

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.7 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 18-5-11

SENTENCIA: 00112/2011

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.7 DE SALAMANCA

PLAZA DE COLON S/N

923284753

923284756N09470

N.I.G.: 37274 42 1 2010 0005680

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000860 /2010 BI

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. S, A

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

Abogado/a Sr/a. SANTIAGO JIMENEZ SIERRA.

Contra D/ña. BANKINTER,S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ

SENTENCIA nº 112

En Salamanca, a 17 de mayo de 2011.

Habiendo visto y oído D. Raúl Sevillano Rodríguez, Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº 7, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO nº 860/2010, en ejercicio de acción de nulidad contractual, seguidos a instancia de D. S y DÑA. A representados por el procurador Sr. Diego Sánchez de la Parra Setién y defendidos por el letrado Sr. Santiago Jiménez Sierra, contra BANKINTER S.A, representada por la procuradora Sra. María Jesús Hernández González y defendida por el letrado Sr. José Miguel Fatás Monforte, he dictado la presente resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de junio de 2010 fue turnada a este Juzgado demanda de juicio ordinario en el ejercicio de acción de nulidad de contrato financiero presentada por el citado procurador en la indicada representación, en la que con fundamento en los hechos y razonamientos de derecho que tuvo por conveniente aducir y que se dan aquí por reproducidos, terminaba suplicando que, previo los trámites legales oportunos, incluido el recibimiento del juicio a prueba, se dictase sentencia estimatoria de la demanda por la que se acogiesen íntegramente las peticiones contenidas en el suplico de la misma, concretamente, se declarase la “nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes, con restitución recíproca de prestaciones con sus intereses, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes la cantidad que resulte de restar a la cantidad total percibida por la demandada la cantidad abonada a los actores más los intereses...”. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 9 de junio de 2010, se dio traslado de la misma a la parte demandada , emplazándola a fin de que en el improrrogable plazo de 20 días compareciese en autos y contestase a la demanda en legal forma, bajo los apercibimientos legales. La demandada se opuso a la misma y, tras la cita de los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, solicitó la desestimación de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, así como la condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Se admitió a trámite la contestación a la demanda y se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 16 de diciembre de 2010. En este acto las partes, debidamente asistidas y representadas, manifestaron la subsistencia del litigio e imposibilidad de llegar a un acuerdo que terminara con el mismo, mostraron su conformidad con la correcta constitución de la relación jurídica procesal. Impugnaron los documentos aportados de contrario en los términos obrantes en el acta y procedieron a la fijación de los hechos litigiosos, tras lo que se abrió el trámite de proposición de prueba. La parte actora propuso: interrogatorio del representante legal de la entidad demandada, testifical de D. Manuel López Sánchez y documental; la parte demandada propuso: interrogatorio de los demandantes, documental, misma testifical y pericial de D. Pablo Alfredo Bernard Ramoneda. Por el juzgador se admitió toda la propuesta y señaló fecha para el acto del juicio , que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2011 .

CUARTO.- Al acto del juicio acudieron ambas partes y en el mismo se practicó la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos , quedando éstos conclusos para sentencia.

QUINTO:- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora la acción de declaración de nulidad de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes el día 15 de junio de 2007, invocando la concurrencia de error en la prestación del consentimiento contractual por desconocimiento de la naturaleza, consecuencias y riesgos que el contrato concertado llevaba inherentes, y que tendría su origen en la deficiente información proporcionada por la entidad bancaria.

La entidad demandada formula oposición a la demanda negando la relación de hechos de la misma y manifestando que el contrato es claro y sencillo, constando expresamente en el mismo que es un derivado financiero y que puede generar riesgos y cargos. Aduce que no ha habido error y, de haberlo, sería inexcusable. Manifiesta que los demandantes fueron debidamente informados conforme exige la normativa vigente. Interesa la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Planteada la cuestión en los términos expuestos en el fundamento anterior pasamos a examinar el concepto, naturaleza y requisitos que debe reunir el error como vicio del consentimiento para que produzca el efecto invalidante del contrato.

Decía nuestra Ilma Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 5 de abril de 2006 : “ dicho lo anterior, y abordando ya la materia en discusión, se ha de insistir, en vía de principios, en el dato de que al ser el contrato un negocio jurídico bilateral, ha de conllevar la intervención de dos

voluntades conscientes y libres; de ahí que el art. 1261 del Código Civil, al enumerar los elementos del contrato, aluda, en primer lugar, al consentimiento de los contratantes. Sin consentimiento, por tanto, no hay contrato; y la noción de consentimiento la apunta el art. 1262 del C. Civil, al decir, que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Y el consentimiento, se forma y exterioriza por medio de la formación de una voluntad no afectada por vicios y por la exteriorización de la voluntad fielmente, de tal forma que pueda ser perceptible para la contraparte. (Santos Briz). En este sentido, de conformidad con el art. 1265 del C. Civil, será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. A su vez, el error es, en palabras de Castán, el conocimiento falso de una cosa o de un hecho, y en su aplicación al contrato puede recaer sobre la declaración o sobre la formación o contenido de la voluntad, siendo este último aspecto -el error vicio propiamente dicho, frente al denominado obstativo-, el que aquí interesa, y al que se refiere el art. 1266 del Código Civil, diciendo que 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. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial se ha de establecer que: a) La apreciación del error sustancial ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio: b) Ha de ser excusable, es decir, no podrá invocarse el error cuando el mismo pudo ser evitado con una diligencia media; y c) La parte que lo invoque ha de probar el nexo que en cada caso tenga aquel con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar. (STS. 17-2-94)". En el mismo sentido SSAP Salamanca 6 de marzo de 2006 y 31 de enero de 2011, SSAP de Asturias de 31-1-05 y de 3-6-05, SSTS 16 de diciembre de 1923, 26 de diciembre de 1944, 27 de octubre de 1964, 14 de julio 1995, 26 de junio de 2000.

TERCERO.- La esencialidad e inexcusabilidad del error ha de ponerse en conexión con el tipo y naturaleza del contrato suscrito por los actores. No cabe duda que uno de los temas más de moda en el derecho bancario contencioso actual es el contrato de permuta financiera o swap. En menos de un par de años un contrato bancario sólo conocido en España por sectores muy concretos de la doctrina mercantil, altamente especializada, y con nula praxis jurisprudencial, ha pasado a presentar un alto nivel de litigiosidad y a convertirse en una de las estrellas de los contenciosos en materia de derecho bancario.

La SAP Cáceres 261/2010 de 18 de junio hace un detallado análisis del mismo estableciendo que el contrato swap o de permuta de intereses viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable".

En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la

pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre . Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre , sobre medidas de reforma económica.

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del *artículo 1.255 Código Civil y 50* del Código de Comercio, 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. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, 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.

La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, así como por la propia redacción del contrato, que vulnera de manera flagrante la Ley General de Consumidores y Usuarios, no ajustándose el producto contratado al perfil del actor. Fiándose el marido 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. Con la operación intentan precaverse de la subida de los tipos de interés en relación con su hipoteca. La deficiente información desplegada por la entidad financiera hace que el consentimiento

prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a los demandantes, ya que, los mismos se fiaban de una entidad bancaria la cual ocultó la información necesaria en este tipo de producto de tal relevancia que , de haberla conocido los demandantes, 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.

Extrapolemos la doctrina jurisprudencia expuesta en párrafos anteriores al caso concreto enjuiciado examinando la secuencia temporal de los hechos enjuiciados que hemos entendido probados:

- 1) El Director de la entidad bancaria Bankinter sita en la Av/ Mirat de Salamanca, D. Manuel López Sánchez, motu proprio y sin mediar solicitud de su cliente, contactó por teléfono con el Sr. S para que se personase por el banco para ofrecerle un producto financiero muy interesante y aconsejable para él .
- 2) El Sr. Director manifestó a su cliente que este producto es altamente recomendable para todos aquellos que , como el actor, tuviesen una hipoteca .
- 3) El demandante Sr. S, fue al banco y allí el director le explicó en unos 15 minutos el funcionamiento de este producto.
- 4) El demandante Sr. S, fiándose del director firmó el contrato de referencia ; manifestó que no lo entendía muy bien, pero que ,dada la relación de confianza existente con la entidad bancaria , decidió firmarlo. Su mujer procedió a la firma días después.
- 5) 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 profesor de la facultad de comunicación de Salamanca y ella empresaria autónoma, muy básico.
- 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 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 perdidas- 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.

La declaración del demandante D. S en el acto de la vista fue sumamente clarificadora. Manifestó que no tenía conocimiento de lo que era un Swap y

que el Director del banco le informó que se trataba de un seguro que le iba a proteger de las subidas de tipo de interés dado que había previsiones de que en los próximos meses o años iban a producirse subidas violentas de los mismos. Puesto que era cliente del banco le ofrecieron un producto conforme a su perfil y ajustado a sus necesidades. No se le informó de que se le podía girar liquidaciones negativas y sólo se le entregó una publicidad del banco ofertando el producto del año 2005. Mantuvo una única reunión con el Director de la entidad financiera que duró unos 5 o 10 minutos donde se le informó someramente de las características del swap. Leyó las condiciones del contrato en presencia de aquel y ante las dudas que se le iban suscitando solicitó del Director la pertinente aclaración. Interesó información en el acto sobre las condiciones y coste de cancelación, contestando el Director que ésta podía realizarse en cualquier momento y sin coste alguno para el cliente. Entendió que había firmado un contrato con interés fijo, de ahí su sorpresa cuando comenzaron a cargarle liquidaciones negativas. Solicitó información de la entidad acerca de estos extremos y ante la falta de información decidió optar por la cancelación anticipada. Nunca había suscrito con anterioridad ningún tipo de producto financiero de carácter especulativo. A preguntas del letrado de la entidad demandada, manifestó que la iniciativa para la suscripción del producto de referencia fue tomada por el Director de Bankinter que le llamó telefónicamente de forma insistente en varias ocasiones ofertándole el swap y que carece de conocimientos bursátiles. Cuando se le explicó el producto nunca se le dijo que se trataba de un producto de inversión o especulativo sino que se trataba de un seguro que le cubría de los tipos de interés. Reconoció que, de haber conocido su verdadera naturaleza, no lo habría suscrito y mucho menos hubiera involucrado a su mujer en la operación. Cuando comenzó a recibir las liquidaciones negativas buscó información del producto por Internet y, a través de una amiga empleada de otra entidad bancaria, tuvo cumplida información del contrato que había suscrito. Sintiendo engañado y estafado acudió a las oficinas del banco para solicitar explicaciones y presentó una reclamación en la Oficina de Atención al Cliente de Bankinter. No tuvo más contactos con el Director de la entidad.

El Director de la entidad Bankinter en la sede de la Av / Murat de Salamanca, Sr. Manuel López Sánchez, reconoció en su declaración en el acto de la vista que tomó la iniciativa ofertando el producto financiero a D. S en la creencia de que les podía interesar para estabilizar el coste del préstamo hipotecario que el cliente tenía suscrito con la entidad bancaria. Le explicó la naturaleza y características del mismo durante 15 minutos. Manifestó en el acto de la vista que no se trata de un producto de inversión sino de cobertura. Explicó su funcionamiento y procedimiento de cancelación. Insiste en que informó debidamente a D. S, que no ejerció sobre éste ningún tipo de presión, que no dijo al cliente, como se afirma de adverso, que se trataba de un seguro o que se pudiera cancelar gratuitamente.

El perito D. Pablo Alfredo Bernard Ramoneda, propuesto a instancia de la parte demandada, es coautor del informe pericial incorporado a autos. Se ratificó en su contenido. Explicó el funcionamiento del contrato resumiendo que, a través del mismo, lo que consigue el cliente es estabilizar el coste del préstamo hipotecario en momentos o etapas con tipos de interés alcistas. Entiende que no se trata de un producto sofisticado o complejo y que el propio Banco de España incentivaba a las entidades financieras para que ofertasen este producto a sus clientes. Manifiesta que su suscripción es una decisión prudente y racional para cualquier familia. A preguntas del letrado de la parte demandante manifiesta que no se trata de un seguro de ahorro, ni de un producto de inversión o especulativo y que es un producto sencillo de entender por cualquier persona.

Llama poderosamente la atención que tanto el Director de la sucursal como el perito propuesto por la actora, después de alabar las virtudes del producto financiero, afirmen que no tienen concertado un producto de igual o semejante naturaleza pese a tener suscritas sendas hipotecas.

CUARTO.- Así las cosas, hemos de resaltar que se trata de un contrato marco de operaciones financieras. Todo ello lo pondremos en relación con la legislación en materia del mercado de valores, y con la normativa vigente sobre la protección de los consumidores y usuarios, toda vez que el actor mantiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con el préstamo hipotecario que había suscrito con la entidad demandada. En definitiva, se trataba de asegurar la contingencia de una posible subida de tipos de interés del préstamo en cuestión. Como puede observarse, a la vista de los documentos referidos, se trata de un contrato tipo, que como tal ha de ajustarse por la fecha de su redacción al *Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo*, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El *artículo 14,2* de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. En este sentido, el *artículo 5,3 del Real Decreto* que comentamos dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate. Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Así, y en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 629/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades 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. Es de mencionar de igual modo el Real Decreto Ley 2/2003 de 25 de abril sobre medidas de reforma económica. En su artículo 19 dedicado a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios. El párrafo 1º del precepto dispone que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. Asimismo el párrafo segundo establece que las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Además, las características de dicho instrumento de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativos a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictados al amparo de lo previsto en el artículo 48,2 de la Ley

26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

A mayor abundamiento de lo que antecede no puede olvidarse la protección que ofrece al consumidor la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, en sus artículos 8, 12, 20, 68, 82, 85 y 87. Así pues, aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del artículo 10 bis de la Ley anteriormente citada, o los del 82 de la vigente Ley reguladora de los Consumidores o Usuarios, lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y éste argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone.

El contrato litigioso contiene unas Condiciones Generales y otras Particulares. Entre las primeras, procede destacar y hacer las consideraciones jurídicas siguientes:

a) En el Exponen II se dice, "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato". Es patente la ambigüedad de su redacción, como se infiere de diversas expresiones que se expresan. Así, se alude a "un cierto grado de riesgo" -algo, pues, indeterminado, como poco significativo de lo que comporta- "derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos" -señalándose, enunciativamente la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, sugiriendo que pueden variar, pero omitiendo algo tan sencillo como subir o bajar- y lo que es más significativo de esta ambigüedad, la referencia a que la evolución de los tipos de interés "sea contraria a la esperada", esto es, que bajen, muy por debajo del tenido en cuenta, que "podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente Contrato" -omitiéndose que daría lugar a tener que pagar por su parte, y cantidades importantes en caso de cancelación anticipada; sin que el contrato tuviera ese aspecto aseguratorio, de equilibrio de las prestaciones; no en sentido técnico-jurídico de seguro, como alega la parte apelante-. Es decir, se sugiere que lo más que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada.

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

C) La *Cláusula 1* revela la dinámica contractual que lleva a la suscripción del contrato, en la expresión "el Banco ofrecerá al Cliente", el conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo, "con la finalidad de que éste (el Cliente) pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros

asumidos en sus operaciones comerciales". Es el Banco el que configura los instrumentos financieros que ofrece, expone, al Cliente, para que, éste, en virtud de lo ofrecido, que es la voluntad declarada del Banco, pueda ponderar sus características financieras, para adecuarla a sus riesgos financieros, asumidos en sus operaciones comerciales. Pero esta decisión, en razón a esta ponderación, que es su finalidad negocial, dependerá de lo que le ofrezca el Banco, de cualquier forma, y no solo por la literalidad del contrato impreso, al que se adhiere el cliente -los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", como establece el *art. 1.258 C.Civil*.

D) Refuerza esta posición relevante del Banco el hecho que sea "a propuesta del Banco" el que el cliente pueda contratar durante el periodo de comercialización - *Cláusula 4* -. El Cliente solo puede contratar aquello que el Banco propone (posición que se reitera al final de esta *Cláusula* para las condiciones particulares de los productos "que le sean ofrecidos por el Banco").

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

F) La *cláusula 6* concede al cliente la facultad de cancelar anticipadamente su producto, cuyo resultado económico "vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente"; circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del Cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, y salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad, que el Banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes mas aproximados. Pero es que, además el apartado segundo de esta *cláusula*, da a entender que, este resultado económico, teniendo su cuenta ese mismo concepto jurídico indeterminado de "condiciones de mercado", lleve a "verse minorado" por el coste o perjuicio ocasionado al Banco, cuando la realidad, como es visto, no ha consistido en una mera minoración, se entiende, de algo que se percibe, sino la obligación de abonar cantidades importantes.

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

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

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

En base a todo lo anteriormente expuesto, consideramos que Bankinter no cumplió con los deberes que exige la legislación vigente, pues, como se dijo, no consta que se le hubiera proporcionado al cliente la documentación ni la información necesaria para conocer el verdadero objeto o contenido del mismo. Señala la SAP Valencia de 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, en el caso de productos de inversión complejos, 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, conducta ésta completamente contraria a las más mínimas reglas de diligencia bancaria.

En palabras de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 27/2011 de 31 de enero (Ponente: Ilmo Sr. García del Pozo): *En consecuencia, ha de ser desestimado este primer motivo de impugnación, ya que, si el producto se anunciaba como un seguro para protegerse de las subidas del tipo de interés de referencia de los préstamos hipotecarios que tenían concertados los demandantes; si no puede estimarse debidamente acreditado que por parte de la entidad demandada se les informara adecuadamente acerca del objeto y finalidad de los contratos, así como de las obligaciones derivadas tanto en el supuesto de subida del tipo de interés como en el caso de que se produjera una bajada del mismo; y si ello tampoco resulta de las propias estipulaciones del contrato, en manera alguna puede estimarse errónea la conclusión de la sentencia impugnada al afirmar la existencia de error en el consentimiento prestado por los demandantes al creer que estaban concertando un seguro, cuando en realidad estaban concertando un producto muy diferente, que ciertamente en determinada medida les cubrió el incremento en la cuota de su préstamo hipotecario por la subida del tipo de interés que en ese momento se estaba produciendo, pero que comportaba una desventaja de mayor cuantía en el caso de que se produjera una bajada en el tipo de interés. Aun cuando lo hasta aquí expuesto ya sería suficiente para desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKINTER S. A., se ha de señalar igualmente, aun cuando en forma sintética por su intrascendencia -, la procedencia de rechazar los otros motivos de impugnación, ya que: a) aun cuando no fueran de aplicación a los presentes contratos las exigencias de información establecidas en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, tal exigencia de información surgía de la propia complejidad del producto en aplicación de los principios generales de claridad y transparencia en las prácticas bancarias, y que no puede entenderse como debidamente acreditado que fuera efectivamente cumplida por la demandada; y b) como resulta igualmente de lo expuesto con anterioridad, es indudable la falta de claridad, concreción y sencillez de muchas de las estipulaciones de los contratos concertados por los demandantes, en franca contravención con lo establecido en el artículo 10. 1. a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General por la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales sobre la Contratación, así*

como el carácter abusivo de otras al establecer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que por aplicación del artículo 10 bis. 2, de aquella ley habrían de determinar igualmente la declaración de nulidad del contrato.

En el mismo sentido : SAP de Girona de 18 de febrero de 2011, SSAP de Gijón de 10 de diciembre y 16 de diciembre de 2010, SSAP de Pontevedra de 7 de abril y 16 de julio de 2010 , SAP de Jaén de 27 de marzo de 2009, SSAP de Oviedo de 23 de enero 23 de julio y 12 de noviembre de 2010 , 11 de febrero, 14 de febrero , 16 de febrero , 2 de marzo y 4 de abril de 2011, SAP de Cáceres de 18 de junio de 2010, SSAP de Burgos de 10 de noviembre y 3 de diciembre de 2010, SAP de Lugo de 8 de febrero de 2011, SSAP de León de 22 de junio de 2010 y 21 de enero de 2011, SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2010, SAP de Albacete de 11 de noviembre de 2010, SAP de Vizcaya de 14 de septiembre de 2010, SAP de Valencia de 6 de octubre de 2010, SAP de Alava de 14 de abril de 2011, SAP de Zaragoza de 25 de enero de 2011, de SAP de Salamanca de 31 de enero de 2011.

Habiendo valorado este juzgador la prueba testifical y pericial practicada en el acto de la vista el día 10 de mayo de 2011 conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 376 y 348 de la LEC) y teniendo en cuenta las reglas de la carga probatoria establecidas en el artículo 217 del mismo cuerpo legal, entendemos que procede estimar la declaración de nulidad contractual solicitada. Sucintamente: 1.- Existía una relación de confianza entre los demandantes y la entidad bancaria que ofertó el producto. 2.- El producto no se ajusta al perfil de los demandantes, legos en materia bancaria y financiera, y sin ninguna experiencia anterior en la contratación de este tipo de productos de alto riesgo .3.- Existe una falta de información por parte de la demandada que induce a D. S a contratar en la creencia de que está suscribiendo un seguro que le va a cubrir de las subidas de tipo de interés. Su esposa Dña. A no interviene en la contratación del producto financiero y en ningún momento recibe una mínima información por parte de la entidad demandada acerca de la naturaleza del producto o de las consecuencias que para ella conlleva la firma del producto financiero de referencia.

La consecuencia obligada de la nulidad que 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 (artículo 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 (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005 R.J 2005, 3751 , entre otras muchas).

QUINTO.- Según el artículo 394 .1 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. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Tratándose de una estimación íntegra de la demanda y no apreciándose dudas de hecho o de derecho que pudieran atemperar el principio del vencimiento consagrado en el art. 394 LEC, se imponen al demandado las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA formulada por la representación de D. S y DÑA. A contra BANKINTER S.A y , en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes el día 15 de junio de 2007, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de esas operaciones, con intereses legales.

Con imposición de las costas causadas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente y el testimonio quedará unido a autos.

Contra la presente sentencia cabe interponer ante este mismo Juzgado, y para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca , recurso de apelación en el término de cinco días, previa consignación del depósito para recurrir a que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre.

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