



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Ma Victoria Lizasoain Celorrio
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Avda. La Paz, 37 - Entrepiano
09004 - BURGOS
Tel.-Fax 947 22 02 91



JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 BURGOS

SENTENCIA: 00201/2010
JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 DE BURGOS

AVDA. REYES CATÓLICOS 53 - 5ª PLANTA
947 28 44 27/32
947 28 44 37

N.I.G.: 09059 42 1 2010 0005943

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000617/2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. OSCAR MOLINUEVO DIEZ, OSCAR MOLINUEVO DIEZ

Contra D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. JORGE CARAMES PUENTES

PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
BURGOS

17 DIC 2010

FECHA DE NOTIFICACIÓN

DOÑA MAGISTRADA JUEZ DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CUATRO DE LOS DE BURGOS Y SU
PARTIDO, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente,

SENTENCIA NUMERO 201/2010

En la Ciudad de Burgos, a trece de diciembre de dos mil diez.

Habiendo visto los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario, seguidos en éste Juzgado bajo el número 617/10, a instancias de D. _____ y D^a _____, representados por la Procuradora Sra. _____, y dirigidos por el Letrado SR. Molinuevo Díez, contra BANKINTER, S. A., representado por el Procurador SR. _____ y dirigido por el Letrado SR. Caramés Puentes, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación de la parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad alegando los hechos y fundamentos en derecho que estimó de aplicación al caso para terminar suplicando del Juzgado que previos los trámites legales en su día se dicte sentencia por la que se acuerde la declaración de nulidad de contrato, dejando sin efecto las liquidaciones realizadas por mor del mismo, así como los cargos que por tal razón se hayan efectuado, con restitución a las partes de lo que les corresponda con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda se emplazó al demandado por termino legal ordinario.

TERCERO.- El demandado compareció en debida forma contestando a la demanda oponiéndose a la misma por los hechos y fundamentos jurídicos que obran en su escrito de contestación, por lo que se procedió a señalar día y hora para la audiencia previa prevista en la Ley, a la que compareció la parte actora quien se ratificó en su escrito inicial de demanda, compareciendo también la representación procesal del demandado quien se remitió al contenido del escrito presentado por esa parte solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Intentada sin éxito la conciliación o transacción sobre la litis, expresada la postura de las partes ante los documentos dictámenes presentados y fijados los hechos controvertidos, ambas partes propusieron las pruebas que consideraron útiles para sus intereses.

Se señaló fecha para el juicio en el que se practicaron las pruebas que propuestas fueron admitidas y declarada su pertinencia en la mencionada audiencia previa.

Tras ello y en el mismo acto de juicio las partes expusieron sus conclusiones, quedando las actuaciones conclusas en poder de S. S^a, para dictar la oportuna resolución.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes se han observado cuantas prescripciones legales venían ordenados para los de su clase.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda una acción de declaración de nulidad de contrato suscrito entre las partes con fecha 15 de enero de 2007, documento n° 2 unido a la demanda no impugnado de contrario. Realiza esa petición al considerar la existencia de dolo en la demandada que intencionadamente engañó a la actora, exigiendo la celebración del contrato que nos ocupa, ocultando datos relacionados con el mismo en particular en cuanto a la cancelación, sin que se prestara por lo actores consentimiento para contratar un producto financiero complejo y especulativo, en el que además no existe un objeto contractual cierto y determinado, y que se firmó sin la debida información; de forma subsidiaria, en la fundamentación de la demanda se hace referencia a la anulabilidad del contrato por error en la prestación del consentimiento. En todo caso se alega la condición de consumidor de la actora.

Por su parte la demandada, fijando los textos legales vigentes en el momento de celebración del contrato que nos ocupa, niega la existencia de vicios de consentimiento, indicando que en todo caso ha sido validamente confirmado durante su vigencia, y señala el cumplimiento de la Ley 24/1988, de 28 julio 1988 de Mercado de Valores y de la Ley 26/1984, de 19 julio 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

SEGUNDO.- No se ha discutido por las partes el contenido como tal del contrato objeto del pleito, que recordemos, es el unido a la demanda como documento n° 2 ni tampoco el hecho de que los actores tienen la consideración de consumidores.

Ciertamente ese contrato data de febrero de 2007, por lo cual se encuentra sujeto a la Ley 26/1984, de 19 julio 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sin que le sea de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre 2007 que Aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; además en relación a la Ley 24/1988, de Mercado de Valores, hemos de tener en cuenta que el contrato se firmó con anterioridad a la Ley 47/2007 que Modifica la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores.

Partiendo de esta base hemos de señalar que nos encontramos ante un contrato que como indica la sentencia de la Ilma. Audiencia provincial de Burgos de 10 de noviembre de 2010: "Swap, o Clips, como lo denomina la sociedad demandada y apelante-, que describe y define la sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Tercero, folio 671, como un contrato "en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda, precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Bankinter un tipo de interés variable referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia".

No se ha discutido por las partes la naturaleza del contrato.

Esta misma sentencia realiza un análisis de las cláusulas de dicho contrato plenamente aplicables al supuesto que nos ocupa, dado que nos encontramos ante idéntico acuerdo entre las partes, aun más, en el presente caso nos hallamos ante un consumidor como contratante: "Los contratos litigiosos contienen unas Condiciones Generales y otras Particulares.

Entre las primeras, procede destacar y hacer las consideraciones jurídicas siguientes:

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

Es patente la ambigüedad de su redacción, como se infiere de diversas expresiones que se expresan. Así, se alude a "un cierto grado de riesgo" -algo, pues, indeterminado, como poco significativo de lo que comporta- "derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos" -señalándose, enunciativamente la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, sugiriendo que pueden variar, pero omitiendo algo tan sencillo como subir o bajar- y lo que es más significativo de esta ambigüedad, la referencia a que la evolución de los tipos de interés "sea contraria a la esperada", esto es, que bajen, muy por debajo del tenido en cuenta, que "podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente Contrato" - omitiéndose que daría lugar a tener que pagar por su parte, y cantidades importantes en caso de cancelación anticipada; sin que el contrato tuviera ese aspecto aseguratorio, de equilibrio de las prestaciones; no en sentido técnico-jurídico de seguro, como alega la parte apelante-.

Es decir, se sugiere que lo mas que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada.

B) En la Cláusula 3 se establece la realización de liquidaciones que pueden generar un resultado positivo o negativo para el cliente, remitiéndose a las Condiciones Particulares respecto a su periodicidad y fórmula aplicable para obtener el neto que sirva de apunte en la cuenta de liquidación. Es verdad que, en esta Cláusula, se advierte de un eventual resultado negativo para el Cliente, pero sin conocer su posible alcance, al hacerse depender de la fórmula que figure en las condiciones particulares.

C) La Cláusula 1 revela la dinámica contractual que lleva a la suscripción del contrato, en la expresión "el Banco ofrecerá al Cliente", el conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo, "con la finalidad de que éste (el Cliente) pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales". Es el Banco el que configura los instrumentos financieros que ofrece, expone, al Cliente, para que, éste, en virtud de lo ofrecido, que es la voluntad declarada del Banco, pueda ponderar sus características financieras, para adecuarla a sus riesgos financieros, asumidos en sus operaciones comerciales. Pero esta decisión, en razón a esta ponderación, que es su finalidad comercial, dependerá de lo que le ofrezca el Banco, de cualquier forma, y no solo por la literalidad del contrato impreso, al que se adhiere el cliente - los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", como establece el art. 1.258 C.Civil.

D) Refuerza esta posición relevante del Banco el hecho que sea "a propuesta del Banco" el que el cliente pueda contratar durante el periodo de comercialización -Cláusula 4-. El Cliente solo puede contratar aquello que el Banco propone (posición que

se reitera al final de esta Cláusula para las condiciones particulares de los productos "que le sean ofrecidos por el Banco").

E) Esta posición privilegiada del Banco, y de disponer, en su favor, de las obligaciones contractuales, se patentiza en la Cláusula 5, en la que el cliente reconoce el derecho de Banco de revocar la oferta, por circunstancias sobrevenidas en el Mercado, que alteren sustancialmente la situación existente cuando se hizo la oferta, solo "a juicio del Banco", sin que el Cliente pueda exigir su cumplimiento, ni resolver, del mismo modo, el contrato marco.

F) La cláusula 6 concede al cliente la facultad de cancelar anticipadamente su producto, cuyo resultado económico "vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente"; circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del Cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, y salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad, que el Banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes mas aproximados.

Pero es que, además el apartado segundo de esta cláusula, da a entender que, este resultado económico, teniendo su cuenta ese mismo concepto jurídico indeterminado de "condiciones de mercado", lleve a "verse minorado" por el coste o perjuicio ocasionado al Banco, cuando la realidad, como es visto, no ha consistido en una mera minoración, se entiende, de algo que se percibe, sino la obligación de abonar cantidades importantes.

Ni al Cliente se le concede la misma facultad resolutoria por "variación sustancial de las circunstancias de sirvieron de base para la formalización de la operación-", por las condiciones existentes en el mercado.

Es verdad que hay una referencia a que la liquidación puede ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual, cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un Cliente, consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas, como hipotecas y crediticias.

G) Esta posición contractual favorable del Banco se aprecia en las garantías que conviene, los aspectos procesales que regula, o las diferentes exigencias para la cesión de la posición contractual que contempla la Cláusula 9.

TERCERO.- En cuanto a las Condiciones Particulares, básicamente, no modifican las consideraciones jurídicas antecedentes, especialmente, lo que concierne a la cancelación anticipada, que se vincula a la situación de mercado; y liquidaciones periódicas, resultante del neto de los conceptos Cliente Paga y Cliente Recibe, de modo que puede cobrar o pagar. Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende,

abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado.

Despejados los aspectos del contenido contractual que interesan al objeto del proceso, la cuestión, ahora, es dilucidar su incidencia en la formación válida y eficaz de la voluntad negocial del Cliente y la prestación de su consentimiento." (En el mismo sentido véase sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 3 de diciembre de 2010).

TERCERO.- De la prueba practicada y obrante en autos hemos de señalar como ya hemos dicho, que nos encontramos con las mismas cláusulas.

Ciertamente se ha discutido en especial sobre dos de ellas, no en cuanto a su contenido, sino a su interpretación, y no podemos sino corroborar lo sostenido por la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos.

En primer lugar es cierto que la cláusula 5 de las condiciones generales expresamente contempla que " no obstante lo dispuesto en la cláusulas anteriores EL CLIENTE, reconoce el derecho del BANCO durante toda la vigencia del periodo de Comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta de los Productos de revocar esta última respecto de todos o algunos de estos Productos si bien es este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de carácter similar al que se les ofreció inicialmente. El CLIENTE podrá aceptar la propuesta alternativa o resolver el presente contrato marco"

En una lectura atenta de esta cláusula podemos deducir que la facultad del banco que contempla se limita al periodo de oferta. En este sentido lo aclaró el perito que depuso en el acto del juicio, D. , que, aun siendo perito de parte, la demandada no puede por ello no ser considerado su informe, aun más cuando ha sido sometido a contradicción, dada su cualificación.

Ahora bien, aun limitada ese derecho de desistimiento unilateral al periodo de comercialización del producto, ya que a ese derecho de revocación de la oferta que se establece a favor del Banco, no se contraponen derecho alguno del cliente.

No olvidemos además, que en el presente supuesto nos encontramos ante un consumidor y que por tanto el contrato se ha de regir por los principios de buena fe y equilibrio de las prestaciones conforme a lo dispuesto por el artículo 10.1.c de la Ley 26/84, de 9 de julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios

Por otro lado, se ha discutido ampliamente sobre la cancelación del contrato, sosteniendo la parte demandada la claridad de la fijación de las condiciones de cancelación en el mismo.

En este sentido el informe pericial ya indicado explica que realiza en sus folios 21 a 24 un análisis de la simulación de cancelación, entendemos que la única a la demanda como documento nº 6 no impugnado de contrario, señala do que "el coste de

cancelación no es mas que una liquidación a practicar, la cual recoge los flujos que se esperaba generar el Contrato Clip desde la fecha en que se pretende cancelar y hasta la fecha del vencimiento del mismo. Esta liquidación debería ser compensado con los flujos de caja futuros previstas para el coste financiero de la deuda, ante la aumento y disminución de los tipos de interés desde el inicio de la cobertura hasta la fecha de cancelación." Se observa en ese informe que a estos efectos se tienen en cuenta el nominal, el plazo, siendo éste los días a contar desde la fecha de la próxima fijación hasta el vencimiento del producto, CR, tipo de interés medio estimado a recibir por el cliente en las próximas liquidaciones has el vencimiento del clip, indicando el perito que conforme a lo definido en las condiciones particulares y que este tipo de interés releja el valor actual de la media esperada de la futuras fijaciones del tipo de referencia y puede calcularse utilizando las cotizaciones de los depósitos interbancarios, swaps de tipo de interés o futuros de tipos de interés en la fecha de solicitud de cancelación, CP, tipo de interés medio estimado a pagar por el cliente den las próximas liquidaciones hasta el vencimiento del clip según lo definido en las condiciones particulares, L última liquidación fijada pendiente de liquidar, siendo la formula, $NOMINAL \times PLAZOX(CR-CP) / 360MÁS L$, (página 23 del informe pericial). Se explica posteriormente que el tipo de interés estimado a recibir por los clientes en las futuras liquidaciones se encuentra acorde con las condiciones del mercado existentes en el momento de la realización de la simulación de la cancelación al situarse la cotización al tipo de interés a un año y medio u medio objeto a través de Bloomberg(página 24 del informe).

Ahora bien, la explicación con la que ahora contamos a través de este informe pericial no se desprende per se de las condiciones particulares del contrato; así la sentencia señalada recoge: "Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende, abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado".

Se hace referencia por el demandado a la existencia de un contrato espejo, como indica el informe pericial, páginas 19 y 20, en este caso con SOCIETE GENERAL, señalando que BANKINTER no se beneficia de la subida o bajada que sufra el tipo de interés recogiendo en su página 21 que no hay beneficio para BANKINTER derivado del potencial perjuicio de los cliente, ya que si este cancela su contrato de gestión de riesgos financieros, BANKINTER ser vería obligado automáticamente a cancelar la operación espejo de dicho contrato, sufriendo las mismas que se deriven de dicha cancelación anticipada.

No corresponde a este procedimiento el análisis de la corrección de la liquidación realizada por el demandado para el supuesto de cancelación, pero lo que sí es cierto es que todas estas explicaciones, correctas o no, que ahora conocemos a través del informe pericial aportado, no pueden desprenderse sin

más de las cláusulas del contrato, dada su indeterminación y falta de precisión, por lo cual, solo podemos concluir que el cliente desconocía el coste de su solicitud de cancelación, no desprendiéndose de las ventanas de cancelación de las condiciones particulares o de la cláusula 6 de las condiciones generales el contenido exacto de lo que iba a suponer tal liquidación, recordando que la cláusula sexta alude a las condiciones de mercado, de una forma totalmente indeterminada y las ventanas de cancelación y que en las condiciones particulares se refiere a la repercusión de posibles gastos en que pudiera incurrir en relación a deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, sin que siquiera esos posibles gastos figuren en la liquidación simulada ni como tal en el informe pericial.

CUARTO.- Por otro lado no consta en modo alguno que se informara de todo ello, del real contenido de las cláusulas descritas en los fundamentos segundo y tercero, al contratante ahora actor de la forma que exige la Ley.

En acto de juicio prestó declaración a instancia del demandado, D. Jesús Daniel Sáez, director de la oficina de BANKINTER donde se firmó el contrato, manifestando que explicó el funcionamiento del contrato con ejemplos de subidas y bajadas y que entregó un documento explicativo del contrato con ejemplos, pero, por un lado, no podemos obviar la calidad del testigo, y por otro, ni siquiera se ha aportado ese documento u otro similar que se entregara en supuestos semejantes.

Ciertamente no estaba en vigor en el momento de celebración del contrato el actual artículo, 79 bis de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, incluido por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, ni tampoco el R. D. 217 /2008 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión,, pero sí el artículo 79.1, a, c y e de dicha Ley 24/88, que contemplan:

Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.
- b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
- d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para

garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Y el artículo 53 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios que recogía:

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.

Así pues no podemos sino concluir con la sentencia ya indicada de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos(y la de 3 de diciembre de 2010) que contempla "Prima facie, podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor, y mas si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria -ex art. 217-7 LEC- del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"- art. 5.3.-

La Ley 47/2007, 19 de diciembre, que modifica L.M.V., introduce el art. 79 bis regulando los deberes de información frente al cliente no profesional, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero ofrecido, para que el cliente pueda tomar las decisiones correspondientes con conocimiento de

causa, y no verse sorprendido con situaciones, imprevistas para él, y sobre los que no había sido advertido.

Deber de información en fase precontractual y contractual sobre el que ha insistido el Real Decreto 217/2008, 15 febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión - ex art.64-.

No ofrece duda el deber de información normativa que tiene la sociedad demandada, sobre un producto financiero que ofrece al Cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación respecto del Cliente, lo que no consta que así fuera.

CUARTO.-Siendo esto así, concurren las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, como argumenta la sentencia de instancia, a lo que nos remitimos e integramos en esta resolución -técnica jurídica de motivación admitida por el T. Constitucional, SSTC 171/2002, de 30 de septiembre, y 223/2003, de 15 de diciembre-.

Únicamente, subrayar, que el error recae sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el Cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas (sin limitación contractual para las bajadas de los tipos de interés, ni diferencial alguno, y permaneciendo inamovible el nominal inicial, con abstracción de la deuda amortizada)."

Asimismo sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 2010: "Esas importantes omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. En resumen se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía eran unos contratos de elevado riesgo, que podían comportar y comportaron cuantiosas pérdidas, que cubrían de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en los que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente que allí se le reconocía.

Es cierto que, según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el art. 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran 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 del requisito de la excusabilidad 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 en la declaración (sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)."

Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que el demandante no tiene la condición de experto financiero, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

Solo resta volver a incidir que pese a que no todas las disposiciones legales citadas en esta sentencia resultan de aplicación al supuesto que nos ocupa, sí lo son los preceptos ya reproducidos en cuanto al deber de información que fundamentarían en todo caso el pronunciamiento que nos ocupa en este supuesto, y, por otro lado, reiterar la condición de consumidor del actor.

Por todo ello procede la estimación de la demanda, dada la existencia de un error excusable invalidante de su consentimiento ante la ausencia de información sobre las cláusulas del contrato.

QUINTO.- Por último y con la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo ya mencionada señalamos, en relación al hecho de que durante un tiempo los actores recibieran las liquidaciones provenientes del contrato sin realizar ninguna observación o que incluso pudieran haber solicitado la cancelación del mismo: ".- "el hecho de que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos resultaron negativos no supone que hubiera convalidado el contrato mediante su conducta anterior. Cómo también señala la sentencia de la Sección quinta de esta Audiencia de 23 de julio de 2010, antes aludida, ese comportamiento es lógico pues es sólo entonces cuando puede alcanzar a percibir su error; mas aún si se tiene en cuenta que también es sólo en ese momento cuando conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, de

la que era desconocedor al no haber sido informado al respecto con un mínimo de precisión.”

Así pues ese comportamiento no puede considerarse confirmante del contrato.

SEXTO.- En relación a los intereses, dada la nulidad de la obligación, se ha de acceder a lo solicitado por la actora, dada la declaración de la presente resolución.

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de abril de 2010; “Señala el T.S., SS de 10 de julio y 31 de diciembre de 1.998, que en principio y por regla general los efectos de la resolución contractual operan ex tunc, lo que lleva la obligación de restituir lo que cada parte haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional.

Señalan las SS T.S. de 22 de septiembre de 1.989 y 30 de octubre de 1.996, el respecto del art. 1.303 del C.c. (de aplicación analógica el presente caso junto a lo establecido en el art. 1.123 del C.c.), que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelva a tener la situación personal y patrimonial anterior, de tal modo que cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración.

Por tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y al reintegro del precio(S T.S. 28 de septiembre de 1.996), y, tal y como precisó laS. T.S. de 23 de junio de 1.997, devolver el dinero percibido con los intereses.”

SEPTIMO.- Dada la desestimación de la demanda, procede la imposición de costas a la parte demandada, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Llorente Celorrio en nombre y representación de D. [Nombre] y D^a [Nombre] frente a BANKINTER, S. A., representado por el Procurador sr. Santamaría Alcalde, debo declarar y declaro nulo el contrato celebrado el día 15 de febrero de 2007 entre las partes, dejando sin efecto las liquidaciones trimestrales practicadas por BANKINTER, S. A. con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón de las mismas junto con lo interese legales devengados desde la fecha de cada uno de los pagos parciales que integren dicha cantidad, dejando sin efecto asimismo aquellos cargos practicados en las cuentas asociadas al contrato, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente Sentencia en forma legal a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme pudiendo

anunciar recurso de apelación en el término de cinco días en este Juzgado para ante la 1^{ta}. Audiencia Provincial de Burgos.

Adviértase a las partes que de conformidad con el art. 19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, de interponer recurso deberán constituir el depósito de 50 euros, debiéndose ingresar en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en Banesto con el nº 4673 0000 03 0617 10.

Así por ésta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN.- Dada leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia publica en el día de la fecha, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente y dentro de las horas de audiencias de hace entrega por S.S^{as}, de la anterior sentencia de la que se libra testimonio que se lleva a los autos