

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA NÚMERO CUATRO - LEÓN
SENTENCIA Núm. 278/10

PROCEDIMIENTO: ORDINARIO 1.327/09

DEMANDANTE: DON LUIS _____

PROCURADORA: Doña _____

ABOGADA: Doña _____

DEMANDADO: BANKINTER, S.A. _____

PROCURADOR: Don _____

ABOGADO: Don _____

ASUNTO: NULIDAD-CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS

SENTENCIA

En la ciudad de LEÓN, a QUINCE de SEPTIEMBRE de DOS MIL DIEZ.

VISTOS por el Ilmo. Sr. **DON JOSÉ ENRIQUE GARCÍA PRESA**, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de esta ciudad y su partido judicial, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos bajo el número 1.327/09, entre partes, de una, como demandante, **LUIS** _____, vecino de León, y, de otra, como demandado, **BANKINTER, S.A.**, con domicilio social en Madrid, Paseo de la Castellana, 29, sobre **NULIDAD DE CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de los Tribunales Doña _____ nombre y representación de DON LUIS _____ se interpuso demanda de JUICIO ORDINARIO contra la entidad BANKINTER, S.A., sobre NULIDAD DE CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS; en cuya demanda, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión, terminó con la súplica al Juzgado que, previa la tramitación del juicio, se dictase sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito con la demandada en fecha de 4 de mayo de 2006 y denominado *Clip Bankinter 06-5.3*, con restitución de la totalidad de las liquidaciones practicadas desde el inicio del contrato y el mantenimiento del producto contratado hasta su caducidad, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda presentada, se dio traslado de la misma a la demandada, emplazándola para que la contestase en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Que por el Procurador de los Tribunales Don _____ en nombre y representación de la entidad Bankinter, S.A. se presentó escrito de contestación a la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos pertinentes, terminó con la súplica al Juzgado que, previa la tramitación legal correspondiente, se dictara sentencia por la que se desestime la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Que tras tener por contestada la demanda, se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa a la que se refiere el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citándolas para la misma.

QUINTO.- Que llegado el día y hora señalados para la celebración de la audiencia previa, con la comparecencia de las partes, no habiendo cuestiones procesales que discutir, se procedió por ambas a proponer prueba, proponiéndose las pruebas que obran en la grabación efectuada al efecto, declarándose pertinentes en la forma que asimismo aparece en dicha grabación y señalándose fecha para la celebración del juicio, el cual tuvo lugar en la forma obrante en el acta levantada al efecto y en la correspondiente grabación videográfica, dándose por terminado el juicio y quedando concluso para dictar sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales establecidas, excepto el plazo para dictar sentencia por las excesivas ocupaciones resolutorias que pesan sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Siguiendo la redacción fáctica que se contiene en el escrito inicial, se señala que en fecha de 4 de mayo de 2006 (aunque parece que existe un error en dicha fecha) el demandante suscribió con la demandada un contrato denominado "de gestión de riesgos financieros", el cual se aporta como documento nº 1 de la demanda y cuyo original es acompañado por la propia demandada como correlativo documento del escrito de contestación, no existiendo debate alguno, pues, sobre la firma del contrato, a pesar de que en el ejemplar que se aporta por el demandante y que según manifiesta es el único que se le facilitó por la entidad bancaria accionada, se omite el dato relativo a la fecha, siendo en cualquier caso llamativo el hecho de que tal dato (cuya importancia desde

luego no es baladí en el marco de las contrataciones en la que nos encontramos, independientemente de que en lo que afecta al supuesto enjuiciado en realidad no tenga excesiva relevancia) aparezca manuscrito con bolígrafo y no impreso como el resto del contrato, como así debería de haber ocurrido, significando, como ya se ha adelantado, que la fecha que aparece en la copia que se aporta por el banco y en la irregular o anómala forma indicada -18 de abril de 2006- no es coincidente con la que mantiene el reclamante. Por lo que se refiere a las condiciones del contrato -del inicialmente suscrito entre las partes- se detallan en el HECHO PRIMERO de la demanda y así se señalan: 1º. Nombre del producto (Clip Bankinter 06-5.3). 2º Fecha de inicio de comercialización (31 de marzo de 2006). 3º. Fecha de fin de comercialización (27 de abril de 2006). 4º. Fecha de vencimiento del producto (4 de mayo de 2006). 5º. Duración (3 años y 6 meses). 6º. Ventanas de cancelación (el cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto y así la entidad Bankinter, S.A. ofrecerá a los clientes una ventana de cancelación los días 15 de los meses de mayo, agosto, noviembre y febrero de cada año, comenzando el día 15 de agosto de 2006 y finalizando el día 15 de agosto de 2009, añadiendo que la entidad ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas y adicionalmente podrá repercutir al cliente los posibles gastos en los que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto financiero). En el HECHO SEGUNDO de la demanda se señala que "en el mes de junio de 2008 el demandante recibió una llamada desde la entidad Bankinter en la que se le comunicaba que el *Clip* iba a caducar y que se iba a proceder a su renovación, personándose en la Sucursal y firmando un documento del que no se le proporcionó copia alguna, **siendo este el documento/contrato cuya anulación se pretende**, dando aquí por reproducido el íntegro contenido del SUPLICO de la demanda en el que se plasma la declaración judicial que se pretende obtener; la parte demandada, obviamente, se opone a la reclamación y siguiendo el contenido de la carta que como documento nº 3 de la demanda remitió la entidad Bankinter al cliente -en respuesta a la reclamación que se dirigió a dicha entidad y que se acompaña como documento nº 2 de la misma demanda-, en ella se viene a dar explicación sobre la disconformidad mostrada por el cliente con la información suministrada sobre las características y condiciones del contrato marco de gestión de riesgos de tipos de interés objeto de contratación en fecha de 19 de junio de 2008 por renovación de uno anterior que había finalizado -comúnmente conocido con el nombre de *clip de tipos de interés*-, así como sobre la anulación del *Clip Bankinter Extra 08.2*, con petición de la retrocesión de las liquidaciones practicadas desde el inicio del contrato y la asunción de dicho coste por el banco, señalándose en dicha carta: a) que "con carácter previo a la contratación el cliente recibió la información necesaria para que pudiera tomar una decisión fundada sobre el producto ofertado y que finalmente decidió suscribir"; b) que "la información

comercial facilitada tanto escrita como verbal, así como la propiamente contenida en el contrato clip suscrito le permitieron tomar y adquirir un conocimiento detallado de las características del producto"; y c) que "el cliente tuvo pleno conocimiento de que el producto que contrataba era de los denominados *derivados financieros* -y a tal efecto en las Condiciones Generales se le exigía la apertura de una cuenta de tal naturaleza-, cuyo efecto económico era estabilizar los costes financieros derivados de los productos suscritos mediante el intercambio entre el cliente y el Banco de un tipo de interés variable (que el cliente recibe) por un tipo de interés predeterminado y fijado de antemano (que el cliente abona), calculados ambos sobre el importe nominal que cubre, total o parcialmente, el endeudamiento general bancario del cliente"; se le indicó también al demandante en la carta referida que "el efecto de que se habla se ha apreciado en las dos primeras liquidaciones trimestrales en las que ha recibido abonos en su cuenta por importes de 159,47 € y de 241,46 € -en septiembre y diciembre de 2008-, pero durante la vida del producto y como se informa en el propio contrato la evolución a la baja de los tipos de interés vigentes en el mercado puede conllevar apuntes negativos en la cuenta corriente por las liquidaciones periódicas del producto -como sucedió en la correspondiente al mes de marzo de 2009- o, en el caso de la cancelación del producto, una liquidación negativa, riesgo del que se informó al cliente al tiempo de contratar y del que era perfecto conocedor, habiendo comunicado los comerciales de la entidad que el producto contratado no tenía como finalidad la de obtener un beneficio económico, sino dotar de estabilidad sus costes financieros, pero sabiendo en todo caso que en función de la evolución del mercado podían llegar a existir liquidaciones negativas".

SEGUNDO.- Expuestos de forma, quizás extensa, los hechos más relevantes en los que ambas partes sustentan sus posiciones, más específicamente, lo que el actor pretende es la declaración de nulidad de un contrato -el segundo de los suscritos- en el que a su juicio ha existido un claro vicio del consentimiento, basando su petición de nulidad en: **A)** Que el contrato suscrito y denominado en su encabezamiento como de *Gestión de riesgos financieros* fue vendido como un contrato que tenía por objeto la protección de los pagos de la hipoteca que el demandante tenía contra las subidas de los tipos de interés, tratándose, pues, y según la información que se le facilitó, de una especie de seguro de cobertura de los tipos de interés, sin coste alguno para el cliente, pero resultando que lo realmente contratado fue un derivado financiero denominado *swap de intereses*, con una mecánica altamente compleja y desde luego desconocida para un cliente del perfil del aquí demandante. **B)** Que en la renovación del contrato inicial llevada a cabo en el mes de noviembre de 2008, se firmó un documento del que ni siquiera se proporcionó copia al demandante, colocándolo en una clara situación de indefensión y

desprotección frente a la abusiva y engañosa actuación de la entidad bancaria, incumpléndose la normativa MIFID por cuanto: 1º. Existe un inválido perfil del cliente a quien le ofrecen un seguro cuando lo que realmente se suscribe es un producto altamente especulativo, no acorde con la experiencia ni con los conocimientos del cliente. 2º. Inexistente o confusa información al cliente sobre los riesgos y consecuencias derivadas de la operación. 3º Inexacta información sobre la finalidad del contrato suscrito, que no satisface los objetivos que impulsaron al cliente a suscribir el producto y que no eran otros que la cobertura frente a los costes que pudieran derivarse del incremento de los tipos de interés. 4º. La asimetría del contrato que por su configuración no permite otro beneficiario que la entidad Bankinter. 5º. La engañosa publicidad de la entidad que ofrecía el producto Clip como algo innovador para proteger una financiación ante una subida de los tipos de interés.

TERCERO.- La resolución de la pretensión, de matiz eminentemente jurídico, pasa obviamente por analizar el contenido del contrato suscrito y cuya anulación se pretende y que no es otro que el segundo de los firmados por el demandante, denominado "Clip Bankinter Extra 08-2", cuyas condiciones particulares se aportan como documento nº 4 de la contestación y que es aquel cuya falta de entrega al propio demandante se denuncia en la demanda, debiendo determinarse si en la tesis que el actor Sr. _____ mantiene pudo existir, a la hora de firmarlo, un vicio de consentimiento porque el mismo se prestase por error, ligado ello a la hipotética falta de información por parte de los responsables del banco sobre la verdadera naturaleza jurídica del contrato al tratarse de productos complejos que operan con derivados financieros de altísimo riesgo para los clientes suscriptores de los mismos (en ningún pasaje de la demanda se habla de la existencia de un posible dolo en la prestación del consentimiento). Siguiendo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Gijón de fecha de 21 de enero de 2010 dictada en el juicio ordinario nº 584/09, uno de los requisitos esenciales que de todo contrato establece el artículo 1.261 del Código Civil es 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 1.262 del mismo Código, siendo nulo -de conformidad con el 1.265 de l mismo texto legal- si se hubiere 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 contraen, lo que 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 cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciéndose códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por condiciones generales predeterminadas y en no pocas ocasiones no negociables e impuestas por quien ostenta la posición predominante en la negociación, en el caso que nos ocupa, los Bancos". En la línea de lo expuesto, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 13 de noviembre de 2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, arbitrando mecanismos que permitan reclamar ante situaciones abusivas.

CUARTO.- Desde la perspectiva litigiosa, interesa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato enjuiciado y teniendo en cuenta por ello la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación en su artículo 2. b), entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o

no, establecía en el artículo 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. Y en desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 629/1993, de 3 de mayo, también vigente cuando se celebró primero de los contratos suscritos, establecía en su artículo 16 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, incorporando como Anexo un Código General de Conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, precisando además, 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. Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 -páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente y que pueden consultarse en su página web- y referido a que las entidades financieras deben estar 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 y sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2009, destacando al efecto que la

tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, señalando que "... los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto en relación con la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos (...)"; y así lo entiende también el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha de 24 de junio de 2006 y en relación con una permuta financiera vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, producto que no presenta características especulativas a diferencia de lo que sucede en este caso, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, sino también de que para la clientela tradicional, conocedora únicamente de los productos típicamente bancarios, 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 de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la clientela deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

QUINTO.- Hechas las anteriores consideraciones y centrándome ya en el supuesto sometido a enjuiciamiento, el contrato celebrado entre Don Luis _____ y la entidad Bankinter, S.A. y cuya nulidad se pretende se denomina *contrato de gestión de riesgos financieros*, suscribiéndose un primer contrato -que es el que se aporta como documento nº 1 de la demanda y se corresponde con aquel que se incorpora por la demandada como documento nº 1 de la contestación- en el que se acompañan determinadas condiciones generales y unas condiciones particulares referidas al producto concreto contratado que se denomina "Clip Bankinter 06-5.3"; además de este primer contrato, se suscribió un segundo documento contractual en fecha de 19 de junio de 2008, denominado *Clip Bankinter Extra 08.2*, que es aquel cuya declaración de nulidad se pretende, tratándose en ambos casos de lo que se conoce como contrato Swap o permuta financiera de tipos de interés, tal y como por otra parte se consideran por la propia entidad demandada en su escrito de contestación -FUNDAMENTO DE DERECHO II, letras A), C) y D) y HECHO SEGUNDO, letra E)-, y pese a que en ninguno de tales documentos que integran los contratos (condiciones generales y particulares) se mencionan dichos términos y sí únicamente a la finalidad de optimizar los riesgos financieros a los que el cliente se ve expuesto, estableciéndose un marco general que permita gestionar todos o parte

de dichos riesgos (EXPONENDO 1 del contrato inicial). Se trata en suma, el litigioso, de un contrato Swap de interés o un contrato de permuta de carácter financiero, no pudiendo sino calificar al mismo como un producto de claro carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, y dotado también de un alto riesgo, porque cuando se contrata, evidentemente, no se conoce cómo va a evolucionar el mercado. El demandante Sr. _____ sostiene que no fue informado de las reales características que tenía el contrato y que en todo momento entendió que lo que contrataba era un producto que le aseguraba y protegía frente a la subida de de los tipos de interés en relación con la hipoteca que tenía contratada (FUNDAMENTO DE DERECHO IV de la demanda, página 6), circunstancia esta que viene a suponer, en la versión que él mantiene, que incurrió en un error al prestar su consentimiento.

SEXTO.- Y a propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, señalando la jurisprudencia de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso (sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 13 de febrero de 2007); y el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le sea fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, siendo exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto -SSTS de 28 de febrero de 1974 y de 18 de abril de 1978-, y menor, por el contrario, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS de 4 de enero de 1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra

parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Dicho esto, teniendo en cuenta que como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 26 de abril de 2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado y contratación de productos financieros complejos, que dicha carga probatoria sobre la efectiva y real existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual 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 estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso no se acredita que la demandada cumpliera con tal exigencia y se informara al demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas. En materia de contratos financieros y en lo que afecta al caso analizado, debe de observarse la ya citada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), modificada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, en cuyo artículo 78 bis se señala que las empresas que presten servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, teniendo la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos; el artículo 79 de la misma ley dispone que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en tal ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, disponiendo finalmente el artículo 79 bis lo siguiente: 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las

partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. 4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda, dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente. Además de la Ley referida, debe dejarse constancia del R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1.309/2005, de 4 de noviembre, en cuyo artículo 60 se establecen las condiciones que debe reunir la información para ser clara, imparcial y no engañosa, señalándose específicamente que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, además de suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, no ocultando, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. (...)".

SÉPTIMO.- La prueba obrante en el procedimiento fue, exclusivamente, la documental que cada parte aportó, habiendo propuesto inicialmente la entidad demandada Bankinter, S.A. la declaración testifical de diversas personas vinculadas con ella, específicamente quienes eran Directores de la oficina en el momento en el que fueron suscritos los dos contratos a los que el pleito se refiere y además Doña _____, Gestora de Coberturas de Tipos de Interés y Divisas, pero renunciando finalmente a dichos testimonios al venir a considerar dicha prueba innecesaria e intrascendente, toda vez que su objeto era, únicamente, el de ratificar cuantas circunstancias se expusieron como base de la oposición mostrada a la pretensión ejercitada, estando ante una cuestión estrictamente jurídica, añadiendo este Juzgador que cierto es que muy probablemente las personas cuyo testimonio fue propuesto habrían mantenido que en realidad el aquí demandante fue debidamente informado acerca de las características de los contratos suscritos y que era perfectamente consciente de los riesgos y consecuencias negativas que desde el punto de vista económico los mismos podían tener en un determinado momento y

en atención a la evolución del mercado financiero; en todo caso y aún considerando que casi con total seguridad dicha prueba testifical no habría aportado dato alguno relevante en el que descansar la decisión a adoptar, lo cierto es que ninguna prueba existe en el procedimiento de que el demandante recibiera una información detallada acerca de los productos que contrataba; por ejemplo, pudo y debió de entregar la demandada algún documento previo de carácter informativo con indicación de las características principales del producto ofrecido, máxime si se consideran las posibilidades de que ocurriera lo que finalmente acaeció -con liquidaciones en contra del cliente altamente negativas y perjudiciales para él en contra de las "escasamente" productivas liquidaciones practicadas a favor del Sr. _____ - calificativo que desde luego se utiliza, no porque las liquidaciones positivas, tomadas de forma autónoma e independiente, sean *desdeñables*, sino por la mera comparación entre estas y aquellas que se realizaron a favor de la entidad bancaria, con una media de aquellas por importe de 145,40 € (sin contabilizar el importe correspondiente a la cancelación del primer clip) y de 1.848,11 € el de las dos liquidaciones negativas correspondientes a los meses de marzo y de junio de 2009; y si hubiera que limitarse al segundo contrato, que es aquel cuya anulación se pretende, el cliente habría obtenido dos liquidaciones positivas por importe total de 400,93 €, mientras que las dos liquidaciones negativas practicadas en las fechas indicadas ascendieron a la cantidad de 3.686,22 €; en ausencia de esa información completa y detallada sobre los contratos que firmaba y los productos que contrataba, desde luego nada habituales en lo que puede considerarse una contratación bancaria usual y ordinaria para el ciudadano medio, es razonable entender que el demandante no leyera detenidamente el documento que se le presentaba, sin perjuicio de que pudiera prestar más o menos atención a las explicaciones del empleado del banco con quien se entendió a la hora de suscribir dichos documentos. Otra circunstancia a tener en cuenta es la redacción literal del EXPONENDO II de las Condiciones Generales del contrato -en todo caso, del primero de los suscritos y que ha de presumirse que serían las mismas aplicables al segundo cuya nulidad se peticiona respecto del que únicamente existe constancia documental de condiciones particulares (documento nº 4 de la contestación), pero no generales-; en dicho exponendo, tras señalarse que "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto riesgo derivado de factores asociados a su funcionamiento, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés", se reseña a renglón seguido que "en el caso de que la evolución de los tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato"; es decir, se recoge la posibilidad de que en función de la evolución del mercado financiero y

específicamente de los tipos de interés el beneficio económico que el contratante espera obtener por el contrato se reduzca o incluso se anule, pero desde luego no habla ni refiere la posibilidad de que exista un perjuicio económico y desde luego no ofrece dato alguno que permita siquiera intuir que el cliente fuera mínimamente consciente de que las liquidaciones pudieran llegar a ser tal altamente perjudiciales o negativas para él como las que en este supuesto se han producido; es más, podría admitirse, a efectos puramente dialécticos, que el cliente era conocedor de la posibilidad de alguna liquidación negativa -y así podía desprenderse de los ejemplos que aparecen a modo de simulación acompañados con los documentos 3 y 4 de la contestación-, pero desde luego lo que debe de descartarse es que ni las condiciones generales ni las simulaciones ofrecidas al cliente permitían llevar a la conciencia del Sr. _____ la posibilidad de que se dieran en la práctica liquidaciones negativas como las que se han producido en la realidad. Otro dato a tener en cuenta es que con el primero de los contratos suscritos se incorpora una publicidad de la propia entidad bancaria que, desde luego, induce a confusión y rechaza cualquier posibilidad de que atendiendo a lo que en la misma se afirma un contratante medio pueda siquiera llegar a intuir e imaginar los posibles riesgos y consecuencias perjudiciales que el producto contratado pudiera tener para su economía, utilizando expresiones tales como "la mejor gama de productos de cobertura para mantener bien sujetos sus tipos" o "lo mejor para tener sujetos los tipos de interés", llegando a ejemplificar diversas liquidaciones que en un porcentaje de prácticamente un 75% arrojan resultados positivos para el cliente; y si se observa el folleto publicitario que se acompaña con el contrato aquí debatido (documento nº 5 del escrito de contestación), se viene a calificar el producto *clip bankinter* con adjetivos tales como el de la "estabilidad", "tranquilidad" y "seguridad", resaltando en negrita el segundo de los mencionados, utilizando además otras expresiones tales como "innovador, diferenciador y satisfacción", "reducción de riesgos de tipos", "stop a la incertidumbre en los mercados" o "control de costes financieros"; desde luego tales expresiones inducen a confusión y no son compatibles con las, desde el punto de vista cuantitativo, importantes liquidaciones negativas practicadas en los meses de marzo y junio de 2009 y nada que ver por supuesto con las que de carácter positivo le precedieron a favor del cliente, de cuantía muy moderada si las comparamos con aquellas, pudiendo afirmar que ha existido una clara desproporción en la posición que una y otra parte ha tenido en el contrato y siendo ello consecuencia de la aplicación de cláusulas sobre las que el demandante careció de la suficiente información para poder formarse una voluntad clara acerca de las verdaderas consecuencias que podrían llegar a producirse en función de los parámetros determinados en el contrato.

Por todo lo expuesto, debe de estimarse la pretensión de nulidad del contrato suscrito en fecha de 19 de junio de 2008, con recíproca devolución de las prestaciones recibidas por las partes.

OCTAVO.- Aún estimándose la demanda, estando ante una controversia estrictamente jurídica y siendo evidente que sobre la cuestión aquí planteada existen sentencias de Audiencias que resuelven la misma en sentido contradictorio y de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace especial declaración en materia de costas.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña _____ en nombre y representación de **DON LUIS** _____ contra la entidad **BANKINTER, S.A.**, debo declarar y declaro haber lugar a la misma, declarando la nulidad del contrato denominado "Clip Bankinter Extra 08-2" suscrito entre las partes en fecha de 19 de junio de 2008, con restitución entre las partes de la totalidad de las liquidaciones practicadas desde el inicio del contrato, todo ello sin declaración alguna en materia de costas.

La presente sentencia, que se notificará a las partes, no es firme y contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN.....**

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

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN Y DEPÓSITO - La anterior sentencia fue hecha pública por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO-JUEZ que la suscribe, en el día de la fecha y durante las horas de audiencia mediante depósito en esta Secretaría a mi cargo, emitiendo, seguidamente, certificación de la misma para su unión a los Autos, y archivando el original de la sentencia en el libro correspondiente. **DOY FE.**