desestimación de la demanda y las sentencias y resoluciones, al tener acceso a las mismas el Tribunal, acordándose que se oiga como Legal Representante de Bankinter a Maria Teresa Garcia Morán, señalándose para que tuviera lugar la celebración del juicio el día 6 de septiembre de 2010 a las 11 horas, recurriéndose por la actora la inadmisión de la pericial, oponiéndose la demandada, desestimando el recurso S.Sª, formulándose protesta por la parte actora a efectos de apelación.

CUARTO.- En el día y hora señalados se celebró el juicio procediéndose a la práctica de los medios de prueba que habían sido previamente admitidos, a excepción de la testifical propuesta por la demandada, al haber renunciado a dicho medio, con el resultado que obra en autos y en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, concediéndose, a continuación, la palabra, a las partes, por su orden, para que efectuaran breve resumen de las practicadas y alegaciones finales, lo que así hicieron, dándose por concluido el juicio, quedando las actuaciones pendientes de dictarse la resolución que proceda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se alega en la demanda que la actora, a finales del año 2006, pretendía obtener un importante crédito hipotecario para comprar una nave y modernizar su explotación fabril, así entró en negociaciones con la demandada de la cual era cliente y donde obtuvo la aprobación inicial de un préstamo hipotecario por importe de 1.900.000 euros y que en

aqueellos momentos el banco estaba ofreciendo a sus posibles clientes, a que optasen entre obtener el tipo hipotecario a interés variable (Euribor a un año más 1%), o que obtuviesen un préstamo hipotecario de interés fijo al 7%. Los actores, dudaban al venir referenciado el interés variable al Euribor que andaba por el 3,90 con lo que el incremento de un punto, dejaba el préstamo en el 4,90%, pero tal índice de referencia amenazaba con subir, o el interés fijo, que era permanente durante toda la vigencia del préstamo, pero era más de dos puntos elevado sobre el variable en aquel momento, ofreciéndole el bancario una posibilidad combinada mediante la cual podía obtener el préstamo a interés variable y combinarlo con un seguro para subidas de tipo de interés y así consiguió que sus clientes firmasen el contrato que se acompaña como documento n°1, que no tiene nada que ver con lo que decían vendían, por ello y antes de obtener el préstamo hipotecario que precisaba más trámites, firmaron el SWAP o CLIP o producto de riesgo financiero derivado, añadiendo que en el periodo que va desde que firmaron ese contrato de derivados financieros, supuesto seguro contra la subida de los tipos de interés, se firmó el préstamo con la entidad Caja Madrid, al ofrecer unas condiciones más ventajosas, renunciando su cliente al préstamo con Bankinter, pero se olvidaron que habían firmado "el contrato de seguro", y ese contrato, según la demandada, comenzó a operar autónomamente con independencia del préstamo hipotecario, que se había obtenido en otra entidad, operando por liquidaciones trimestrales cuyo resultado se vertía en la cuenta corriente del cliente, no teniendo noticias de ello en los años 2007 y 2008 al no habérselas comunicado el banco y que en el año 2009, cuando el banco giró liquidaciones trimestrales a su favor y en contra de su cliente, por importe de 1.500 euros mensuales y alarmado por tales liquidaciones y por la toma de contacto del verdadero contrato que había firmado la actora envió por medio de su Letrado carta al Servicio de Atención al Cliente de la entidad bancaria, pidiéndole la cancelación de dicho contrato de mutuo acuerdo y sin coste para el cliente, reenviando la entidad financiera un burofax de fecha 29/12/09 en el que por un lado "le significaban la resolución anticipada del Clip Bankinter 06-13-5" y al mismo tiempo le decían " que a título informativo y en caso de que se procediese a resolver anticipadamente el contrato que el precio de cancelación sería el de 92.675,16 euros "y en el que se adjunta, por primera vez, cual es la fórmula para calcular el precio de la cancelación, recibiendo el día 7 de enero de 2009 un nuevo burofax en el que le comunican que han dado por resuelto el contrato clip y que el coste de la cancelación es el de 88.922,72 euros, habiendo subido el coste de las liquidaciones pendientes de abonar en cinco días de 15.536 a 26.019,58 euros, en definitiva el banco o sus empleados decían que estaban vendiendo a su cliente

un contrato de seguro cuando le estaban vendiendo un contrato innominado llamado "swap" que se asocia a un préstamo hipotecario, de forma que el cliente se asegura que, si los tipos suben más allá de un determinado nivel, lo que gana con este producto le compensa el encarecimiento de la letra de la hipoteca, el problema es que, si los tipos bajan el cliente pierde dinero, mientras que sigue pagando lo mismo por la hipoteca hasta que le toque la revisión, y que en teoría tenían que operar de forma tal que si el tipo de interés concertado con el banco, siempre variable, sube, el banco asume ese coste y si bajaba, el cliente seguía pagando lo mismo, porque por un lado pagaba el interés más barato por su hipoteca pero le pagaba el resto el banco por el contrato suscrito, pero en la práctica lo que ocurrió es que no se asoció a ningún préstamo hipotecario, por lo cual de ser accesorio pasó a ser autónomo lo que no tiene ningún sentido y en los términos redactados su cliente nunca ganaba nada, por lo que, además de vicios y defectos, el contrato no tiene causa al no reportarle ninguna ventaja, porque cuando se pierde, se pierden ingentes cantidades de dinero, casi un 3% de 1.900.000 euros, cerca de 57.000 euros al año y si ganamos sobre esa misma cantidad ganamos 1.900 euros, subsistiendo en su total integridad el riesgo que el cliente piensa cubrir. Añade que en dicho contrato de seguro se preveía que si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto ello significaría un coste conforme a la situación del mercado, para "indemnizar al banco por el perjuicio que esta cancelación anticipada le haya ocasionado", no diciéndose ni en dicho contrato marco, ni en las condiciones generales como se calcularán éstos costes o ésta indemnización, añadiendo que el banco no tiene ningún perjuicio, dicha fórmula de cancelación supone dejar la validez o el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno solo de los contratantes, además de tener que acreditar el banco los daños y perjuicios que le ha causado, tanto si éstos provienen de un daño como de un lucro cesante, siendo, la fórmula que se debe de emplear para calcular el precio de cancelación, rocambolesca porque según la misma no se adeudarian 92.000 euros sino 7,7 millones de euros y que, en todo caso, sin que ello suponga admisión de deuda alguna, los daños y perjuicios tienen que estar probados y, aun, en el caso de desestimación de la demanda, ninguna cantidad se adeudaría por éste concepto y menos aún los basados en fórmulas fijadas con posterioridad a la firma del contrato y no admitidas.

Por la demandada se alega que la demanda se encuadra dentro del mismo grupo de Sociedades y personas físicas que han demandado a Bankinter en base a una "sobrevenida ignorancia" de los productos contratados que aparece en escena, no cuando del mismo se producen beneficios sino cuando, como consecuencia de la bajada de los tipos de interés, se ocasionan pérdidas porque mientras obtuvieron

liquidaciones positivas, conocían perfectamente el producto, sabían lo que habían contratado y no tenían duda sobre el alcance y riesgo, además, en el presente caso, estamos ante una sociedad con sus asesores fiscales, financieros etc, siendo falsa la argumentación en que basa su error sobrevenido y la misma que siguen todos los supuestos perjudicados por la contratación de este producto, añadiendo que el representante de S.L, DON R. no da ni de lejos con el perfil de "ignorante sobrevenido" siendo conocido en el banco por sus conocimientos financieros y sus inversiones de alto riesgo, habiendo solicitado un crédito en el banco, a su nombre, por importe de 100.000 euros cuya finalidad no era otra que la compraventa de acciones, pura especulación y una vez perdidos los 100.000 euros íntegros del crédito en operaciones de bolsa comentó al personal de la oficina que los 8.500 euros que tenía en cuenta los iba a invertir en Warrants y, pese a los consejos en contra del personal de la oficina, efectuó dicha operación perdiendo absolutamente todo su dinero, objetivándose en la demanda del actor mala fe y ánimo fraudulento, siendo el escenario que existía en el año 2006 alcista en los mercados porque no se había iniciado la actual crisis y la apuesta era por el mantenimiento o incluso más bien la elevación de los tipos de interés, siendo dicho momento en el que pone en el mercado el producto denominado CONTRATO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS, no póliza de seguros, ni contrato afectado a cuentas de crédito o hipotecas, no haciendo falta ser un mago para saber lo que quiere decir gestión de riesgos financieros, cualquier persona con una formación académica elemental sabe que se trata de un producto cuyo fin último es estabilizar el coste financiero que tiene una sociedad y bien sabido que la mayor parte de las compañías cuentan con líneas de crédito para financiar los gastos propios de su actividad mercantil que suelen estar referenciadas al Euribor trimestral (tipo de referencia variable) y estos contratos, dada la coyuntura del mercado, tenían por objeto asegurar los costes financieros de una entidad mercantil, que de esta forma podía hacer una previsión de los mismos a futuro, asumiendo el banco la obligación de pagar el Euribor trimestral y el cliente asumiendo la obligación de pagar el interés pactado, tratándose de una permuta financiera, dándose una cantidad a cambio de otra, produciendo una compensación entre ambas obligaciones y resultando un neto a deber por la parte que corresponda, que puede ser una u otra dependiendo de las condiciones pactadas y que para la contratación de dicho producto se firmaba por el cliente un contrato marco, lo que se denominan las condiciones generales y unas condiciones particulares donde se determinaban las condiciones aplicables al cliente, articulándose el producto de manera muy sencilla, explicada en la cláusula tercera de las condiciones del contrato, en la que se dice que se realizarán una

serie de liquidaciones periódicas en las que se practicará un único apunte en la cuenta de liquidación, que será el neto entre el cargo por la cuenta a pagar por el cliente y el abono a pagar por el Banco, advirtiéndose en dicha cláusula que las liquidaciones podían ser positivas o negativas, insisten en que DON [redacted] una persona con amplios conocimientos en la operativa financiera por sus inversiones más especulativas, siendo lo cierto que en el año 2006 negocia con BANKINTER la suscripción de una póliza de crédito hipotecario de 1.900.000 euros para la compra de unas naves como inversión especulativa y si bien la operación la realiza con Caja Madrid es con Bankinter con quien suscribe el contrato de gestión de riesgos financieros y no un seguro por el mismo importe del crédito hipotecario y que sabía perfectamente lo que quería y que lo que firmaba no era un seguro, sino un contrato de gestión de riesgos financieros para estabilizar los intereses de su crédito hipotecario, a partir de dicha fecha comienza a percibir liquidaciones positivas años 2006, 2007 y 2008, que le son ingresadas en su cuenta y de las que dispone aunque, pese a manifestar que no sabía que percibía esos ingresos y que ni siquiera pretende devolver, según consta en el suplico de la demanda y es cuando llega la primera liquidación negativa y es entonces cuando aparece el presunto error, así de una consulta del CRIBER donde constan todos los riesgos financieros que tiene el demandante se acredita que su pretensión es cambiar la estructura financiera de sus deudas, tratando de evitar el riesgo asociado a la modificación al alza de los tipos de interés de referencia y no concertar un contrato de seguro y que se le informó de los riesgos como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, no se trataba de obtener un beneficio por parte del cliente, al no tratarse de un producto especulativo sino simplemente obtener tranquilidad, percibiendo BANKINTER un pequeño margen por facilitar este producto a sus clientes, estando ante una auténtica PERMUTA FINANCIERA y que en dicha situación cambia el mercado, los tipos bajan y se da cuenta que su previsión de futuro no fue todo lo acertada que debiera y entonces tiene que zafarse y aparece la ignorancia sobrevenida, cuando el Banco le comunica el coste de anticipar la cancelación en los mercados financieros, apareciendo en el contrato la explicación del coste de cancelación por lo tanto si quiere anticipar el vencimiento debe correr con los costes, existiendo una absoluta equivalencia de prestaciones, habiendo tratado de buscar soluciones amistosas con su cliente, sin iniciar las acciones judiciales de reclamación que legitimamente le correspondían.

SEGUNDO.- De la fijación de hechos controvertidos en la Audiencia previa se desprende que dos son las cuestiones litigiosas, la primera de ellas es

determinar si el sentido o el clausulado del contrato que firmó la actora con la demandada, el día 15 de noviembre de 2006, documento nº 1 de los aportados con la demanda, carece de claridad, es oscuro, difícil de entender por una persona no experta, si existe correlación entre las prestaciones del mismo derivadas o si hay un claro desequilibrio para la parte actora, enlazado con lo anterior si al cliente se le ofreció la información suficiente por la entidad bancaria o por el contrario esta fue deficiente, nula o parcial y se fió de la confianza que le inspiraban la persona que negoció con él y la entidad que se lo proponía, habiendo producido estas circunstancias claro error en la formación del consentimiento lo que le llevó a firmar dicho contrato cuando en realidad creía que firmaba otro muy distinto, con distinta finalidad y desconociendo las consecuencias de su operatividad, cuestiones en las que las partes mantienen posturas totalmente contradictorias y que la acreditación de una u otra conllevaría la nulidad o no de dicho contrato y la segunda, introducida en la mencionada audiencia previa, como respuesta (y pese a mostrar conformidad la parte actora con el documento nº 5 de los aportados con la contestación a la demanda y con los cargos y abonos habidos durante la vigencia del contrato), a la manifestación hecha por la demandada en la contestación respecto al hecho de que la actora si bien interesa la nulidad del contrato litigioso no pretende devolver las cantidades abonadas por la entidad demandada a la actora como consecuencia de su operatividad durante la vigencia del mismo, alegando la actora que nada tiene que devolver porque ya lo hizo, antes de la interposición de la demanda, al ingresar en la cuenta la suma de 8.000 euros el día 2 de agosto de 2010, discrepando, en definitiva, al sostener la actora que lo percibido por Bankinter ya lo ha devuelto y nada tiene que devolver y la demandada que tal cantidad fue ingresada para liquidación del producto.

Respecto a la primera, tres son las cuestiones o conceptos a tener en cuenta, que es un contrato Swap, Clip o de gestión de riesgos financieros o permuta financiera y por lo tanto si son o no lícitos al amparo de la normativa vigente cuestión relacionada con si los mismos tienen causa o no, el deber de información de la entidad bancaria, el contenido y alcance de éste respecto al cliente al firmar este tipo de contratos y el error como vicio del consentimiento en la contratación de dicho producto.

Decimos, reiterando lo dicho por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, en el recurso de apelación nº 508/2009, que en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona SWAP). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1255 del

Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas

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

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 del Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su CAUSA reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

En segundo lugar hemos de referirnos al derecho a la información, y siguiendo la mencionada resolución literalmente decimos que tal derecho en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la LDIEC 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras artículo 2 L.M.C). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero

sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así se el artículo 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C), el R.D. 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión "haciendo hincapié en todos los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis n.º 3, 4 y 7).

Luego el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, interponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de

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

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

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato Swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003).

Añadimos literalmente, además, respecto a dicho derecho, lo expuesto por la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia dictada en el recurso nº 50/10 y es que la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratados por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su

nulidad de pleno derecho si ocasionaran un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cual los litigiosos) con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, (reiterando lo dicho por la anterior resolución) vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes todo tipo de información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Y respecto al tercero de los conceptos, a tener en cuenta, en el caso que nos ocupa, decimos que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al artículo 1262 del mismo Código y que será nulo según establece a su vez el artículo 1265 de dicho texto legal, si se hubiera

prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Añadimos que para que el error propio invalide un contrato, según reiterada jurisprudencia, ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele su esencialidad, que no sea imputable a quien lo padece y un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. Según la doctrina habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran en el caso de ambos contratantes, requisito que trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

TERCERO.- Dice la demandada que esta demanda se encuentra encuadrada dentro del mismo grupo de sociedades y personas físicas que han demandado o Bankinter, en base a una "sobrevenida ignorancia" de los productos contratados que aparecen en escena, no cuando del mismo se producen beneficios, sino cuando, como consecuencia de la bajada de los tipos de interés, se ocasionan pérdidas y que mientras obtuvieron liquidaciones positivas conocían perfectamente el producto, sabían lo que habían contratado y no tenían duda sobre el alcance y riesgo, siendo una demanda tipo que siguen todos los supuestos perjudicados por la contratación de este producto y decimos que lo mismo se puede decir de los argumentos que se exponen en la contestación para rebatir lo dicho de contrario, hasta el punto es tipo que llega a decir que el actor "fundamenta, por último, su reclamación en el artículo 1288 del Código civil, artículo interpretativo de cláusulas del contrato y como base de hechos y remite precisamente a las cláusulas del contrato que lo definen como producto financiero reconociendo expresamente en contradicción con su anterior fundamentación que el nominal contratado son 50.000 euros", dicho

fundamento no ha sido alegado por el demandado, ni encontramos referencia a dicho nominal contratado, por lo que entendemos se refiere a otro caso distinto del que nos ocupa. Expuesto lo anterior y en relación, al correcto asesoramiento e información por parte de la entidad bancaria y a la concurrencia o no del error sufrido por el actor en la formación del consentimiento prestado para la formalización de los contratos, hemos de analizar la prueba practicada y así de una valoración conjunta de la misma podemos adelantar que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue deficitaria, sesgada y parcial, por lo tanto ni suficiente, ni precisa, ni adecuada y que dicha información incompleta produjo error en el actor ya que no adquirió plena conciencia de lo que significaba el contrato que se concluyó y los derechos y obligaciones que en virtud del mismo asumió, no siendo cierto que una persona con una formación académica elemental puede comprobar que se trata de un producto cuyo fin último es estabilizar el coste financiero que tiene una sociedad porque el contrato de permuta financiera de tipos de interés constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, y que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, se trata, además, de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales SIN OMISIONES SIGNIFICATIVAS, considerándose, en caso contrario, que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros, porque entre la clientela tradicional conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento y porque las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad y porque en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la

posibilidad de que igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera, debiendo especificarse claramente la manera en que se calculará el coste en esa situación, constituyendo una información TRASCENDENTE para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y en definitiva para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido el criterio que se usará para determinar el COSTE ASOCIADO A LA CANCELACION ANTICIPADA de la permuta, máxime cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a la entidad demandante), ajena a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión, y aunque se nos dice en la demanda que el representante no da ni de lejos con el perfil de "ignorante sobrevenido" y se nos dice que se trata de una persona que desde siempre era conocido en el Banco por sus conocimientos financieros e inversiones de alto riesgo y que solicitó un crédito al Banco, a su nombre, por importe de 100.000 euros cuya finalidad no era otra que la compra de acciones, es decir, pura especulación, y que una vez perdidos los 100.000 euros íntegros del crédito en operaciones de bolsa comentó al personal de la oficina que los 8.500 euros, que le quedaban, los iba a invertir en Warrants y pese a los consejos en contra, del personal de la oficina, efectuó dichas operaciones perdiendo absolutamente todo su dinero, lo que pone de manifiesto, a nuestro juicio, lo contrario de lo que se quiere acreditar y es que no era un experto financiero, al ser el resultado de dicha operación nefasto para Don Eleuterio y que tampoco era conocido por la entidad cuando firmó el contrato litigioso al ser la primera vez que realizaba una operación con Bankinter y ésta no fue buscada de propósito por él sino que surgió en relación a un préstamo hipotecario que después no llegó a formalizar con dicha entidad porque otra entidad financiera se lo ofreció en condiciones más ventajosas, tampoco concuerda tal

afirmación de conocimientos financieros con la afirmación de que poseía asesores que le aconsejaban, puesto que no le harían falta, hecho negado por Don [redacted] no acreditado por quien hace tal afirmación, habiendo respondido al respecto, la directora que comercializó el producto en su declaración testifical, que desconoce si el anterior tenía asesores financieros, que puede ser.

Añadimos respecto a la influencia de la deficiente y parcial información prestada, por parte del Banco demandado, acerca de las características del producto financiero ofrecido y contrato suscrito por el demandante, en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éste último determinante de una situación de nulidad contractual, las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI, nº 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concierta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino AL CLIENTE EN GENERAL, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, (insistimos en que no nos dio dicha impresión Don Eleuterio, en el interrogatorio que se le practicó en calidad de parte), sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había trasladado a este ámbito, presidido por las condiciones generales.

En el caso objeto de enjuiciamiento, el demandante sostiene, fundamentalmente, no haber sido informado de las características del clip Bankinter por el mismo contratado, al tratarse de productos financieros complejos y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el periodo de su vigencia les podría deparar unas pérdidas elevadas, cual en la práctica así se ha venido a producir, y en donde las previsiones en torno a la evolución de los mercados financieros carecen de la conveniente nota de seguridad, siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida lectura de las cláusulas del contrato litigioso, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada del producto por el cliente (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis. La primera vez que se pone en conocimiento el precio de cancelación fue a través de burofax de fecha 29 de diciembre de 2009 y en el que se le dice que en dicho momento el coste y o pérdida que asume la demandada en el caso que se procediera a resolver anticipadamente el contrato clip Bankinter 06-13-5 ascendía a la cantidad de 92.675,16 euros, de conformidad con lo que se indica en el documento explicativo del cálculo de dicho importe que se adjunta a dicha comunicación, como anexo, en dicha comunicación también se le dice que resuelven anticipadamente el clip formalizado el día 15 de noviembre de 2006 como consecuencia de la falta de pago de las liquidaciones negativas del referido clip, documento nº 3 de los acompañados en la demanda, sin embargo en el documento nº 4 de los acompañados a dicha demanda se dice que habiendo sido resuelto el clip el día 29 de diciembre de 2009 el coste definitivo de cancelación resultante en la fecha en que se procedió a la resolución anticipada del contrato es de 88.1922,72 euros, sin que se de mínima explicación de tal cambio de cantidad y de que factores depende. Por otro lado decimos que el producto se le vende a Don Eleuterio como una gratificación, como una deferencia, como algo que no comporta ningún coste adicional, no ya por su apertura sino durante su vigencia, lo único que le venden es estabilidad y tranquilizar al cliente que manifiesta sus miedos y a ello no obsta el hecho de que Don Eleuterio actuara con toda la diligencia esperada, porque según nos dijo la directora que comercializó el producto no le pareció el mencionado meticuloso, en el sentido de ser de las personas que leen detenidamente la letra pequeña, falta de diligencia que, decimos, en este caso hubiera sido

igual, porque si la lee detenidamente tampoco hubiera entendido nada.

A estas conclusiones llegamos del análisis de la prueba practicada y en concreto de la declaración de DOÑA MARÍA TERESA GARCIA MORAN, quien declaró en calidad de parte demandada, actual directora de la oficina de Bankinter que comercializó el clip, la cual nos dice " que estos tipos de contratos no son todos iguales, variaban de unos a otros, que los comercializaban al cliente o potencial que tuviera riesgos financieros, que dichos contratos aunque van relacionados con otros, son independientes, no son accesorios, aseguran riesgos financieros, que los comenzaron a comercializar en el año 2005 y que una de las cosas que preguntan a los clientes es si asumen el riesgo, que les dicen que es una cobertura del riesgo financiero, que sirven para mitigar el riesgo financiero, que orientan la venta del producto, insiste en que se les dice que es para estabilizar el coste financiero durante la cobertura y mitigar la subida del tipo de interés, que hay clientes que firmaban y otros que no firmaban , respecto a la cancelación les decían que acudían a tesorería y les daban el cálculo, le explicaban la cancelación, lo que viene en el contrato, las ventanas previas de cancelación, que cancelar conllevaba un coste o un beneficio que va en función de los precios del mercado y que ese coste no se sabe hasta el día de la cancelación, que el banco tiene que pagar a un tercero, un mayorista de coberturas, que no son aseguradoras, no se trata de un seguro, contratan una cobertura idéntica con el mayorista de coberturas al que hay que pagarle, que se pregunta al cliente si le preocupa la subida de los tipos y si dice que si se lo venden, se podía haber negado, si no le preocupa no se lo venden, responde que la actora no trataba con dicha entidad, que esta fue la primera operación con Bankinter, no era cliente, insiste en que este producto estabiliza costes financieros, riesgo variable que no se controla, mitigar la subida de interés, que Bankinter tiene un contrato espejo que le paga al mayorista y el solo percibe un margen al principio de la operación, que el desplome vino en 2008 y que el actor cuando le llegaron las liquidaciones negativas es cuando intentó negociar con el banco, que tuvieron entrevistas para darle una financiación para atender las liquidaciones y que compraba valores extranjeros, complejos" y decimos que de dichas respuestas se pone de manifiesto, como ya hemos expuesto con anterioridad, que no podía conocer la entidad, si era ésta la primera operación, que era un experto financiero por sus anteriores operaciones y que la inversión posterior en operaciones complejas y valores extranjeros fue un fracaso lo que no concuerda con el carácter que se le quiere atribuir al cliente, siendo tales respuestas, a nuestro juicio, igual de generales, sesgadas, parciales que las cláusulas del contrato, por lo que insistimos en que la información fue parcial, se habla solo de

riesgo financiero, estabilizar riesgos financieros, pero no se les explica nada de permutas ni intercambios de tipos de interés, ni las consecuencias a la baja, ni indudablemente el coste de cancelación, ni de mayoristas, ni de contratos espejos, ni de perjuicios para la entidad que repercutirán al cliente. Por su parte DON - -

Legal Representante de la actora responde en el interrogatorio que se le practicó en calidad de parte que " empezó a ser cliente de Bankinter en 2006, el clip es el primer contrato que hizo con la entidad, que primero abrió una cuenta y luego el clip, que no le ayudaron asesores, que el contrató porque se fió de la chica que se lo vendió que le ofreció confianza, le parecía sincera y confía y mala suerte, que si no confía en la gente del banco que es quien asesora en quien va a confiar, que hubo mucha insistencia por parte de la entidad, fueron varias veces a visitarle hasta que lo contrató, que le decían que era un obsequio del banco, era un seguro para cuando subiera, era una cobertura, que nunca le dijeron que si bajaba el tenía que pagar, que era una gratificación del banco a clientes fieles, insiste en que se lo vendieron como un seguro por si subían los intereses, que el no iba a pagar nada, todo eran beneficios, que cuando llegaron las liquidaciones negativas no negoció, que a el le dijeron que tenía un dinero parado en la cuenta que había abierto y que podía disponer de el y el pagó una factura de un proveedor suyo, un pagaré y entonces le llamarón de la sucursal para decirle que estaba en números rojos, que había sacado dinero y no había metido y entonces metió 8.000 euros y entendió que había pagado, que cuando le llaman por segunda vez es cuando se entera del dichoso clip, el salió con un quemazo, ni sabía, ni entendía nada, solo que le querían cobrar y el quería parar el tema, pero cada vez le pedían más dinero, que cuando le metían el dinero en la cuenta al comienzo, no sabía de donde le venía, que le dijeron que tenía un dinero parado, que no mira los extractos, que los valores extranjeros los compró engañado miserablemente, que la cuenta la llevaba el banco, que el no tiene asesores financieros, que antes de firmar le enseñaron el contrato con mucha prisa, incluso tenía que haber firmado su mujer y que aunque lo lea no lo entiende, se fía de las explicaciones que le dieron, no es que lo lea o no lo lea, es que lo entienda o no, lo firma en la buena fe del banco, se lo metieron por lo ojos, fueron unas cinco o seis veces por su oficina, que el es marmolista no banquero, que el había pedido precios, fueron a verle a ofrecerle la hipoteca porque sabía que iba a compara un terreno, negociaba, que le dijeron lo que tenía que pagar y apareció la Caja Madrid y le dijeron que ellos también le hubieran mejorado el precio, a partir de ahí negocian el seguro, que es lo que tiene, si suben los intereses cubre ese precio, pero que el no va a pagar nada, vinieron a su oficina, el contrato lo firmó en la oficina" desprendiéndose de dicha

declaración que hubo prisa, insistencia, solo información favorable, no que podía tener pérdidas y nada respecto al precio de cancelación distinta de la que viene en el contrato, que no dice nada, solo ventajas, obsequios, seguridad y cobertura, por lo tanto la información fue deficitaria, nada distinto de lo que dice que el contrato, que solo informa de lo obvio. A continuación nos dice la directora que le comercializó el clip DOÑA GUADALUPE RINCON REGUERAS " que la negociación la llevó con 'comenzó a visitar las empresas y que quería realizar el mencionado un inversión y había interesado un préstamo, pretendía darle un servicio, captar empresas, hablaron de hipoteca, interés variable y surgió la cobertura de los tipos de interés, estuvieron negociando uno o dos meses, en Bankinter llevó la gestión y decidió hacerlo con Caja Madrid, hablaron, al tratarse de un préstamo alto, de interés variable o fijo, siendo más interesante el interés variable y la cobertura, lo comercializaron como un producto accesorio, cobertura para hipoteca con interés variable, un mixto entre variable y fijo, le ofreció estabilizar tipos de interés, conocía los contratos en virtud de las expectativas y situación económica del momento, le explicaban lo que le costaría resolver, que no se sabía a priori el coste de la cancelación, que había que venderlo en el mercado, este tipo de cobertura la venden a mayoristas, que le explicaron si baja que hay que pagar, es el mercado el que gana o pierde, no el banco, el banco gana unos diferenciales, cierra el riesgo con el mayorista, que Bankinter hace un clip con un mayorista, hace una operación espejo, cuando Bankinter paga el recibe la misma cantidad del mayorista, que solo recibe un pequeño diferencial en el momento de la comercialización, Bankinter no tiene ganancia, ni pérdida para la entidad, explicó el funcionamiento, que tuvieron bastante relación, que hablaron mucho, que considera que no era meticuloso en el sentido de leer la letra pequeña, el miraba, que cree que tenía un asesor" se contradice esta directora con la primera al decir que es un contrato accesorio y la primera que no, dice que no era meticuloso en el sentido de no leer la letra pequeña lo que contradice la afirmación que se hace en la contestación a la demanda de que era un experto financiero, igualmente desvirtúa la afirmación que se hace en dicha contestación, de que era un conocido cliente por sus conocimientos financieros y sus operaciones de alto riesgo al decir ésta, tal como ya lo hizo el actor en su declaración, que era la primera vez que hacía una operación por lo que no podía ser conocido, que fue ella a visitarle que fue varias veces, pero lo que no desvirtúa esta declaración es lo ya dicho respecto a la información parcial que se le ofreció y por último la declaración de DOÑA LIDIA MANUELA VAZQUEZ, empleada de la actora la cual afirma " que la directora iba por la oficina, que la hipoteca la hizo con Caja Madrid, que siguió viniendo por la oficina después, que hablaba siempre

de un seguro que cubría si el tipo de interés subía, que ella también hizo uno, tiene una hipoteca con Bankinter y el crédito era anterior ya tenía la hipoteca y ella hizo ese seguro, un seguro por si subía el tipo de interés, era gratuito, que fue varias veces y la firma se produjo en la oficina, que lo daban a sus clientes reiterando que era gratuito, que lo llevó a la oficina y allí lo firmó Don ... que ella lo firmó en la oficina donde tenía la hipoteca, que ella no ha reclamado judicialmente porque es un particular y le iba a costar más que lo que tiene que pagar, que termina la hipoteca en febrero, ella no sabía que tenía que pagar, no sabía si bajaba que tenía que pagar" declaración, que pese a la vinculación que tiene con la parte que le propone, nos pareció coherente, sincera y no viene nada más que a avalar y ratifica lo expuesto con Don ... como se les vendió y se les ofreció el producto y la insistencia en su contratación, corroborando dichas declaraciones, a nuestro juicio, lo ya expuesto y que efectivamente concurrió error en la actora por falta de la debida información, firmándose el contrato a iniciativa de la entidad, que elaboró y presentó a la firma, colocándose el Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio, siendo evidente que el banco ostenta su propio interés en el contrato, (aunque se nos diga que sólo se lleva un margen inicial en la contratación, mínima prueba del supuesto mayorista se aporta, ni del supuesto contrato espejo etc...), en la elección de los tipos de interés aplicable a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable el referencial variable y el tipo fijo, lo cual obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euríbor), estas previsiones y ese conocimiento previo del mercado que sirve a un pronóstico más o menos fiable de futuro, configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión con la nota de la aleatoriedad de este tipo de contratos, pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar, limitándose la información sobre el riesgo a advertencias insuficientes pues sólo ilustran sobre lo obvio, como lo es, que se establece como limite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial, sin que pueda ser válido que el cliente se limite a dar su consentimiento a ciegas, fiado de la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco las posee, por lo que la falta de una información precisa, que la entidad no ha acreditado de la prueba de la que se ha servido en autos ofreciera, correcta y adecuada y que éste

estaba obligado a proporcionar, acerca del producto clips Bankinter suscrito por la actora, así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por la misma, llevando la entidad bancaria siempre la iniciativa y no informando al cliente de los elementos esenciales del contrato, firmando el cliente a su sugerencia, confeccionando los contratos y sometiéndolos a su firma, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia del error excusable en la actora sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, siendo especialmente relevante la desinformación, incluso, tras una lectura detenida de las cláusulas del contrato litigioso, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad, precio de cancelación y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada, estando en la creencia la actora de que lo contratado siempre fue un seguro contra la subida de los tipos de interés, ni tampoco significa, a nuestro juicio, su conocimiento el hecho de que liquidaciones positivas se produjeran en la cuenta de la actora, porque dichos abonos no dejaban de ser lo esperado en base a la información que le dieron ni impida la pretensión que se postula, ahora bien puesto que la nulidad conlleva deshacer los efectos del producto desde su inicio, deberán devolver lo percibido ambas partes procediendo, por lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, declarar la nulidad el contrato de gestión de riesgos financiero litigioso, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, a lo que hemos de añadir que la actora no ha interesado tal devolución en el suplico de la demanda, ni la demandada ha efectuado reconvencción en la que interesara el abono de las cantidades debidas consecuencia de la firma del contrato válido o de forma subsidiaria para, el supuesto de que se declarara la nulidad del contrato, de que se le devolvieran las cantidades por ella abonadas en la cuenta del cliente o compensación, por lo que no podemos pronunciarnos, sin ser incongruentes, al respecto, quedando subsistente a la demandada la acción para ejercitarla, y reclamar tales abonos recibidos por la actora, si a su derecho conviene.

Respecto a la segunda de las cuestiones, que se introdujo como hecho controvertido en la audiencia previa, entendemos es un hecho nuevo al que no se hace referencia alguna en la demanda, y si bien se dice por la actora que ello se hace porque la demandada en su contestación manifiesta que la mala fe de la actora se hace más patente por el hecho de

no querer devolver ni las cantidades que ha percibido, siendo el suplico el mismo, es decir devolución de lo abonado por la actora y percibido por la entidad y el no abono de las cantidades restantes a dicha entidad, no interesándose la devolución a la entidad de lo recibido efectivamente por ésta, tal como se hace en demandas similares y que es lo que supone la nulidad, entendemos reiterando lo expuesto anteriormente que no nos podemos pronunciar, al no haberse interesado en la demanda se declare que la demandada no tiene derecho a tal devolución o formulado reconvencción ni petición por la demandada para el supuesto de que se declarara la nulidad la devolución de lo por ella entregado, quedando subsistente la acción para su reclamación a dicha parte, habiendo alegado la actora que no se interesó la devolución porque ya lo había devuelto y para ello aportó una documentación consistente en un apunte bancario en el que se refleja un aporte de dinero en efectivo en la cuenta en que se realizaban las liquidaciones del clip, tanto positivas como negativas, pero aunque no nos pronunciemos, si queremos dejar constancia que en el escrito de proposición de prueba en el apartado más documental, que fue admitida sin perjuicio de su ulterior valoración, se dice que los documentos se refieren a un apunte bancario acreditativo de que el actor ingresó para abonar los saldos deudores del contrato SWAP la cantidad de 8000 euros, diciéndose en la audiencia previa, tal como consta en el soporte audiovisual, que tal ingreso se refiere a la devolución de las cantidades por el actor percibidas de la entidad demandada como consecuencia del contrato.

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

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

FALLO.

Que estimando la demanda formulada por DOÑA ANA ROMERO CANELLADA, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de S.L, contra BANKINTER S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:

-Debo declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes el día 15 de noviembre de 2006 al que se refiere el documento nº1 de los aportados con la demanda.

-Debo condenar BANKINTER S.A. a restituir y devolver a .L. todo lo percibido, renunciando a lo pendiente de percibir en virtud del mencionado contrato, con sus respectivos intereses y ello sin perjuicio de la acción que le asiste a la demandada para reclamar lo por ella entregado y percibido por el actor en virtud de dicho contrato.

-Debo condenar en costas a la demandada.

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

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

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



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