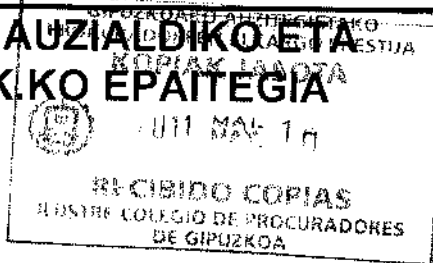


2011.05.05

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 2 DE BERGARA**

**BERGARAKO LEHEN AUZIALDIKO ETA
INSTRUKZIOKO 2 ZK. KO EPAITEGIA**



ARIZNOA s/n - C.P./PK: 20570
TEL.: 943-038052
FAX: 943-038057

NIG / IZO: 20.03.2-10/002224

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 291/2010 - B

SENTENCIA Nº 34/2011

En Bergara (GIPUZKOA), a cinco de mayo de dos mil once

La Sra. Dña. IZASKUN JACA FLORES , JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de BERGARA y su Partido, habiendo visto los presentes autos de ORDINARIO 291/10 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don [REDACTED], con Procurador Don MIGUEL ANGEL OTEIZA ISO y Letrado Don MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ, y de otra como demandado BANKINTER S.A., con Procurador Don JOSÉ ALBERTO AMILIBIA MUGICA y Letrado Don JORGE CARAMÉS PUENTES ,sobre DECLARACIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Miguel Angel Oteiza Iso, en nombre y representación de Don [REDACTED], se presentó el 21 de septiembre de 2010, demanda frente a Bankinter S.A., por la que se solicitaba la nulidad de un contrato de gestión de riesgos financieros celebrado entre las partes.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se personó en las actuaciones la parte demandada, con el Procurador Don José Alberto Amilibia Mugica, que contestó en el sentido de oponerse, el 5 de noviembre de 2010.

TERCERO.- Convocada la Audiencia Previa preceptiva, la misma tuvo lugar el 28 de enero de 2011, quedando señalada la vista para el 21 de marzo de 2011.

CUARTO.- Llegado el día y hora para la celebración de la vista, a la misma acudieron las partes asistidas de sus Procuradores y Abogados. Se practicaron las pruebas de interrogatorio, testifical y pericial, elevando las partes conclusiones, y quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita una acción de nulidad de contrato al haber concurrido vicios del consentimiento y subsidiariamente se alega la existencia de cláusulas oscuras y abusivas que de ninguna manera deberán de “favorecer al favorecido” por las mismas y se tendrán por no puestas.

Así, alega en la demanda que el actor tiene un establecimiento comercial dedicado a la venta de zapatos y complementos, delegando la elaboración de la contabilidad y la cumplimentación de la presentación de las obligaciones fiscales a una asesoría externa, sin ser experto en inversiones, bolsa ni productos financieros de alto riesgo.

Contrató un préstamo hipotecario con la entidad financiera BANKINTER en fecha 28 de febrero de 2001 por importe de 180.000 euros. A principios del 2007, la directora de la entidad aconseja la necesidad de contratar un seguro que protegiera la hipoteca de las constantes subidas del Euribor, al preverse una escalada alcista de los tipos de interés. A resultas de lo anterior el actor el 28 de febrero de 2007 contrata el seguro sin objeción alguna, bajo el cual subyacía un contrato de gestión de riesgos financieros, aparentemente interpretado como lo deseado para cubrir el riesgo de la subida del euribor, y proteger así el contrato de préstamo hipotecario.

El 14 de junio de 2007 la demandada realiza un abono en cuenta por valor de 46,42 euros siendo en ese momento, tras buscar una explicación en la sucursal de Bankinter, cuando descubre la realidad de lo firmado y lo que subyacía bajo aquel seguro que la entidad financiera proponía como gratuito. A partir de este momento, y siendo lo deseado por el demandante contratar un seguro para proteger su préstamo hipotecario, sin embargo ello se traduce en una balanza de pagos en su contra hasta fecha 16 de junio de 2010 de 8393,51 euros (un total de 555,83 euros de abonos y un total de 8949,34 euros de cargos).

Alertado por los futuros importantes cargos en la cuenta corriente se establece contacto con la financiera para conocer el motivo de los mismos, conociendo entonces el alcance de lo firmado, mostrando su disconformidad y tras un periodo de búsqueda de información, ante una situación de tenerse que enfrentar a unas liquidaciones materialmente imposibles de asumir, decide subrogar el préstamo a otra entidad siendo entonces cuando le dicen por escrito que el precio de cancelación del producto es de 8006,32 euros. Ante el elevado coste de cancelación no ve otra posibilidad que intentar hacer frente a los pagos, retractándose del intento de cancelación que verbalmente anunció, sumiéndose en una situación insostenible a merced de la voluntad de una entidad bancaria con cantidades en descubierto.

Por su parte la demandada alega en su escrito de contestación a la demanda que, en primer lugar, el préstamo de 180.800 euros a que se refiere el actor no es un préstamo hipotecario sino un préstamo personal, y tampoco es un préstamo para la adquisición de vivienda habitual sino que se trata de un préstamo puente para que el Sr. [REDACTED] solicita para la actividad de especulación inmobiliaria que realiza junto con sus padres. En segundo lugar, refiere que a fecha de interposición de la demanda, el Clip había vencido, lo cual se produce en fecha 14 de septiembre de 2010 habiéndose procedido ya la última liquidación trimestral cuyo saldo es de 1856,36 euros para el actor.

Igualmente afirma que en la contratación del producto en actor no actuó como consumidor final sino en la actividad de especulación inmobiliaria que desarrolla junto con sus padres, al haber suscrito desde el 2005 tres préstamos puente para la adquisición de diversos inmuebles en Logroño, paralelamente al negocio familiar de venta de calzado que regenta. Tiene por tanto suficiente experiencia bancaria y comercial y capacidad y experiencia suficiente como para entender el Clip y ser consciente de las obligaciones y “riesgos” que asumía con su contratación. El nominal del Clip era inferior al endeudamiento total del actor y sus padres por lo que no puede considerarse como especulativo. El endeudamiento del actor a fecha de contratación del Clip con la totalidad de entidades bancarias era de 529.800 euros.

Independientemente de todo ello, Bankinter le informó correctamente de las características del Clip, cumpliendo con la normativa sectorial en relación a la comercialización de instrumentos financieros, informándole expresamente de las consecuencias de una eventual bajada del Euribor así como de la existencia de un coste de cancelación, imposible de determinar inicialmente pero determinable de acuerdo con el contrato.

En su contestación a la demanda, recoge las características del producto contratado y su funcionamiento. Las condiciones contractuales no pueden ser más claras y el actor ha recibido liquidaciones positivas y negativas sin haber manifestado queja hasta dos años después de entrar en vigor el contrato. Además el negocio habría quedado convalidado por el actor quien conector, según él, del error padecido con ocasión de la primera liquidación no reaccionó contra el contrato decidiendo seguir en la ejecución del Clip hasta que en enero de 2009 decide dejar de pagar. Sobre el régimen de cancelación y liquidación y los costes asociados destaca la demandada que el contrato prevé la posibilidad de que el cliente cancele el producto de forma anticipada, fijando las “ventanas de cancelación” indicando lo relativo al coste de cancelación y su asunción, por el cual se dispone que la cláusula que evita que la demandada tenga que asumir los costes que se derivan de una decisión unilateral del cliente de rescindir un contrato. Costes que no pueden ser calculados por anticipado sino que dependen del precio del producto en el mercado un determinado día.

SEGUNDO.- Debe partir el análisis y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, valorando el contrato que nos ocupa a partir de los documentos presentados junto con la demanda y contestación. Así, en cuanto al documento nº 2 de la demanda, al folio 30 y siguientes, se corresponde con las condiciones generales y particulares del denominado contrato de gestión de riesgos financieros, en el que, se determina que el Banco ofrece al Cliente el Producto con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos.

Así en las condiciones generales se recoge en el Exponendo Segundo que “Que 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”. Como se observa se habla de un cierto grado de riesgo, sin especificar adecuadamente el mismo y conllevar al parecer este riesgo, esto es, que la evolución de los tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario

que afecte a los mercados la reducción o incluso la anulación del beneficio económico esperado por el Cliente, sin referir expresamente que ello puede conllevar no sólo la ausencia del beneficio económico sino la posible existencia de pérdidas económicas que sobrelleven que el cliente pague.

En la cláusula tercera continua describiendo que las liquidaciones que señala pueden ser positivas o negativas para el cliente, remitiéndose a las condiciones particulares para determinar la periodicidad de las liquidaciones y el modo de practicarse. Y en la cláusula sexta se recoge la facultad de cancelación por parte del cliente en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, o incluso fuera de las mismas señalando que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, sin especificar el modo que viene determinado y las consecuencias negativas que ello puede conllevar refiriendo en todo momento al concepto de condiciones de mercado.

A su vez en las condiciones particulares del contrato objeto de este litigio se expresa la especificación del nominal contratado, nombre del producto financiero, fecha de inicio de efectos del producto, fecha de vencimiento del producto, se precisan también las fechas de las ventanas de cancelación anticipada del producto por el cliente, la periodicidad de las liquidaciones de intereses (trimestral), y los diferentes tipos de intereses a satisfacer por el Banco y el cliente en los sucesivos períodos trimestrales de liquidación con utilización de un tipo de interés de referencia (Euribor 3 meses publicado a las 11 horas en la página de Reuters EURIBOR01, dos días hábiles previos a la fecha de fijación).

En el caso de autos, el contrato de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter 07-2.3), sobre la base de un nominal de 200.000 euros, y por un plazo de tres años y medio y vencimiento en el día 14 de septiembre de 2010, y en los que se establece la obligación de Bankinter de pagar trimestralmente a la actora las cantidades resultantes de aplicar los netos de las cantidades que venía obligado a pagar el cliente, aquí actora, y lo que recibía éste, según lo dispuesto en los contratos. Así se pactó en el Clip Bankinter 07-2.3 que el cliente paga en el primer periodo (Trimestre 1 a 2) 3,80%, en el segundo periodo (Trimestres 3 a 4) 3,95% si Euribor 3 meses es menor o igual al 4,45% o (Euribor 3 meses - 0,10%) si Euribor 3 meses es mayor al 4,45% y en el tercer periodo (Trimestres 5 a 14) 4,35% si Euribor 3 meses es menor o igual al 4,75% o (Euribor 3 meses - 0,10%) si Euribor 3 meses es mayor al 4,75% y el cliente recibía Euribor 3 meses.

De este modo, a partir de junio de 2007 resultaron unas liquidaciones favorables a favor de la actora que ascenderían en total, mediante la suma de las liquidaciones trimestrales de 555,83 euros, y negativas a partir de marzo de 2009, por un importe total de 8.949,34 euros (Doc. 4 de la Demanda).

En el apartado "ventanas de cancelación" del Clip Bankinter 07-2.3, en las condiciones particulares de los contratos litigiosos, tras especificarse las fechas en que el cliente puede solicitar la cancelación anticipada del producto, se recoge que "Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del

producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

En autos al interesar la actora la cancelación anticipada de los mismos, ha venido a señalarse que la entidad bancaria demandada expresó un precio de cancelación el 26 de enero de 2009, según consta al folio 49 de las actuaciones.

Cierto es que, como acaba de exponerse, en el clausulado general se añade que el cliente puede verse expuesto a liquidaciones negativas. Sin embargo debe ponerse en relación la referida posibilidad con la referente a la cancelación del contrato. Ambas cuestiones están vinculadas, por cuanto se deriva de la prueba documental practicada que, si bien el cliente presta consentimiento a la posibilidad de incurrir en liquidaciones negativas, según se pone de relieve mediante la lectura del contrato, ello no obstante dicho consentimiento debe unirse con la posibilidad de cancelación del producto, en el sentido de que la lectura del contrato induce a pensar que puede producirse la cancelación del producto, sujetándose a unos meros gastos de tramitación. No obstante, es un hecho admitido, exento por ello de prueba de conformidad con el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el momento de solicitud de cancelación del producto por parte del cliente, al mismo le fueron solicitados más de 8.000 euros.

Especialmente reseñable es el hecho de que la entidad financiera no otorgase al cliente documento alguno especificando las condiciones concretas de cancelación hasta haber sido ésta solicitada por el mismo (en lugar de al tiempo de celebración del contrato), lo que se deriva de las declaraciones testificales practicadas y de los documentos aportados con la demanda, donde la primera información del coste de cancelación es de fecha 26 de enero de 2009.

Conviene asimismo destacar que existe una clara insuficiencia probatoria por parte de la entidad demandada en relación con la información que se ofreció al demandante respecto al producto, por existir al respecto meras declaraciones de las trabajadoras de Bankinter, que bien directamente comercializan el producto o trabajan para la entidad, lo que hace que sus declaraciones deban de ser tomadas con necesaria prudencia sin que puedan ser estimadas como totalmente objetivas. Así, al respecto Doña Yolanda [REDACTED] refirió que la información se la proporcionaron entre ella y la otra trabajadora Doña Nagora [REDACTED], teniendo varias reuniones con él, de unos 20 minutos de duración y que el nominal fue fijado de común acuerdo con el cliente, que el actor tenía otro préstamo con Kutxa para la compra de vivienda habitual y al contratar un préstamo con la entidad demandada para la compra de vivienda, a la vista de la evolución de los tipos de interés se pensó que sería interesante el producto para el cliente, siendo el nominal siempre fijado en función del endeudamiento del cliente y menor al mismo. Señaló igualmente que le ofrecieron una exposición en relación a los posibles escenarios que podían darse en cuanto a liquidaciones positivas y negativas, si bien no recordaba los números que se utilizaron al plantearle diferentes ejemplos o escenarios. Igualmente le informaron de la posibilidad de cancelar el Clip. Reseñó asimismo que el actor no formuló preguntas ni planteó dudas. Resulta especialmente importante destacar que, según esta testigo, el actor no fue asesorado financieramente y que le ofrecieron porque podía ser interesante para él. Por su parte, Doña Nagora [REDACTED], tampoco recordaba los escenarios que se le plantearon, habiendo mantenido un mínimo de dos reuniones con él en las que hablaban no únicamente del préstamo sino también del Clip. Entregaron una ficha comercial al demandante que no contenía ejemplos, que los mismos se hicieron en la oficina pero no recordaba los

volúmenes, y que el contrato no se le entregó para que se lo llevara a casa sino que se firmó en la oficina. En consecuencia, pese a las manifestaciones consistentes en que se entregó al demandante una ficha descriptiva del producto, y que se practicaron diversas simulaciones en las que se mostraban al cliente tanto las posibles liquidaciones positivas como negativas, ninguna prueba existe al respecto más allá que estas declaraciones de quienes comercializaron el producto y tienen relación con la entidad demandada. Máxime si se en lo referente a la ficha descriptiva la información que se ofreció al actor, se entiende la aportada tanto con la demanda, folios 47 y 48, aportada también con la contestación, documento 15 y de la que puede concluir que la información proporcionada no arroja mayor luz que la del contrato, en cuanto a la información sobre liquidaciones negativas.

No existe por ello prueba alguna de que el contrato suscrito por el cliente (hoy demandante) fuese completado en cuanto a lo que a información se refiere con simulaciones reales en el escenario de una tendencia a la baja del Euribor, ni con folleto explicativo, especificativo y claro alguno. Pero lo que es aun más grave, no existe prueba alguna de que el cliente consintiera realmente al riesgo al que se exponía, desde el momento en que, ni de las ventanas de cancelación del producto, ni de la información que le fue suministrada al tiempo de celebración del contrato puede deducirse que el contratante supiera que la posibilidad de cancelación, en la práctica, conllevaba el pago de cantidades elevadas, que han llegado a superar los 8.000 euros.

A la vista del clausulado que contiene las condiciones particulares del contrato, cabe deducir que ninguna persona medianamente diligente podía prever que el coste de cancelación, si ello se pretendiese, fuese tal que volviese la cancelación prácticamente inviable, de forma que constriñe al cliente a pagar una cantidad desmesurada o a soportar las altas liquidaciones negativas.

Por ello, puede deducirse, que el demandante, al tiempo de la firma del contrato, no conocía el riesgo real al que se enfrentaba, es decir, no era consciente de la verdadera asunción de riesgo, ya que la lectura del contrato induce a pensar que pensaba puede realizarse, sin mayor dificultad, la cancelación del contrato. A ello cabe añadir la circunstancia de que la cancelación, tiene lugar en virtud de la cláusula sexta de las condiciones generales, que se remite a las condiciones particulares, en las que se fijan unas “ventanas de cancelación”, en las que se establecen criterios tan indeterminados como que “Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en esas fechas” o que “Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto”.

Cláusula que ya ha sido objeto de examen y de la que puede concluirse que la ambigüedad no puede ser mayor. En primer lugar, la propia cláusula habla en términos de posibilidad a la hora de hacer referencia a los gastos de cancelación. En segundo lugar, vincula el precio de cancelación a unas condiciones de mercado a las que el cliente no puede de ninguna manera tener acceso, ni conocer al tiempo de la liquidación, por cuanto no tiene acceso a los mercados secundarios, lo que determina que sea únicamente el Banco el que conozca las verdaderas condiciones de cancelación.

En tercer lugar, es ambigua la cláusula en cuanto a su generalidad, es decir, es tan imprecisa y vaga, sin determinar fórmula o porcentaje alguno que permita al cliente estimar siquiera de manera próxima las cantidades a pagar si solicita la cancelación, que de ningún modo permite prever que dichas cantidades podrán alcanzar elevadas como las que finalmente ha resultado.

Asimismo, destaca en el contrato que la demandada Bankinter se reserve una posibilidad unilateral, consistente en resolver el contrato (ofreciendo algo alternativo de características similares, sin mayor precisión), cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren la situación existente cuando se realizó la oferta, protegiendo su riesgo, pero no proporcionalmente el del cliente.

Valoración debe también realizarse, por resultar de interés a este respecto, del informe pericial de D. Cristóbal Verdú Nido, folios 603 y siguientes, ratificado en el acto de la vista, quien describe el contrato de gestión de riesgos financieros, en coherencia con lo expuesto anteriormente, como aquel en el que el cliente se compromete 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. Así continua que en todo contrato de permuta financiera, existe un riesgo de tipo de interés, tanto al alza como al baja, en la medida en que, establecida una deuda formalizada a un tipo fijo de una entidad A (caso de los clientes), y realizado un swap con otra entidad B (caso de Bankinter) con deuda a tipo variable, si el tipo variable excede sobre el tipo fijo durante el tiempo de duración de la deuda, se producirá un beneficio para A en las liquidaciones periódicas de interés y si el tipo variable queda por debajo del tipo fijo, entonces se producirá una pérdida para A.

Sobre las ventanas de cancelación refiere que existe beneficio seguro para el banco quien puede liberarse sin coste y en cualquier momento de sus obligaciones, revocando el Contrato, y no así para sus clientes a quienes obliga a “deshacer a precio de mercado la cobertura del producto”, omitiendo cualquier tipo de mención a la cuantificación de los gastos que puedan ocasionarle.

Señala igualmente el perito que el contrato de gestión de riesgos financieros no es un contrato de seguro de tipos de interés sino un contrato especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en la medida de que, fijado un tipo de interés inicial fijo en el contrato, los tipos de interés futuros bajen en cuyo caso se producirá una pérdida y un beneficio si los tipos de interés futuros suben.

En relación a tales contratos el perito indica que no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos de las liquidaciones trimestrales al cliente ni se motivan posteriormente por Bankinter, las liquidaciones practicadas, contraviniendo, a su parecer, el artículo 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación de los mercados de valores y registros obligatorios y de la Directiva 2004/39// CE relativa a los mercados de instrumentos financieros y sus dos normas de desarrollo, la directiva 2006/73//CEE y el Reglamento (CE) 1287/2006, Normativa MiFID, legislación aplicable directamente en España desde su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea, así como de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, al igual que señala que no se especifica la fórmula

mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto.

Considera el perito que los contratos clip no cumplen desde un punto de vista económico financiero, la normativa MIFID (transposición a la legislación española de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros y sus dos normas de desarrollo, directiva 2006/73/CEE y el Reglamento (CE) 1287/2006, al no clasificarlos como clientes minoristas, no realizándose los test de idoneidad y conveniencia. Los clips analizados, sigue el perito, son instrumentos complejos porque así lo define la propia ley del mercado de valores en su artículo 79 bis, apartado 8, iii), y son especulativos porque no cumplen la función de instrumento de cobertura ya que no coinciden los elementos que constituyen los citados Swaps con los de los préstamos de los que derivan relacionándolo con los préstamos hipotecarios.

Indicando la normativa que le es de aplicación a cada producto y las causas de incumplimiento de las mismas, al parecer del perito, ilustrando para concluir los resultados de las condiciones pactadas en los diferentes supuestos del euribor 3 meses en diferentes periodos para cada producto.

En el acto de la vista D. Cristóbal Verdú Nido ratificó en su informe pericial, explicando las razones por las cuales no cumple la función de cobertura y que la cancelación no se cuantifica no señalando el coste de cancelación anticipada ni el modo de producirse no referenciado la fórmula y que en las liquidaciones no se motiva, esto es, no se consigna la fórmula y el coste efectivo de la operación, la tasa anual equivalente.

Con especial énfasis debe destacarse la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, folios 632 y 633, aportada en el acto de la Audiencia Previa por la demandante. Resulta diáfana la referida resolución cuando concluye que considera insuficiente la información facilitada por Bankinter sobre los términos y costes asociados a la cancelación anticipada del mismo. En sus consideraciones, expone en su apartado 2.2 que “respecto a la adecuación de esta inversión a las condiciones o perfil de inversión del reclamante, indicarse, con carácter general, previamente a la adquisición de cualquier producto de inversión debe procederse a la identificación de la situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión del cliente cuando fuera relevante para los servicios que se iban a proveer. Por sus características, entre otras, la posibilidad de que, en función del tipo de interés de referencia el cliente obtenga liquidaciones negativas de cuantía no determinada a priori, las permutas financieras sobre tipos de interés son productos con nivel de riesgo elevado. Por ello la entidad debería haber solicitado o haber contado con información adecuada del cliente, con el fin de constatar que las características del producto podían ajustarse a la experiencia o perfil inversor del cliente, información que, una vez valorada, hubiera permitido realizar, en su caso, alguna advertencia sobre la posibilidad de que estuviera contratando un producto cuyo nivel de riesgo podía estar superando su grado de tolerancia la mismo. De lo expuesto por las partes no se deduce que Bankinter realizase labor alguna para valorar si la permuta financiera de tipos de interés se ajustaba a su experiencia o perfil inversor”.

En el apartado 2.3 reseña que la entidad debe ofrecer una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo sobre las características y riesgos del producto, para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos, de forma que el cliente

conozca con precisión los efectos de la operación a contratar. Se observan imprecisiones en las alegaciones de Bankinter en este punto como es que se trata de un producto claramente beneficioso para los clientes que lo han contratado.

En el número 3 de este apartado 2 de consideraciones, en cuanto a la posible cancelación anticipada y voluntaria del producto, se considera que la documentación contractual debe incluir una referencia específica al criterio de cálculo de la liquidación resultante de la operación de cancelación anticipada voluntaria, debido a que se trata de una información trascendente para la adopción de decisiones de inversión por parte de los clientes. A estos efectos en referencia a la cláusula 6 del contrato y que ha sido analizada, considera la CNMV que es insuficiente ya que deja al arbitrio de una de las partes la determinación de los criterios de fijación del precio de cancelación.

En definitiva y para concluir el presente Fundamento, según se extrae de la prueba practicada en el acto de la vista, nos encontramos ante un contrato que es vendido como un contrato de gestión de riesgos financieros, para minimizar la posible subida de tipos de interés, con objeto de prevenir riesgos; sin ofrecer una información clara y precisa al respecto. Cuando, en realidad, se trata de un producto bancario de alto riesgo, de complejo entendimiento, que con la bajada de tipos de interés del mercado mundial, puede llevar a la generación de una serie de pérdidas de importancia para el cliente con una tendencia ascendente. Y todo ello, no olvidemos, en un escenario en el cual un contratante es una persona física, cuyo conocimiento especializado de los mercados financieros no ha quedado acreditado. En efecto, de la prueba practicada, ha quedado acreditado el perfil del actor, cuya actividad es la de explotar una zapatería, habiendo efectuado de modo esporádico, alguna operación de compraventa de bienes muebles, sin que por ello pueda afirmarse que nos encontremos ante un experto en cuestiones financieras, inversoras o bursátiles (en este sentido la testigo Doña Mireia [REDACTED] refirió que los conocimientos financieros del actor los entendía a partir de que regentaba un negocio- una zapatería-, y la testigo Sra. [REDACTED] afirmó que creía que el demandante había entendido el producto porque firmó el contrato, así como que, a preguntas del Letrado de la actora, que no tenía contratados productos de inversión y que no sabía si tenía conocimientos o no, no diciéndole tampoco si invertía en Bolsa o en derivados y que en ningún momento se le informó de que lo que firmaba era un Swap), contando en consecuencia con los mismos conocimientos que tiene cualquier consumidor de los usos y del sector bancario; mientras que la otra parte es una entidad bancaria, con un conocimiento más que previsible de las probabilidades de evolución de los tipos de interés; habiendo proporcionado una información claramente insuficiente sobre el desarrollo del contrato, sin mención alguna a los altos riesgos que la operación conllevaba.

TERCERO.- Se pretende la nulidad de los contratos al haber concurrido a la formalización de los mismos vicios del consentimiento.

Es doctrina comúnmente admitida la que, de acuerdo con el principio de conservación del negocio, recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como es el artículo 1284 del Código Civil, y acogido claramente por la doctrina (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990;RJA 2302/1990, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992;RJA 8594/1992) viene exigiendo para la nulidad contractual,

por la concurrencia de error o dolo, que pueda ser apreciada una equivocación sustancial al contratar.

En este sentido, estando caracterizado el dolo civil por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981, 15 de julio de 1987, y 27 de septiembre de 1990), es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 1999; RJA 6199/1998 y 9380/1999), la que viene exigiendo, en el caso de dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formen un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante, por suponer el dolo la conjunción de dos elementos, el subjetivo, o ánimo de perjudicar, y el objetivo, consistente en el acto o medio externo, debiendo en todo caso quedar probada inequívocamente dicha actividad dolosa, sin que basten meras conjeturas o indicios (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991; RJA 3664/1991), pues el dolo no se presume (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998; RJA 6199/1998).

En cuanto al error, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero y 29 de marzo de 1994) que para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica, conforme a lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es decir que es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953, 27 de octubre de 1964, y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, 4 de enero de 1982, y 18 de febrero de 1994).

El error se define como el conocimiento falso de una cosa o de un hecho, en su aplicación al contrato puede recaer sobre la formación o sobre la declaración de la voluntad. Como tiene señalado el Tribunal Supremo, respecto al error propio, es el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no efectivamente querida. Tal como prevé el artículo 1266 del Código Civil "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Los presupuestos generales para su concurrencia son:

1.- que el error sea esencial

2.- que el mismo no sea imputable al que lo padece, pues no merecen protección jurídica si el que lo sufre ha podido evitarlo empleando una diligencia normal. Por lo que el error relevante es el error excusable.

3.- que exista nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el contrato concertado.

Expuesto lo anterior, en el caso de autos, se observa como ha habido ocasión de analizar, que el actor es una persona dedicada a la venta de zapatos y complementos y que de modo esporádico ha realizado alguna operación de compraventa de inmuebles en la localidad de Logroño. A tenor de las declaraciones previamente expuestas, prestadas por los testigos, el demandante no tenía contratados, hasta la contratación de los litigiosos, ningún producto calificable como de alto riesgo, por no haber contratado producto alguno de inversión, no habiéndose cerciorado las comerciales si tenía conocimientos bursátiles por invertir en Bolsa.

Por otro lado, los productos contratados, tal como se expone por la Jurisprudencia, revisten las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés-de lo que ninguna información se dio al actor según la prueba practicada-, que cabe definir como aquel en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos.

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato, principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

A este respecto ha de examinarse la diferente normativa a este respecto. Así ha de incidirse en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores modificada por la Ley 47/07, de 19 de diciembre que incorpora en nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, en relación a que las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios, y por el cual debía haber sido calificada

la demandante como minorista. De igual forma el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, hasta su derogación y en este sentido el Real Decreto 217/08, 15 de febrero en especial los artículos 72 y 73 y por último, el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Teniendo en cuenta que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores modificada por la Ley 47/07, de 19 de diciembre y el Real Decreto 217/08 resultan de aplicación al clip actualizado 07-2.3 celebrado en fecha 22 de febrero de 2008, sin perjuicio para el contrato clip Bankinter 07-2.3 de 20 de febrero de 2007 los artículos 2 y 78 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, anterior a su reforma.

A este respecto se acoge el planteamiento de la Jurisprudencia que sostiene que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 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. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian (entre otros, SAP Cáceres 18/06/10 y Ciudad Real 18/06/09).

Y concluir afirmando que resulta también de aplicación al presente supuesto la Ley 26/1984, 19 de julio General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (derogado por el RD 1/07, 16 de noviembre). En relación a la figura del consumidor el artículo 1.2 y 3 preceptúa que "2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Luego, la parte demandante resulta consumidor y usuario a la luz de la doctrina expuesta, toda vez que actuó como persona física. Lo que determina necesariamente, y como se adelantó, la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de la celebración del contrato, y en todo caso la de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, especialmente en lo que se refiere a los arts. 7.b y 8.1 y 8.2 de la misma.

CUARTO.- De la prueba practicada y de la normativa que le resulta de aplicación se puede concluir la existencia de un vicio en el consentimiento, en atención al error inducido por la entidad demandada a la parte demandante en relación a la naturaleza, características, riesgos y consecuencias de los contratos litigiosos.

Procediendo en primer lugar al análisis de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos y mentados en el ordinal precedente, señalar en primer lugar, que el error que se aprecia es esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo.

En segundo lugar, es sustancial, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y a la esencia misma del consentimiento, al no informar al contratante del riesgo real que asume, todo ello al amparo de la falta de información veraz en la que incurrió la entidad bancaria, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata.

Así, nos encontramos en este supuesto con una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis; que se sitúa en el polo opuesto a lo que debería haberse explicado a la hora de vender el producto, en el marco de una diligente actuación que procede exigir a la entidad bancaria. Lo que necesariamente hace traer a colación el artículo 1288 del Código Civil, en lo que a las cláusulas del contrato se refiere y concretamente en lo que se refiere a la ambigüedad de la cláusula de cancelación. Dicho precepto, establece la regla “contra proferentem”, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no deben favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad, lo que aplicado a los contratos de adhesión resulta que la cláusula oscura o contradictoria se interpretará a favor del adherente, lo cual ya había sido proclamado en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1.984 y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/98 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.

En tercer lugar y relacionado con todo ello, el error en el que incurrió el entonces cliente, se trata de un error inexcusable para el mismo, al tratarse de un contrato complejo, con cláusulas oscuras en cuanto que ambiguas y no transparentes, que genera un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco es quien, al final, determina la cancelación anticipada, puede revocar el contrato si entiende que la situación no es favorable, y quien calcula la cantidad a pagar según el sistema por él ideado, con cláusulas indeterminadas que él interpreta). El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2.007 ofrece varios criterios a la hora de determinar la inexcusabilidad del error, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. Al respecto, debe señalarse, que no ha quedado acreditado que el demandante tuviera conocimientos especializados en la materia que le hiciesen comprender la entidad de lo que firmaba, ni el riesgo al que realmente se exponía. No se ha acreditado tampoco por parte del banco, que el demandante era titular de diversos activos de riesgo en su entidad y que estaba familiarizado con dichas operaciones.

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte de la actora a la hora de contratar las permutas de intereses expuestas, siendo nulo el consentimiento prestado (artículo 1.265 del Código Civil), faltando por ende, uno de los elementos esenciales del contrato. En virtud de lo dispuesto en los artículos 1.261 y 1.300 del mencionado texto legal, el contrato en estudio debe declararse nulo.

Ahondando en la cuestión relativa a la información proporcionada, pueden sentarse a la luz de las normas jurídicas aplicables, las siguientes conclusiones. El Clip Bankinter 07-3.3 celebrado en fecha de inicio de comercialización de 16 de febrero de 2007, con fecha inicio del producto 14 de marzo de 2007 y vencimiento 14 de septiembre de 2010, con duración de 3 años y medio, se observa a tenor del contenido del artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, que resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir al demandante, y, en

consecuencia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha ley, no revelándose en este contrato su clasificación como tal.

De igual forma se evidencia que no se realizaron los denominados test de idoneidad y de conveniencia (artículo 72 y 73 del Real Decreto 217/08), por no constar los mismos en actuaciones sino existir únicamente referencias a situación de riesgo del actor en cuanto al abono de los préstamos concedidos por la demandada-folios 298 y siguientes-. Lo que en modo alguno cumple las previsiones de los citados preceptos. En este sentido, las propias testigos vinieron a decir de modo resumido que creían que el Sr. Molinero Tartas entendió el producto porque lo firmó-Sra. Guenaga Ariznabarreta-, que tenía conocimiento del mercado de derivados porque tenía dos préstamos-Sra. Cororado Ordoño- y que suponían que tenía conocimientos en la materia en tanto tenía un comercio-Sra. Lizarralde Arriarán- que, debe recordarse una vez mas, es una tienda dedicada a la venta de zapatos, lo cual conlleva a que no se obtuvo la debida información sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pudiera recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros o gestionar su cartera, ni se reveló si el cliente, aquí actor, tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado. En consecuencia este contrato no cumple las previsiones legales recogidas en la Ley 47/07, de 19 de diciembre.

Por otra parte en la contratación por la actora del contrato litigioso se debía haber observado la normativa previamente expuesta, así la Ley 26/1998, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y en especial su artículo 48.2 y Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, vigente hasta el 17 de febrero de 2008. Normativa en la que se recoge la forma de información y las bases o normas de conducta que deben regir en las relaciones entre las entidades y su clientela.

De la valoración conjunta de la prueba practicada y de la normativa previamente expuesta cabe llegar a la conclusión de que, tratándose como se ha asentado anteriormente que se trata de productos complejos y de alto riesgo, la información suministrada por la entidad demandada sobre la naturaleza y características de las mismas fue exigua.

La mera lectura del contrato (Clip Bankinter 07-2.3) permite que resultan productos por sí complejos y en mayor medida si no se está acostumbrado a operaciones de esta naturaleza.

Téngase al respecto presente el contenido de la resolución de la CNMV, que no es necesario reproducir por haber sido ya analizada, que concluye que en el caso que nos ocupa la información proporcionada por Bankinter, ha sido insuficiente. En relación a la información que la entidad bancaria debe proporcionar se encontraría la fórmula de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada del producto y la adecuación del perfil o condiciones del cliente, aquí actor.

De la documental obrante en autos, en especial de las condiciones generales y particulares del Clip Bankinter 07-2.3 y el documento comercial informativo (Doc. 5 de la Demanda y 15 de la Contestación a la Demanda) se revela la falta de información de los extremos resaltados anteriormente y en concreto de la fórmula para los cálculos de las liquidaciones trimestrales y su motivación posterior por Bankinter, y la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el

caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, tal como también señalaba el perito D. Cristóbal Verdú Nido.

Esa falta de información influye en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en la demandante determinante de una situación de nulidad contractual.

Según el artículo 1266 del Código Civil para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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, esto es, los presupuestos generales para su concurrencia son que el error sea esencial, que el mismo no sea imputable al que lo padece, pues no merecen protección jurídica si el que lo sufre ha podido evitarlo empleando una diligencia normal. Por lo que el error relevante es el error inexcusable y que exista nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el contrato concertado.

En consecuencia, la falta de información necesaria por parte de la entidad demandada y que debía ofrecer sobre las características de los productos suscritos por la actora, en especial de la forma de cancelación anticipada de los productos, el coste y su cálculo de vital importancia en la formación de la voluntad y de prestación del consentimiento, conlleva a considerar que concurrían los presupuestos para la existencia del error inexcusable en la demandante sobre la esencia de los productos contratados que conlleva entender la existencia de un vicio en el consentimiento, invalidante del mismo, toda vez que han de tenerse en cuenta que el contratante Sr. Molinero Tartas no ostenta conocimientos financieros específicos ni se habían contratado a la fecha de los litigiosos productos o instrumentos de alto riesgo. De la prueba practicada y a falta de prueba que acredite objetiva e imparcial suficiente-no existe documental alguna al respecto- que se proporcionó al actor información sobre la posibilidad de que las liquidaciones negativas pudieran llegar a tener cifras elevadas en exceso, para una economía media, y teniendo en todo caso como única constancia fehaciente la documentación comercial que se dice entregada a la actora para su estudio (Doc. 5 de la demanda y 15 de al contestación), que no supe la falta de información puesta de manifiesto.

En consecuencia resulta de aplicación el artículo 1300 y ss del Código Civil y declarar la nulidad de los contratos litigiosos, con los efectos inherentes al mismo.

Para concluir el presente Fundamento reseñar que la conclusión a la que se acaba de llegar no supone infracción del artículo 1256 del Código Civil en virtud del cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, puesto que en el caso de autos se pretende la declaración de la nulidad de los contratos al conocer el vicio concurrente lo que permite afirmar que no se produce infracción del precepto mentado ni conlleva en modo alguno dejar al arbitrio del contratante, aquí actora, la validez y el cumplimiento del contrato sino el ejercicio de la facultad concedida en el artículo 1300 y ss del Código Civil en relación con los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil para la existencia de un contrato.

Por último, en relación a las alegaciones de la demandada respecto a la confirmación del negocio jurídico por haber cumplido voluntariamente con el contrato durante dos años, ha de incidirse que el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad es de cuatro años desde la consumación del contrato en el caso del error (artículo 1301 del Código Civil). Así se ha

entendido por la Jurisprudencia que el argumento de la demandada debe de entenderse como alegación de la convalidación del negocio, en forma tácita, por actos del que tuviere derecho a ejercitar la acción de nulidad que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla (artículo 1.311 Código Civil) pues por algún sector doctrinal se ha identificado la manifestación tácita de renuncia como una del genérico principio que proscribe ir contra los propios actos.

Sin embargo, en el caso de autos no se observa esa confirmación tácita de los contratos pues al conocer el vicio concurrente invocó la nulidad del contrato, no existe como exige la Jurisprudencia un acto de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en el sentido de convalidar el contrato del que debería emanar la confirmación tácita, toda vez que intenta cancelar el producto mediante intentos de acuerdo y posteriormente solicita la declaración de nulidad de los contratos al conocer el vicio concurrente. No se observa que la actora que ha ejercitado la acción de nulidad haya claramente renunciado a su ejercicio, mostrando de modo claro y patente la voluntad subsanatoria, no observando en su conducta o postura, una actuación contraria a sus propios actos.

SEXTO.- Declarada la nulidad del contrato por falta de consentimiento, procede la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1.303 Código Civil), debiendo procederse a la retrocesión de las cantidades abonadas por Bankinter al demandante, y por el demandante a Bankinter. Deberá procederse por tanto a la anulación de los cargos y abonos efectuados por las partes en virtud del contrato, de manera que las partes vuelvan a tener la misma situación patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2005).

QUINTO.- La estimación de la demanda conlleva la condena en costas de la parte demandada (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por el Procurador Don Miguel Ángel Oteiza Iso, en nombre y representación de Don [REDACTED], frente a Bankinter S.A., con Procurador Don José Alberto Amilibia Mugica, y en consecuencia, **DEBO DECLARAR Y DECLARO NULO** el contrato de gestión de riesgos financieros y sus anexos de fecha 28 de febrero de 2007, firmado entre las partes, por haber concurrido en la formación **VICIOS INVALIDANTES EN LA PRESTACIÓN DE CONSETIMIENTO**, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

Se condena en costas a la parte demandada.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesario **la constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en BBERGARA (GIPUZKOA).