



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.3
SALAMANCA**

DIEGO SÁNCHEZ DE LA PARRA Y
SEPTIÉN
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
C/ NORTE 46 BAJO B
37184 VILLARES DE LA REINA
SALAMANCA
TEL Y FAX 923 288240
EMAIL-djseptien@telefonica.net
NOTIFICADO 8-4-11

SENTENCIA: 00367/2011
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.3 DE SALAMANCA

PLAZA COLON S/N, 2ª PLANTA

923284681

923284682

045700

N.I.G.: 37274 42 1 2010 0005073

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000749 /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. DIEGO SANCHEZ DE LA PARRA SEPTIEN, DIEGO SANCHEZ DE LA PARRA SEPTIEN

Abogado/a Sr/a. SANTIAGO JIMENEZ SIERRA, SANTIAGO JIMENEZ SIERRA

Contra D/ña. BANKINTER,S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ

Abogado/a Sr/a.

El Ilmo. Sr. D. FLORENCIO BERMÚDEZ BENITO, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Salamanca y su partido judicial, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA nº 367/2011.

En Salamanca, a cuatro de Abril de dos mil once.

Vistos los autos, de **Juicio Ordinario n° 749/2010** seguidos a instancia de D. J.J. y D^a G., representados por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septien, y bajo la dirección del letrado D. Santiago Jiménez Sierra contra la entidad BANKINTER, S.A. representada por la procuradora D^a. M^a Jesús Hernández González, y bajo la dirección del letrado D. José Miguel Fatás Monforte,

Sobre: Nulidad de contrato y otros términos.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento de la demanda presentada por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septien y admitida a trámite, entregándole copia de la demanda y documentos acompañados a las partes demandadas a fin de que en el plazo de veinte días puedan contestarla, si le conviniera en derecho, en caso contrario, se le apercibe que se le declarará en situación de rebeldía procesal. Presentando la parte demandada la contestación a la demanda en tiempo y forma, y admitida esta, se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa, al que comparecieron todas ellas y en el que se ratificaron en sus respectivos escritos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, que se acordó, admitiéndose las propuestas que obran en autos, citando posteriormente a las partes al Juicio, en el que se practicaron las pruebas admitidas y se hicieron las oportunas conclusiones, quedando los autos para dictar sentencia.

SEGUNDO.- La parte actora solicita se dicte sentencia por la que estimando íntegramente el suplico de su demanda, en

concreto que se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes con fecha de 4 de mayo de 2007, con restitución recíproca de prestaciones con sus intereses, condenando a la demandada a reintegrar a nuestros patrocinados la cantidad de 14.652,55 euros, o la que resulte de restar a la cantidad total percibida por la demandada la cantidad abonada a los actores, más los intereses, con expresa imposición a la demandada de las costas.

TERCERO.- La parte demandada se opone, y solicita que se dicte sentencia por la que se desestimen las pretensiones deducidas por la parte actora, con expresa condena en costas.

CUARTO.- En la tramitación de éste procedimiento se han observado, en lo esencial, todas las prescripciones legales.

Hechos probados

Este Juzgador, vio y oyó a los distintos manifestantes que en el acto del Juicio depusieron, percibiendo de manera personal y directa lo dicho por cada uno; pudo percatarse de la forma en que respondían a las preguntas que les formulaban, así como de la razón de ciencia ofrecida por cada uno, y con base en todo ello, de la prueba que se ha practicado en el acto del Juicio, de su estudio exhaustivo, y en virtud del principio de valoración de la fuerza probatoria de las declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica, y del principio de carga de la prueba, llegó a obtener su convicción sobre los siguientes hechos que considera probados, a saber:

1) Que el Director de la entidad bancaria Bankinter, oficina sita en la Avenida de Mirat nº 22, de Salamanca, D. M., llamo por teléfono al actor Sr. J. para que se pasara por el banco para ofrecerle un producto -swaps- muy interesante y

aconsejable para él (así lo manifiesta el propio Sr. Director).

2) Según el Sr. Director -a preguntas de SS^a- este producto es altamente aconsejable para todos aquellos que tengan una hipoteca, pero paradójicamente él tiene hipoteca y no tiene concertado ninguno.

3) Que el demandante Sr. J., fue al banco -ya que su esposa, Sra. G., nunca fue, y firmó el contrato en su casa- y allí el director le "explicó" en unos 15 minutos el funcionamiento de este producto llamado swaps o clips (así lo manifiesta el propio Sr. Director).

4) El demandante Sr. J., fiándose del director se llevó el contrato a casa y lo firmo junto con su mujer, si bien, manifiesta que no lo entendía muy bien, pero dado la relación de confianza existente entre la entidad bancaria y ellos decidieron firmarlo.

5) Que los demandantes no habían contratado previamente ningún tipo de producto parecido a los swaps -ni si quiera unas simples acciones-, teniendo un nivel de formación financiera, a juicio de este Juzgador, e independientemente de que él sea arquitecto y ella profesora, muy básico.

6) Los swaps o clips es un producto derivado, especulativo, aleatorio, y complejo, que promueven y lanzan determinadas entidades bancarias cuando prevén que va a haber una larga etapa de bajada de tipos de interés en relación con las hipotecas que están concediendo. El producto swaps se asocia, en la negociación con el cliente-usuario, con la hipoteca que ha solicitado, ofreciendo el Banco con este producto, en su terminología, una "protección" frente a las posibles subidas de tipos de interés y basándose en un intercambio de flujos

financieros (sin embargo, no se informa -al menos en el supuesto de autos- sobre las consecuencias de las bajadas de tipos de interés, que acarrearán fuertes penalizaciones para el cliente).

6) En un primer momento, cuando se contrató y se puso en marcha dicho producto, hubo un periodo corto de tiempo en el que se produjo un rendimiento favorable para los actores-clientes, para decaer, prolongadamente, a favor de la entidad bancaria.

7) La entidad bancaria no informó debidamente -por escrito, ni gráficamente- el producto que estaban contratando los actores, su funcionamiento, sus riesgos, su autonomía con respecto a la hipoteca, su relación con el euribor, consecuencias si bajaban los tipos de interés, etc. Y dicha falta de información lo fue en la fase precontractual (no suministrándole la información necesaria sobre el producto en cuestión), contractual (concertando un contrato lleno de cláusulas de difícil entendimiento, poco claras -hablan de anular o reducir el beneficio económico, pero no de pérdidas- y que se remiten a las condiciones particulares, contrariando la normativa vigente en la materia) y postcontractual (en el momento que los demandantes se pusieron en contacto con la entidad bancaria para cancelar el contrato, ésta no le supo informar debidamente sobre los gastos de dicha cancelación).

8) No se realizó por la entidad bancaria ningún test de idoneidad y de conveniencia.

9) Que existió error esencial e inexcusable en el consentimiento por parte de los actores, quienes fiándose (el marido fiándose de la entidad bancaria, y la mujer del marido, ya que, no llegó a ir a la entidad bancaria, ni tampoco tuvo ningún contacto telefónico con la misma) firmaron referido

contrato en la creencia de tratarse de un seguro para cubrir las posibles subidas de los tipos y no el producto derivado, especulativo, y complejo que firmaron.

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

PRIMERO.- ACCIONES QUE SE EJERCITAN.

La parte actora ejercita una acción de nulidad de contrato, con las consecuencias innatas a la misma.

La parte demandada contesta a la demanda negando todos los hechos que suponen el sustento de las pretensiones de la actora, y sosteniendo la validez del contrato, en el sentido que exponía y que doy por reproducido.

SEGUNDO.- LOS SWAPS O CLIPS. CONCEPTO Y NATURALEZA.

Es preciso fijar, someramente, la naturaleza del contrato suscrito por los actores, pues es fundamental concretarla para analizar los supuestos motivos de nulidad solicitados. Las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado.

En la doctrina de las Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010, luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente. Dice su Fundamento Jurídico 3º que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C.

y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz

al amparo del art. 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 (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

La SAP Álava (Secc. 1^a) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí, puede concluirse que esta clase de contrato, no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal.

Examinado el contenido del contrato de gestión de riesgos financieros que ocupa a este Juzgador denominado "Clip Bankinter 07 6.3", lo cierto es que no recoge una referencia concreta al conjunto de riesgos asumidos para el caso concreto, y de su aumento o disminución según la evolución de tipos de interés, teniendo en cuenta que en el momento de elaboración y firma del contrato que nos ocupa (04-05-2007), empezaba a vislumbrarse por datos económicos de carácter general, una posible variación en la evolución de los tipos de interés que hubiera llevado al Banco, que siempre es concededor de mas datos económicos que un cliente no experimentado en la

materia de su posible evolución, a no ofertar el producto de la forma en la que lo hizo o con una especial precaución y minuciosidad en la información.

Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados. La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual. Tales características, dotan al producto de un 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, insistiendo que se trata de un producto de alto riesgo porque no se conoce la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo.

TERCERO.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES BANCARIAS.

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 tener 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 -que no fue el caso de autos- la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Para resolver la cuestión objeto de debate, he 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 las personas a quien se dirige. Así lo ha declarado la sentencia de la Audiencia de Asturias 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...".

Pues bien, el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores antes citado, resulta plenamente de aplicación en el caso de autos. Además la Ley ha sido modificada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que ha venido a potenciar a través de la introducción de un artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, "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", de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que "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 e invisible", dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación -cosa que no sucedió en el caso que nos ocupa-.

Por otro lado, subrayar que -así al menos tiene este Juzgador el convencimiento pleno- la entidad bancaria demandada -como el resto de ellas- tenía en la fecha de la firma del contrato litigioso, información suficiente para saber que el periodo de tendencia alcista de tipo de interés estaba llegando a su fin (información ésta que claramente fue ocultada a los demandantes, como al resto de clientes, por razones obvias).

En este sentido, la sentencia de la AP de Asturias de 29 de octubre de 2010, "se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce en el cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este tipo de contratos ha vista como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos..... y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad financiera y no el actor, por más que sea empresario".

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 5º de la AP Asturias, al establecer: "De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables en uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen al ilustrar sobre lo obvio, esto es que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado es positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, es las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento , a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee".

CUARTO.- VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO: ERROR.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1.261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1.262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1.265 de dicho 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 adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente 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, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, 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 las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En este sentido, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, 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, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera (swaps, clips, etc.) 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, ya establecía 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 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 fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los

mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados.

A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3^a) 27-3-2009, 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, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de 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 24-6-2009, y tratándose igualmente de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, 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, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, concedora 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.

A propósito del error como vicio del consentimiento, el art. 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la

sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando 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 y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007).

El error es inexcusable cuando puso 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 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 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 (STS 4-1-1982). 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 es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978),

y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), 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. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la 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 trata de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso resulta patente que la demandada no cumplió con tal exigencia y no informó a los demandantes de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas, y ello se infiere de forma clara y precisa con la sola declaración del Director de Bankinter, quien manifestó que le explico en unos 15 minutos el producto a uno de los demandantes -el marido-, admitiendo que el otro demandante -la esposa- no acudió al banco y que lo firmó en su casa, conducta ésta -que se firmen los contratos en casa, en ausencia del Sr. Interventor, o de empleado habilitado para ello- completamente temerario y contrario a las mas mínimas reglas de diligencia bancaria; pero es que a mayor abundamiento mal pudo explicar el Sr. Director este producto al demandante que acudió a su oficina, cuando no ha sido capaz de explicárselo debidamente a este Juzgador.

Por todo lo dicho, este Juzgador ha 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 este Juzgador ha de ser positiva, pues los clientes-demandantes del banco demandado, que con la operación intentan precaverse de la subida de los tipos de interés en relación con su hipoteca, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, y no es imputable en el caso de autos a los demandantes, ya que, los mismos se fiaban de una entidad bancaria con la que llevaban mucho tiempo trabajando y depositaban una gran confianza, la cual ocultó -a través de su Director- la información necesario en este tipo de producto y que de saberla los clientes no hubieran firmado el contrato litigioso. Lo que se perseguía por los demandantes era la estabilidad que es contrario a un contrato de riesgo, no se plantearon riesgos ni se comentó que pudiera dar resultado positivo o negativo, y esa fue la razón de suscribir el contrato de cobertura de los riesgos de los tipos de interés.

QUINTO.- CARGA DE LA PRUEBA.

Hay que recordar que desde antiguo acostumbra a acudirse a ciertas reglas que atienden al carácter afirmativo o negativo del hecho necesitado de prueba. Así en el Derecho Romano se

acuñaron los brocardos «Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat» Vide, S.S.T.S., Sala Primera, 1 de diciembre de 1944; 19 de febrero de 1945; 8 de marzo de 1991; 28 de julio de 1993; 28 de noviembre de 1996 y 28 de febrero de 1997, entre otras; «Necessitas probandi incumbit ei qui agit»; «onus probandi incumbit actori» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 9 de febrero de 1935 ; «Per rerum naturam "factum" negantis probatio nulla est»; «reus in excipiendo fit actor» Cfr., S.S.T.S., Sala Primera, 7 de noviembre de 1940 y 19 de diciembre de 1959, o «negativa non sunt probanda» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 1 de diciembre de 1944. Así también se regulaba en el Digesto, lib. XXII, título III, ley 2ª "Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat" -incumbe la prueba al que afirma, no al que niega- apareciendo citado en sentencias del Tribunal Supremo de finales del siglo XIX y principios del XX, a saber, SSTS 02-04, 11-05 y 01-12 1887, 23-12-1890, 09-12-1891, 25-11-1892, 03-11-1902, 30-10-1903, y 12-03-1907.

En la práctica procesal anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2000 el único precepto que establecía reglas sobre la atribución de la carga probatoria era el hoy derogado artículo 1214 del Código Civil; el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no hace sino recoger el principio general del derogado artículo 1214 y completarlo con las puntualizaciones y especialidades apuntadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esta precisión lleva a considerar perfectamente aplicable al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los principios jurisprudenciales existentes hasta ahora sobre el alcance del artículo 1214 del Código Civil. El artículo 1214 del Código Civil que regulaba el 'onus probandi', obligaba al que inicia una reclamación judicial a acreditar los hechos que son fundamento de su derecho. Las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en quien tenga la carga de la misma, entrando en juego sólo cuando hay inexistencia probatoria. (S.T.S. 26-1 y 13-5-1993).

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la carga de la prueba, establece que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. En este sentido, STS 24/10/1994 «Recogiendo una doctrina legal ya consolidada, dice la STS de 20-2-60, citada en la de STS de 17-10-81, que "se llega a establecer como principio a seguir para precisar a quién debe corresponder la facultad de demostrar el fundamento esgrimido, que la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor y, por el contrario, es atribución del demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en discusión, sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, a los fines de analizar los factores que se ofrecen para deducir por ellos cuál es el hecho que origina la constitución del derecho que se pide, o la extinción que la origina, llevándolo a declarar en otras, que cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda, en cuanto a éstos, gravado con la demostración de aquellos que constituyen la base de su oposición».

Es precisamente si no logra quedar acreditado un determinado hecho cuando ha de determinarse a cuál de los litigantes ha de perjudicar su falta. La doctrina del «onus probandi» y los criterios legales establecidos al efecto se ordenan prioritariamente a suministrar al juzgador la regla de juicio que, en tales casos, le permitan resolver el conflicto sometido a su enjuiciamiento, pues de otro modo no podría fallar, quebrantando la prohibición del «non liquet» -esta actitud sería constitutiva del delito del art. 448 CP-. Sólo mediata o indirectamente aquellos criterios tienen la

virtualidad de orientar la actividad de las partes distribuyendo entre ellos la carga de probar.

En el caso de autos, 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 (En este sentido, entre otras muchas la Sentencia de la Ilma. A. P. Valencia de 26-04-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005).

SEXTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

Es de aplicación lo prescrito en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado", y la doctrina que del mismo (recordar que a este nuevo precepto le es de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo referente al derogado artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) ha establecido la Sala 1ª del del Tribunal Supremo de forma reiterada y constante, a saber: SSTs 5-III, 5 y 19-X y 8-XII-1981 entre otras muchas: "... los arts. 659 y 586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son preceptos de índole admonitiva y no preceptiva, que como de tal carácter autorizan al Juez para apreciar libremente las

declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica y que en consecuencia no son susceptibles de tener acceso a la casación, toda vez que, al no constar las reglas de la sana crítica en precepto ninguno que pueda citarse como infringido, el Juzgador de instancia tiene facultades amplísimas para apreciar su valor”.

La apelación a las «reglas de la sana crítica» como criterio rector de la valoración de la prueba por los órganos jurisdiccionales se puede observa entre otras muchas en las siguientes Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a saber, de 16 de octubre de 1980; 14 de febrero de 1981; 22 de diciembre de 1981; 10 de mayo de 1982; 14 de junio de 1982; 11 de enero de 1983; 28 de febrero de 1983; 6 de febrero de 1984; 10 de marzo de 1984; 13 de marzo de 1985; 25 de abril de 1986; 8 de mayo de 1986; 25 de mayo de 1987; 22 de febrero de 1988; 23 de junio de 1988; 10 de octubre de 1988; 27 de octubre de 1988; 8 de febrero de 1989; 20 de junio de 1989; 24 de enero de 1990; 13 de febrero de 1990; 20 de febrero de 1991; 20 de febrero de 1992; 17 de diciembre de 1992; 28 de abril de 1993; 10 de marzo de 1994; 30 de enero de 1995; 14 de mayo de 1996; 27 de febrero de 1997; 28 de enero de 1998; 18 de enero de 1999; 4 de mayo de 1999; 28 de junio de 1999; 30 de julio de 1999; 21 de enero de 2000; 6 de abril de 2000; 12 de abril de 2000; 24 de julio de 2000; 31 de julio de 2000; y, 16 de octubre de 2000.

Del modo expuesto más arriba, se ha valorado la prueba testifical practicada en autos.

SÉPTIMO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.

Conviene indicar, igualmente, que el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que dicha prueba es apreciable discrecionalmente pudiendo el juzgador prescindir de su resultado (SS. del T.S. de 31-3-

1992, 4-6-1992, 4-11-1992, 30-12-1992, 26-1-1993, 4-5-1993, 2-11-1993 y 7-11-1994 , entre otras), pero del mismo modo es constante la jurisprudencia que declara que la valoración atribuida en la instancia se ha de respetar, salvo que fuese desproporcionada, absurda o se manifieste irracional (SS. del T.S. de 1-12-90, 23-4-91, 22-5-91, 10-3-94, 14-10-94, 7-11-94, 13-11-95, 25-3-02, entre otras).

Este Juzgador no considera nada objetivo el informe pericial de la parte demandada, ya que, además de tratarse de un informe de parte, choca con los indiscutidos conceptos que sobre este producto -swaps- se ha establecido en el mundo jurisprudencial por muchos, variados e indiscutidos expertos en la materia -además de por el Banco de España- en el sentido expuesto en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

Asimismo, este Juzgador, no le otorga ningún tipo de fiabilidad a la perito de la parte demandada, que a pesar de ser perito de parte, como ya hemos dicho, nos pinta los swaps como un producto sencillo, claro, transparente y que se puede explicar en 5 minutos al cliente, muy aconsejable para todas las personas que tienen hipoteca, pero también -al igual que el director, y contestando a preguntas de SS^a-, paradójica y sintomáticamente a pesar de que ella tiene hipoteca tampoco tiene contratado este producto, dice que se lo esta pensando; pues bien, con todos los respecto a la Sra. Perito, manifestar que tanto el concepto como la naturaleza de este producto -que aparece en innumerables sentencias, algunas de ellas citadas más arriba- ha sido fijado por grandes y sobretodo imparciales economistas -peritos judiciales-, además, como se ha dicho antes por informes del Banco de España, estableciéndolo como un producto complejo, especulativo y aconsejable solamente para grandes empresas, con una formación financiera muy alta.

OCTAVO.- CASO CONCRETO.

Pues bien, de la totalidad de la prueba practicada en los presentes autos (interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial), este Juzgador, llega a la conclusión que queda, en consecuencia, suficientemente probado -como así se determina en el apartado de hechos probados-, que el producto contratado por los demandantes es un swaps; que el Banco demandado no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos, y, si bien no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, ya que, es éste quien debe velar por sus propios intereses, sin embargo en casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando el producto, es también lógico que tenga un plus de lealtad con el cliente en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información. Por todo ello se puede concluir razonablemente y sin ningún género de duda, al conjugar los hechos declarados probados con la doctrina expuesta más arriba, que los contratantes y demandantes en el presente procedimiento, firmaron el contrato denominado de Gestión de Riesgos Financieros o SWAP porque la información ofrecida por el Banco demandado le indujo a error esencial e inexcusable, como consecuencia de una información defectuosa atribuible a la entidad bancaria contratante sobre el producto ofrecido, y a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la parte demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, ya que, su único interés consistía en disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente a un elevado pago de intereses. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia (e inexcusable) de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su

consentimiento, de tal manera que concurren, en el presente caso, los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2000: "Recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular".

Por lo expuesto, y en aplicación del artículo 1.265 del Código Civil, al concurrir las circunstancias allí expuestas al decir que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, denominado "Clip Bankinter 07 6.3", suscrito por ambas partes litigantes.

NOVENO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD.

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).

El art. 1.303 Cc. dispone que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Esto supone la

obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales.

DÉCIMO.- ÉXITO DE LA TUTELA JUDICIAL PRETENDIDA.

En el caso que nos ha ocupado, este Juzgador, una vez estudiada exhaustivamente la prueba aportada y practicada en autos, y de la conjunción de los hechos probados con la doctrina jurídica expuesta más arriba, tiene que concluir que se consideran acreditados los hechos que constituyen el sustento de las pretensiones formuladas por la parte actora, y por tanto, del éxito de la tutela judicial que se pretendía obtener en este proceso. Por todo ello, se estima la demanda en su totalidad, tal y como se expresará en la parte dispositiva de esta resolución.

DECIMOPRIMERO.- COSTAS.

El art. 394 de Ley de Enjuiciamiento Civil sobre condena en las costas de la primera instancia, establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso, en virtud del principio de vencimiento objetivo, "victus victoris", y dado que no ha existido en este Juzgador ningún tipo de dudas de hecho ni de derecho, procede aplicar la norma general del vencimiento en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en virtud del poder que me confiere la Constitución Española y en nombre de S. M. el Rey,

F A L L O

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda presentada, por el procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septien, en nombre y representación de D. J. y D^a G., contra la entidad BANKINTER, S.A. representada por la procuradora D^a. M^a Jesús Hernández González, y por ende, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros, a saber, "Clip Bankinter 07 6.3", suscrito entre las partes en fecha 04-05-2007, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con la inclusión de la original en el Libro de sentencias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante este Juzgado, y a conocer por la Ilma. Audiencia Provincial. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de CINCO DÍAS, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y siendo precisa la consignación como depósito

de 50 euros, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 457 y siguientes de la LEC).

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez sustituto que la dictó, estando celebrando Audiencia pública ordinaria por ante mí, el Secretario Judicial, de lo que doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se lleva testimonio de esta Sentencia a los autos de que dimanar, notificándosela a las partes. Doy fe.