

VIALEGIS DUTILH, S.L.P.

Av. Diagonal, 652, Esc. A, 8º
08034 BARCELONA

ESMERALDA OLIVARES ALBA (Procuradora dels Tribunals)

Tel.: 93 700 05 18 Fax: 93 168 07 54

E-Mail: olivaresprocuradora@yahoo.es

Li: MIGUEL CERVILLA DOMINGUEZ - 93-280-11-44 +11

S.Ref: M/Ref.: 101029

Notificat: 05/04/11

Señalamiento: FINE PREPARAR RECURS APEL LACIÓ PER LES COSTES
(CONSIGNAR DIPÓSIT 50 €)

Plazo: 5 Dia(s) Fine el: 12/04/2011

Juzgado Primera Instancia 8 Ru
Ctra. Sant Cugat, 18
Rubí Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 745/2010 Sección 3ª

Parte demandante

Procurador ESMERALDA OLIVARES ALBA

Parte demandada BANKINTER, S.A.

Procurador JAUME GALI CASTIN

SENTENCIA Nº 55/2011

En Rubí a dieciocho de marzo de dos mil once

Vistos por mí, Nieves Soriano Collado, Juez del Juzgado de Primera Instancia número Ocho, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con número 745/2010 a instancia de [REDACTED] S.L representado por la Procuradora de los Tribunales ESMERALDA OLIVARES, contra BANKINTER S.A representado por el Procurador de los Tribunales JAUME GALI, siendo el objeto del procedimiento la declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, con devolución de cantidades abonadas por importe total de 29.337,07 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Esmeralda Olivares en nombre y representación de [REDACTED], S.L se interpuso en fecha 1 de junio de 2010 demandada de procedimiento ordinario interesando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito en 26 de febrero de 2008 con la entidad BANKINTER, alegando en síntesis que el representante legal de la entidad actora carece de formación académica y confiando en los empleados de la entidad demandada suscribió en fecha 25 de enero de 2007 un contrato de gestión de riesgos financieros denominado CLIP BANKINTER 07 2 3, con un nominal de un millón de euros y una duración de tres años y medio, en fecha 26 de febrero de 2008, por indicaciones del director de la oficina de Bankinter la parte actora canceló anticipadamente dicho producto y suscribió otro denominado CLIP ACTUALIZADO BANKINTER 07 2 3 con el mismo nominal y con una duración de 3 años y 6 meses. Manifiesta que dicho contrato cuya nulidad interesa no contiene información veraz, ni

clara, ni precisa, ni comprensible sobre las características del producto financiero contratado, no se advierte debidamente al cliente del riesgo que asume con la contratación del producto, realizando unos test de conveniencia e idoneidad insuficientes e incompletos para la complejidad del producto. Asimismo la entidad financiera no informó debidamente de las características y riesgos del producto, no evaluando la idoneidad y adecuación del producto al cliente incumplándose con ello las normas que regulan las condiciones generales de la contratación de la Ley General de Consumidores y Usuarios, como las normas que regulan el deber de información de la entidad financiera a los clientes que adquieren productos bancarios contenidas tanto en la Ley de Mercado de Valores reformada por la Ley 27/2007 de 19 de diciembre y desarrollada por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero. Por todo ello interesa se dicte sentencia declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros así como las condiciones particulares, condiciones generales suscritas entre las partes, con la obligación de la demandada de devolver a la actora todas las liquidaciones que le han sido abonadas desde la suscripción del contrato y que asciende a 29.337,07 euros, así como la no obligación de abonar liquidación alguna a la entidad actora que se haya devengado desde el 12 de marzo de 2010; subsidiariamente que se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas en el contrato así como en las condiciones generales, condiciones particulares, y en particular la correspondiente a la Cancelación Anticipada, de la condiciones generales, Clausula 6ª, que se tendrá por no puesta; la cancelación anticipada del contrato en su integridad sin que ello suponga coste, ni penalización, ni cargo ni interés alguno para la actora, con efectos de 12 de marzo de 2010, y la no obligación de abonar liquidación alguna a la actora que se haya devengado desde el 12 de marzo de 2010.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en los autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma, en el sentido de oponerse a la demandada formulada de contrario alegando la validez del consentimiento prestado por el administrador de ██████████ S.L, al tratarse de un empresario acostumbrado a actuar en el tráfico económico y bancario, y capacitado para entender los productos contratados, habiendo contratado otras permutas financieras con otras entidades como Banco Santander o Caixa Sabadell. Expone que las condiciones y clausulado es de redacción sencilla y transparente estableciendo con claridad las obligaciones que atañen a las partes y los riesgos inherentes al producto, siendo su función mitigar los riesgos ante eventuales subidas del Euribor, ello se consigue a través de una estructura de liquidaciones previamente fijada, de gran sencillez, de tal forma que Retractiv 91 por medio de este producto, mitigaba el impacto negativo en su endeudamiento de eventuales subidas del Euribor. Alega que la causa de interesar la nulidad del contrato viene motivado porque el producto en su día contratado ya no es interesante para la actora debido al imprevisible desplome del Euribor en 2009. Finalmente interesa la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Al acto de la Audiencia Previa compareció la parte demandante debidamente personada, no compareciendo el demandado rebelde. En la misma una vez fijados los hechos controvertidos, las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba proponiendo la parte actora interrogatorio, testifical y pericial y la parte demanda interrogatorio del legal representante de la actora y documental, prueba que fue admitida señalándose día para la celebración de la vista.

En el acto de la vista de se practicó la prueba propuesta, renunciando a la practica de la testifical propuesta por la parte actora, seguidamente y tras conclusiones quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación de este proceso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción de nulidad del contrato suscrito con la entidad Bankinter de gestión de riesgos financieros por la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, contraviniendo la buena praxis bancaria. La existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada (sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998 , entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado (SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 y SAP Pontevedra 7/4/2010) y otras que han dictaminado su validez, (SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010), la solución del supuesto pasa por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en el presente caso

De entrada es de señalar que el contrato suscrito denominado "gestión de riesgos financieros" (nominado comercialmente CLIP Bankinter), en otros supuestos llamados "permuta de cuotas de tipo de interés" o "swap de tipo de intereses" es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado nocional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nocional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (carga para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del

mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros

El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2 , ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa " (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero , (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

El producto enjuiciado no puede ser tildado de sencillo en su comprensión para tal perfil de cliente, tanto por el lenguaje técnico financiero empleado como por su propio contenido con un complejo entramado, en apartados tan esenciales como los temporales al concurrir, fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento; la multiplicidad de tipos de interés en juego a efectos de liquidaciones y una complicada, amén de vaga e imprecisa regla de cancelación, cobrando en consecuencia, especial sentido e importancia, tanto el informe o test necesario para que el cliente comprenda la operación como la labor informativa expuesta para una vez conocida las aspectos esenciales de la operación decidir su concertación. En la medida que tales obligaciones dispuestas legalmente no se cumplan por la entidad financiera y por ende no haya adoptado la transparencia y diligencia establecida por el legislador, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio que debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

SEGUNDO.- En el caso de autos la entidad actora insta la nulidad de las condiciones particulares y generales del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito en fecha 26 de febrero de 2008 denominado CLIP ACTUALIZADO BANKINTER 07 2 3, así como se proceda a la devolución de todas las liquidaciones que han sido abonadas a Bankinter y que ascienden a 29.337,07 euros. Se pretende la nulidad en base al consentimiento viciado del Sr. [REDACTED] administrador de [REDACTED] S.L el cual suscribe un producto de objeto indefinido hasta el extremo de considerar que se trata de una cobertura en cuanto a las fluctuaciones del Euribor, no habiéndose informado en relación con los riesgos del producto.

En cuanto a la Inexistencia o defecto de información del producto financiero suscrito, dada la fecha de suscripción del contrato -febrero de 2008- la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. No era aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno 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 modificaban 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 .

A este respecto el referido decreto establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

"Artículo 4. Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2 La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5 . Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

- a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
- b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
- c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
- d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

En relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D.

217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (arts 72 y 73 del Real Decreto 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Ya en Sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón de 18 de junio de 2010 se señalaba que para resolver la cuestión objeto de debate, hemos de hacerlo sobre la base de exigir la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de esta Audiencia de 11 de enero de 2006 que atañe el deber de información y diligencia de una entidad financiera en la gestión de carteras de inversión, en la que con cita de la sentencia del TS de 11 de julio de 1998 se manifiesta que: " la ley del Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones del mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada ya sí el art. 255 del código de comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación". La sentencia del TS de 27 de enero de 2003 , declara que: " ...la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad...".

TERCERO.- Con arreglo a lo expuesto, hemos de analizar si en el caso concreto que nos ocupa ha existido información adecuada y suficiente a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa. En concreto el Sr. ████████ como administrador de la entidad actora, suscribe en el año 2007 un contrato de gestión de riesgo financieros que posteriormente cancela y contrata uno nuevo en fecha 26 de febrero de 2008 por indicación de la propia entidad Bankinter, en

concreto por el Sr. Marc [REDACTED] que reconoce haber acudido a la empresa demandante para la suscripción de un nuevo contrato con mejores condiciones.

De la prueba practicada se desprende la falta de perfil profesional del demandante y la ausencia del test de conveniencia (si bien el letrado de la demandada niega que el mismo sea preceptivo atendiendo a la Nota emitida por el Banco de España, documento nº 30 del escrito de contestación a la demanda). Consta en el documento nº 4 de la demanda, un apartado preimpreso (tal y como así manifestó el Sr. Marc [REDACTED]), donde se señala una única casilla relativa que *"El cliente declara tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años"*, quedando sin rellenar el apartado relativo a *"El cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación"*. A mayor abundamiento cabe señalar que no sólo se ha obviado rellenar el apartado relativo a saber y conocer las características del producto, sino que además dicho documento no ha sido firmado por el cliente, y ello se observa tanto en la fotocopia aportada como documento nº 4 a la demanda como en la copia aportada como documento nº 11 en el escrito de demanda

En cuanto al perfil del Sr. Antonio [REDACTED] se trata de un empresario que se dedica al manipulado y retratado de artes gráficas, y aunque haya firmado productos similares con otras entidades bancarias como Banco Santander, no por ello cabe entender que se trata de un profesional a los efectos legales, sino más bien de un particular que acude al banco de su confianza para conseguir una mejor financiación para su empresa, es ilustrativo el apartado primero del contrato suscrito entre las partes (documento nº 2) en cuanto a las intenciones del hoy demandante en el momento de suscribir el contrato, en concreto consta *"El cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el cliente pretende firmar con el BANCO el presente CONTRATO MARCO DE GESTIÓN DE RIESGO FINANCIEROS"*

De lo expuesto consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, como era el caso, y conoce en una situación peculiar. No se aportó por la entidad bancaria los elementos probatorios derivados de toda la documentación que manejó y le entregó al cliente. No existe constancia documental de haberse efectuado los denominados supuestos hipotéticos en que se explica al cliente como evolucionará la cuestión según los diversos supuestos, particularmente si el índice de referencia experimenta variaciones al alza o la baja, ilustrándole sobre el resultado final de la operación según las diversas posibilidades. Ciertamente es que en el clausulado del contrato se especifica la fórmula por la que se obtendrá el resultado final. Pero esas fórmulas financieras no son de fácil intelección por el cliente si no se le advierte con toda claridad y queda documentado de las posibilidades de evolución de la misma. Desde luego en el presente caso nos hallamos ante una inconcreción de esos resultados finales. Ciertamente es que como el punto de referencia es un futuro ya que depende de la variación del interés

Euribor no puede fijarse con exactitud el montante de la operación, pero sí es posible efectuar algunos supuestos que permitieran al cliente prestar un consentimiento lo suficientemente informado y calibrar el contenido aleatorio de la operación que suscribe, que en principio presenta coincidencias con un sencillo seguro de cobertura financiera.

CUARTO. - Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; 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 inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000)". Y la respuesta de esta Sala ha de ser positiva, pues el cliente del banco, que con la operación intenta precaverse del coste y riesgo financiero de una línea de crédito concertada, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la parca e incompleta información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega.

La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2002) Por lo que procede condenar a la entidad demandada a devolver todas las liquidaciones abonadas por la entidad actora por importe total de 29.337,07 euros de conformidad con el cuadro de liquidaciones elaborado por la propia entidad Bankinter y que se aporta como documento nº 6 al escrito de demanda

QUINTO.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que en los juicios declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, en el presente supuesto no procede imponer las costas a ninguna de las partes debiendo abonar cada una de ellas las devengadas a su instancia y las comunes por mitad, toda vez que existe jurisprudencia contradictoria suficiente para entender que en estos supuestos aparecen serias dudas de derecho.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demandada promovida por la Procuradora de los Tribunales ESMERALDA OLIVARES, en nombre y representación de [REDACTED], S.L contra BANKINTER, S.A, y debo declarar y declaro nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 26 de febrero de 2008 así como sus condiciones particulares y condiciones generales, y debo condenar y condeno a la entidad demandada a pagar a la parte actora la suma de 29.337,07 euros.

No se imponen las costas a ninguna de las partes debiendo abonar cada una de ellas las devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que la misma no es firme y que contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APELACIÓN ante la Excmá Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de CINCO días a contar desde el siguiente a su notificación.

Póngase en conocimiento de las partes que si desean recurrir esta resolución deberán consignar, al anunciar la apelación, la cantidad de 50 euros de conformidad con la DA 15ª de la LO 1/09, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado (4826), debiendo indicar en el campo de concepto el recurso y el código correspondiente

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN - La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por S.Sª que la suscribe hallándose en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.