

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14
VALLADOLID

ANA GARCIA PRADA
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
VALLADOLID
FECHA RECEPCIÓN 14-06-11
FECHA NOTIFICACIÓN 15-06-11

SENTENCIA: 00097/2011

JUICIO ORDINARIO 1281/10

S E N T E N C I A N° 97/11

JUEZ QUE LA DICTA: MARÍA VICTORIA GUINALDO LOPEZ

Lugar: VALLADOLID

Fecha: trece de Junio de 2011

Demandante: [REDACTED] Y [REDACTED]

Abogado/a: FRANCISCO LLANOS ACUÑA

Procurador/a: ANA GARCIA PRADA.

Demandado: BANKINTER, S.A.

Abogado/a: JAIME GUERRA CALVO

Procurador/a: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Procuradora Sra. García Prada en la representación que ostenta de [REDACTED] y [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra BANKINTER, S.A., en la que, después de exponer los hechos que para una mayor brevedad procesal damos ahora por reproducidos, e invocar los fundamentos jurídicos pertinentes, terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda y se acordó emplazar a la parte demandada a fin de que en el término de veinte días compareciese en autos y contestase a la demanda, lo que verificó a través del Procurador Sr. Ramos Polo, por medio de escrito en el que, después de analizar los hechos de aquella y proponer su propia fundamentación jurídica, terminaban suplicando que se dicte sentencia desestimando la demanda y condenando a la actora al pago de las costas del juicio.

Tercero.- El día 17 de febrero de 2011 se celebró audiencia previa en la que no se alcanzó ningún acuerdo. Recibido a prueba el procedimiento, se propuso y se convocó a un juicio que se celebró el 7 de junio de 2011. El día señalado al efecto se celebró el juicio con el resultado que consta en la grabación, quedando los autos para dictar sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales oportunas.

como cobertura frente a la referida eventualidad, o bien, protegían en muy escasa medida y en situaciones de hecho o "bandas" muy estrechas para el cliente, que no para el banco.

Por ello, consideramos que sí hubo un error esencial en dos aspectos esenciales del contrato: su objeto (utilidad como protección frente a fluctuaciones de los tipos de interés) y la equivalencia en los riesgos que asumía cada parte.

Por otra parte consideramos que la falta de información respecto a la cancelación si es un elemento esencial (VER informe del letrado de la demandada) dado la naturaleza y finalidad que se perseguían los actores al suscribir este productito junto al préstamo hipotecario.

Tratándose de un producto financiero complejo, que implica un alto riesgo de pérdidas cuantiosas y persistentes para el cliente, el principio de buena fe exigible en toda relación contractual obliga a la entidad bancaria a extremar la información al mismo, de modo que éste sepa antes de contratar que:

- el producto sólo sirve de forma muy limitada al fin que persigue (la protección frente a modificaciones de los tipos de interés)
- el banco dispone de mayor información que el otro contratante respecto a cuál será la evolución de los tipos.
- las posibilidades de beneficio para el banco son matemáticamente mayores que las que beneficiarían al cliente
- la cancelación del producto supone un coste elevado para el cliente, cuantificándose con antelación cuál es el precio a pagar.

Estas obligaciones son exigibles con base en el art. 7 CC, sin que resulte necesario acudir a legislación específica reguladora de las obligaciones de transparencia y lealtad de aplicación a las entidades financieras.

Señala la SAP Gerona (sección 1ª), de fecha 18-2-2011 (ROJ: SAP GI 1/2011), Recurso: 685/2010 | Ponente: Fernando Lacaba Sánchez (fundamento de derecho tercero): "El recurso pone especial énfasis en el documento nº 8 de la demanda, al que denomina "producto precontractual". Pues bien, del examen del meritado documento, se observa que se firma el 2 de Marzo de 2007, el mismo día en que se hace firmar a la actora el llamado "contrato marco" (doc. 10 de la demanda). Lo primero que llama la atención es la denominación del producto "swap de tipos d'interés", cuando es perfectamente posible su traducción por "permuta financiera"; seguidamente ofrece un gráfico de presunta subida de los tipos de interés, que no se justifica en ninguna base sólida y contrastable, para terminar acomodando su duración a la vida del préstamo hipotecario. Se echa de menos en estos contratos una referencia a la contraprestación ofrecida de posible subida de tipos de interés, consistente, precisamente en lo contrario, esto es, su posible bajada y su repercusión en el contrato. No podemos calificar el contrato en cuestión de sencillo y fácilmente comprensible, al menos para un segmento muy importante de la

beneficio del cliente, pero no el del banco. Tal y como se expone en la demanda y no ha sido rebatido por la demandada. Ello sería suficiente para determinar la invalidez negocial por unilateralidad en la determinación de sus consecuencias y falta de equilibrio en las prestaciones y el ya mencionado error en la formación de la voluntad de la contraparte, ya que los bancos disponen de gabinetes de estudios que les permiten conocer con antelación a qué tienden los tipos, lo cual produce asimetría informativa respecto al cliente, que no dispone de los medios para alcanzar esa información., si bien en 2007 los tipos tendían al alza, ya había indicios de que iban a bajar; pues al final de 2007 es notorio que los tipos a largo plazo ya eran más bajos que los tipos a corto plazo y eso anunciaba ya una bajada de tipos, aunque la bajada fue muy superior a la prevista.

Explica en juicio el testigo, empleado del Banco que con los "swaps" o permutas financieras se trata de cubrir al cliente frente a las subidas de tipos de interés; que siempre tratan de beneficiar al cliente y; que la previsión del Banco era que los tipos subieran, no que bajaran señala que en el momento de suscribir los contratos litigiosos los tipos tendían al alza; que tiene un departamento que diseña esta clase de productos; que las barreras se diseñan para permitir que el cliente se beneficie; que las cancelaciones anticipadas se realizan de mutuo acuerdo y tras informar al cliente; que se ofrece al cliente un tipo de interés fijo a cambio de un EURIBOR + diferencial y la diferencia entre ambas variables es la que determina que la liquidación sea favorable al cliente o al banco; que el tipo de interés variable lo determina el mercado; que y la previsión era alcista, sin embargo no se trae al juicio a ninguna persona integrante del departamento que corrobore esta falta de previsión y como consecuencia de información., en efecto no se informó a los actores acerca de previsiones del EURIBOR a futuro de modo que no pudieron negociar la previsión contractual acerca de las "barreras" que se describen en la demanda. De modo que estas barreras reflejan una banda de cobertura o beneficio muy amplia para el banco y muy corta para el cliente, hay desproporción entre los riesgos que asume el banco y los que asume el cliente.

A partir de lo expuesto, consideramos que la parte demandante prueba (Art. 217 LEC) que hubo error esencial e invalidante en el consentimiento contractual prestado por los actores. Y ello, porque a la hora de firmar el contrato de permuta financiera que nos ocupan, los actores creía estar firmando un contrato que les protegía frente a las fluctuaciones de los tipos de interés variables de su hipoteca.

Frente a ello, y apreciando conjuntamente la prueba practicada por la actora resulta acreditado que los productos ofrecidos al cliente no servían realmente y en la práctica

cliente en el caso que nos ocupa. Perfil que se describe en la demanda y se reproduce en el fundamento anterior y resulta acreditada por la testifical del empleado del Banco demandado, que reconoció que se trata de clientes persona físicas consumidores finales y minoristas.

Señala en juicio el empleado del Banco que informo y oferto el producto a los actores , que las Bancos suelen tener departamentos financieros que deben saber cómo evoluciona el mercado , (Ver prueba testifical); en cambio los actores son personas físicas no se trata de es una compañía con dirección cualificada y con dirección financiera o de una empresa con una facturación de millones de euros anuales que contratan con habitualidad productos complejos como el que nos ocupa y otros contratos similares previamente y un volumen de endeudamiento importante .

El empleado de la Entidad demandada, supra citado , testifica en juicio que ha llevado personalmente los asuntos de los actores , a preguntas de SS^a acerca de que tipo de clientes captaba para este producto no supo dar una respuesta clara y contundente negó eso si que este producto fuera vinculante al préstamo hipotecario sin dar una explicación razonable sobre la coincidencias de fechas de uno y otro producto y admitió que en la oferta vinculante se hacia referencia a otro tipo de producto , manifestó que se informo con simulacros al cliente de los riesgos que implicaba una bajada y de subidas de tipo de hasta un punto , (Ver prueba testifical). Admitió que no se había informado al cliente sobre la cancelación que la formula para su calculo ,el mismo la desconocía al tiempo de subscribir el producto, que le explico los riesgo pero no estaba prevista tanta bajada de los tipos y pese a que manifestó que no se lo vendió como un seguro , a la vista del Documento nº 4 (al folio 688) reconoció la utilización de tal terminología .Manifiesta no recordar si explico con claridad quien ganaba y cuanto y quien perdía y cuanto con el producto , que el Banco cobraba comisión con el producto pero sin poder precisa en que consistía esta comisión , (Ver testifical) .

En cuanto a la prueba documental. Nos remitimos a la literalidad de los contratos (documentos 1 ,2 y 3 de la demanda así como a la aportada por la demandada),

Aun considerando que los actores, por su formación no eran especialmente vulnerables o desinformados, tal y como informa el letrado de la Entidad demanda. Sin embargo, hay otros elementos relativos al objeto y finalidad del contrato y a sus perspectivas de evolución que matizan decisivamente esta consideración inicial, a los cuales nos referiremos seguidamente.

Es evidente que el Banco "jugaba con ventaja" dando la apariencia de que tenía las mismas posibilidades de ganar o perder que el cliente con base en la variable aleatoria cuando, en realidad, ya se sabía (o preveía) que los tipos de interés evolucionarían a la baja y (seguramente no tanto como bajaron) había establecido un juego de barreras o bien un mecanismo de modificación contractual que limitaban el

Consumo para que el legislador se viera en la necesidad de regular la información como derecho del consumidor y correlativo deber del empresario o profesional. Ahora sí, ahora hallaremos en nuestro ordenamiento jurídico normas que expresamente regulan un derecho de los consumidores y usuarios a la información, y una regulación específica de tal derecho traducida en concretos deberes a cargo del empresario.

El actual TRLDCU, contiene varias referencias al derecho de información de diversa finalidad y contenido; no todas ellas tienen proyección en el ámbito contractual; a los efectos de este pleito solo algunas de ellas interesan, y en este sentido viene siendo comúnmente admitido que, la vinculación contractual, la eficacia del contrato no puede construirse exclusivamente, en base a la voluntad de los contratantes.

Hay más elementos que han de ser tomados en cuenta. La primacía de la voluntad del sujeto que contrata queda matizada por otras exigencias como la de responsabilidad negocial o responsabilidad por la confianza que provoca la propia actuación jurídica, la de estabilidad de los contratos, la de protección del contratante más débil de modo que debe proporcionársele la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

- La especial preocupación del legislador por regular y amparar el derecho del consumidor a la información es debida la necesidad de, de asegurar la libre y cabal formación de la voluntad contractual del consumidor, basada en un conocimiento cierto de lo que es relevante para decidirse por la celebración del negocio de que se trate. Mediante la información, el consumidor puede juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del contrato y decidir en consecuencia.

En efecto, la multiplicidad de productos similares o no en el mercado impiden al consumidor, sin auxilio, diferenciarlos y, en consecuencia, orientar su opción adquisitiva. El instrumento para tal objetivo, ese auxilio, es la información. Hay también determinadas modalidades contractuales -que hacen precisa una información adicional.

La claridad y comprensibilidad de la información son condiciones indispensables para que el deber de informar se tenga por cumplido; porque no cumple con esos requisitos, no es tolerable la información confusa. Y una defectuosa información puede ser debida tanto a omisiones de contenido como a la manera en que se haya proporcionado la información si ello ha impedido al consumidor la cabal y serena inteligencia de los términos del contrato; la información ha de ser comprensible, lo que no ocurre si el consumidor es forzado a informarse en condiciones de apremio o presión que le impiden un sosegado examen y conocimiento del contenido del contrato.

Por otra parte para apreciar la existencia de "asimetría informativa" a la vista del conocimiento desigual de banco y cliente respecto de los pormenores y expectativas de las operaciones. Consideramos que el análisis de esta causa de nulidad debe comenzar por la determinación del perfil del

protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales." El art. 1º del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dice que tal norma, en desarrollo del art. 51.1 y 2 de la Constitución, tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

Según el art. 53.3 CE, los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos"; como quiera que el art. 5.1 se encuentra en aquel capítulo, algunos autores afirman que la protección de los consumidores resulta elevada así al rango de auténtico

Principio general del Derecho, que, de acuerdo con el art. 1.4 del Código Civil, deberá informar el ordenamiento jurídico y, el "principio general de la buena fe consagrado en el art. 7.1 CC ofrecería una vía para canalizar dicha protección, la buena fe genera deberes de conducta leal entre las partes, no sólo en la ejecución del contrato - como expresamente establece el art. 1258 CC- sino también en la etapa previa a su celebración, integrando las previsiones legales sobre este punto. Entre tales deberes se encuentran, a nuestro entender, los de información.

También se ha afirmado que los derechos de los consumidores de cuya protección se trata y de los que se ocupa la CE, pertenecen a los denominados derechos humanos de tercera generación, en cuanto que, son derechos colectivos que afectan a la sociedad, incluso a toda la humanidad, surgidos tras la revolución tecnológica.

Y en lo que, ya en particular, al derecho de información se refiere, se sostiene mayoritariamente por la doctrina que tiene rango de derecho constitucional, entendido como derecho instrumental al servicio de la defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios.

Ha de hacerse notar cómo el deber de información carece de reconocimiento específico en una norma del derecho común de contratos. No veremos en el CC precepto alguno que imponga deberes de información a quienes contratan ni, correlativamente, encontraremos tampoco una expresa referencia al derecho a la información en el ámbito de las relaciones contractuales acerca de características del bien o servicio a que el contrato se refiere, o de sus condiciones económicas o jurídicas. Ocurre que tales deberes están implícitos en la regulación de los vicios del consentimiento, error y dolo (arts. 1265, 1266, 1269 CC), tal y como ha sido formulado por la parte actora en la presentes actuaciones.

Fue necesario llegar a la legislación especial sobre el

Estamos ante una revisión de la concepción clásica del contrato. Se dice que el modelo de contratación que el Código Civil regula, la relación entre contratantes tal como dicho cuerpo legal las concibió, ha cambiado radicalmente en la sociedad actual donde impera un sistema de contratación harto diferente. El Código Civil, que responde a la ideología liberal, contempla una sociedad eminentemente agraria y preindustrial, que parte de una relación igualitaria y equilibrada entre comerciante-vendedor y comprador, en cuyo seno, y al abrigo del principio de la autonomía de la voluntad, se forja limpiamente el contrato. Lo mismo cabe decir del Código de Comercio, del que, recuerda FONT GALÁN, se ha dicho que es un código de "tienda y almacén" y para comerciantes más próximos a tenderos, un código que desconoce los fenómenos de producción en masa, de las "grandes superficies", de los actuales sistemas de publicidad y marketing, un código, en definitiva, que no regula el fenómeno de la actividad económica masificada.

Se ha dicho que el fenómeno de la contratación en masa ha generado una crisis en la concepción tradicional del contrato, que descansaba en los principios de autonomía de la voluntad privada, igualdad de las partes contratantes, fuerza obligatoria, buena fe y efecto relativo.

Se ha roto por completo la idea tradicional del contrato, como cauce de autorregulación de los intereses de dos partes en pie de igualdad.

La revolución industrial primero y la tecnológica, después, han roto moldes y han dado al traste con esa concepción ideal. La sociedad de consumo, la contratación en masa, la feroz competencia entre empresarios, el paso de un sistema liberal a otro que admite un cierto intervencionismo de la Administración, componen un haz de concausas de orden económico y sociológico que conducen al nacimiento de nuevas necesidades en el orden jurídico, basadas fundamentalmente en la idea de la protección del consumidor, destinatario de una técnica comercial y empresarial de particular agresividad en la promoción de la contratación de bienes y servicios. El régimen de contratación codificado se revela así insuficiente para garantizar un régimen de igualdad y equilibrio entre empresario y consumidor. Se trata de protegerle frente a comportamientos abusivos de que pueden ser víctimas tanto en la fase precontractual como en los momentos de perfección y ejecución del contrato.

Se trata -dice la doctrina de imponer deberes de transparencia que aseguren la necesaria igualdad entre los concurrentes y una buena información del público consumidor, con vistas a dotarlo de los elementos de juicio suficientes acerca de los productos y servicios para que pueda optar libremente por aquellos que le resulten más beneficiosos.

Nuestro constituyente no podía en modo alguno ser ajeno a la corriente política y jurídica de protección de los consumidores. Esta ha merecido el reconocimiento y amparo normativo en la propia Constitución. En efecto, el art. 51 de la CE, que se enmarca dentro de los principios rectores de la política social y económica, dice: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios,

interés que afectaba al préstamo concedido a causa de la aplicación del interés variable.

Se invoca la aplicación de los artículos 1088 y SS del cc, el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. La ley 7/1998 de 13 de abril de las condiciones generales de la contratación. La ley general de la publicidad, 34/1988. La ley del Mercado de valores, 23/1988 de 28 de julio y La ley 26/1988 de Ordenación e intervención de Entidades de Crédito. Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de valores, Directiva 2004 /39 /CE de la comisión de 21 de abril, (Ver FD V, al folio 16 y SS). Se alega jurisprudencia diversa y se termina suplicando se declare la nulidad del contrato y subsidiariamente, previa declaración de malas practicas bancarias e incumplimiento legales denunciados, condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente, (Ver Suplico, al folio 34).

La parte demanda contesta oponiéndose a la pretensión deducida de contrario, niega que concurra falta de información y que se empleara la palabra seguro que no se trata de un producto especulativo, sino de un instrumento que pretende estabilizar los riesgos financieros inherentes a los efectos de la variabilidad de los tipos de interés sobre la financiación contratada por la actora, (Ver hecho 1º, al folio 131 y 132) , niegan que exista el desequilibrio denunciado argumentado que a la fecha de suscripción del contrato no era previsible la extraordinaria bajada de los tipos , (Ver folios , 133 y SS) no considerándose mala practica bancaria la no inclusión de la formula para el calculo de la cancelación , (VER Hecho cuarto , al folio 149 y SS) después de citar la jurisprudencia que estimo oportuna , (Al folio 156 y SS)suplico se dictara sentencia desestimando la demanda , (Ver suplico , al folio 172).

Celebrada la Audiencia Previa y practicada la prueba que propuesta fue admitida en el acto de la vista, en fecha 7 de junio del año en curso quedaron los Autos para Sentencia.

SEGUNDO -El debate se centra en examinar si concurre o no el vicio de consentimiento, concretamente error por falta de información y el desequilibrio alegado en el escrito rector del presente procedimiento. Conviene recordar respecto al deber de información, las manifestaciones que hacíamos en sentencia dictada en procedimiento nº 879/2010 seguido en este juzgado, decíamos entonces y reproducimos ahora que los formidables avances de la técnica, la agilización de las redes de distribución, el incremento y potenciación del consumo y el fenómeno de la contratación en masa hacen que nuestra sociedad no sea en modo alguno la sociedad del Código Civil, de modo que los instrumentos jurídicos que este contemplaba resultan hoy insuficientes para la regulación de las nuevas formas del tráfico jurídico actual y para dotar de seguridad jurídica al tipo de transacciones comerciales de hoy. El desarrollo económico ha propiciado el consumo y con él la aparición de la figura del consumidor como parte débil en la relación contractual que se hace merecedora de una protección especial. Nace así el Derecho de Consumo o Derecho de los Consumidores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Se ejercita por la parte actora en las presentes actuaciones, acción de nulidad contractual, o subsidiariamente de anulabilidad y de forma subsidiaria, acción declarativa de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y la correlativa indemnización, frente a la entidad Mercantil Bankinter SA. Se alega que en septiembre de 2007 y coincidiendo con la firma de la subrogación y ampliación de un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, la Entidad demandada, se dice "ofreció", (para a continuación añadir que aunque dicen "Ofreció" lo cierto es que el éxito de la subrogación y ampliación del préstamo hipotecario se encontraba íntimamente ligado y vinculado a la suscripción de este producto, cuyo principal efecto se decía era estabilizar el coste financiero del préstamo hipotecario, cubriendo el riesgo de subidas del tipo de interés variable que se aplicaba en el mismo) un producto de permuta financiera de tipo de interés denominado Clip Bankinter 07-11-3, siendo el Banco quien diseño dicho producto y todas las características del mismo como importe nocional, el plazo de duración y la periodicidad de las liquidaciones, (Ver hecho 1º de la demanda, al folio 3). Se dice que ante la insistencia sobre las bondades del producto y la presión con la subrogación y ampliación del préstamo concedido, en fecha 21 de septiembre del año 2007, se formalizo entre las partes en esta litis, Escritura Publica de subrogación y ampliación del préstamo hipotecario, formalizándose junto a el producto de cobertura citado.

Se alega que la demandada, incumpliendo claramente sus obligaciones legales (Real Decreto 2/2003 de 25 de abril) hizo constar en la oferta vinculante el ofrecimiento de un instrumento de cobertura distinto al realmente ofrecido y que los actores "se vieron forzados a suscribir, puesto lo que se hace constar es un Cap y no un Swap o Clip que fue lo realmente ofrecido, (Ver hecho segundo, al folio 3 a 5).

Se manifiesta que se trata de un producto complejo y que la suscripción de este se efectuó sin la información previa, clara, correcta y suficiente, siendo el primer producto sucrito de este tipo por los actores que se encuadran dentro de los denominados clientes minoristas con claro perfil conservador que se limitan a hacer las típicas operaciones de la denominada banca tradicional, (Ver Hecho tercero, al folio 5). Se pone de relieve en el hecho cuarto, las deficiencias de información y desequilibrio entre las partes en el tema de desistimiento y en el tema de las liquidaciones, de cargo y abono. Que una vez practicadas las liquidaciones y pese a que un principio fueron positivas para los actores estos manifestaron su intención de cancelar el producto dado el desequilibrio del producto solicitando información de los costes, información que no obtuvieron por desconocerla el empleado del Banco que le había ofertado y explicado el producto, (Ver hecho quinto y sexto, al folio 7 a 10) iniciándose una trayectoria para deshacerse del producto que ha fracasado, (Ver hecho octavo, noveno y décimo, al folio 10 y SS). En definitiva que se les explico a los actores que estarían protegidos frente a las variaciones del tipo de

población, en el que, nadie ha dicho, se hallara la actora. La testifical del Sr. Virgilio, director de la oficina, evidencia que no conocía el producto en toda su dimensión (minutos 24: 33 y ss). Es sólo cuando se produce la bajada de intereses cuando se habla a la actora del reverso del contrato.

Se ha alegado por la parte demandada que los clientes solo reclaman en el momento en que sufren pérdidas y no cuando obtuvieron abonos por la operación. Esto lo único que prueba es el desconocimiento de la parte sobre lo que habían contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la trascendencia de lo contratado.

Es evidente que a pesar de que la parte demandada entiende que no hay desproporción ni arbitrariedad a la hora de contratar y que tales desigualdades en el resultado, fácilmente apreciables si tenemos en cuenta las cifras anteriores, son mera consecuencia de la aleatoriedad y variabilidad de los tipos de interés, lo que es evidente es que para impedir precisamente nulidades de contrato, es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa".

Y señala más adelante: "QUINTO.- Corolario de lo expuesto es que, la entidad bancaria demandada no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos. Con todo lo dicho anteriormente, no se pretende atribuir únicamente a la Entidad Bancaria la vigilancia de los intereses del cliente, éste debe velar por sus propios intereses, nos encontramos ante unos contratos bilaterales, cada parte vela por su interés propio, pero esto no significa que en los casos como el que nos ocupa, en los que es la propia Entidad la que toma la iniciativa en el contrato, ofertando un producto, tenga un plus de lealtad con el cliente potencial en aras a extremar al máximo las consecuencias de ese deber de información, dando por presupuesta la concurrencia de la buena fe contractual que exige el Código Civil en su Artículo 7. De todas formas, la Ley de Mercado de Valores exige expresamente en aplicación de esa buena fe contractual y de las relaciones entre el Banco y el cliente, que aquel vele por los intereses de este como si se tratara de los suyos propios.

Por todo ello debemos concluir que la contratante en su día, hoy actora-apelada en el presente procedimiento, se acogió a la firma de tal swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo

por una información defectuosa imputable al Banco contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (SSTS RJ1994,1469 o SSTS RJ1998,3711).

Es por todo ello y al concurrir la aplicación del Artículo 1.265 del Código Civil, cuando dice que es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad de los contratos de swap suscritos por los actores con sus correspondientes documentos de confirmación, y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato".

Como señala la SAP Barcelona, (sección 11), de fecha 16-12-2010 (ROJ: SAP B 10107/2010), Recurso: 1001/2009 | Ponente: Bibiana Segura Cros: "Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee".

Finalmente, debemos señalar que es cierto que la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en materia de contratos de permuta financiera no es uniforme, aplicamos el criterio jurisprudencial que nos parece más acogible y que, además, es a nuestro entender mayoritario. Así, y entre otras, SAP Asturias, (sección 7ª) del 10 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP O 2477/2010), Recurso: 562/2010 | Ponente: Marta María Gutiérrez GARCIA; SAP Burgos, (sección 3ª) del 03 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP BU 1454/2010) Recurso: 383/2010 | Ponente: Juan Francisco Sancho Fraile.

Son de aplicación los arts. 1258, 1265, 1266 y 1303 CC, ASI COMO EL RESTO DE LA NORMATIVA INVOCADA , PARTICULARMENTE LA Ley de defensa de consumidores , normativa que determina la declaración de nulidad y la restitución recíproca de las prestaciones instada en la demanda con carácter principal .

TERCERO.- El art. 394 L.E.C. señala que: "1º. 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....

2º. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”.

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

F A L L O

Que **estimando** la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] Y [REDACTED] contra BANKINTER, S.A. debo: **declarar la nulidad** del contrato de la condiciones Generales De Gestión de riesgos Financieros y sus condiciones Particulares Anexas, Clip Bankinter 07 11.3 suscrito con fecha de inicio 25 de septiembre de 2007 entre las partes en esta litis con la consecuencias legales que de esta nulidad se derivan , esto es ordenando la restitución recíproca de las prestaciones que han sido materia del contrato, con sus intereses legales respectivos a contar desde la fecha de los respectivos desembolsos, lo que se determinará en su caso en ejecución de sentencia conforme a los Art. 712 y SS. LEC.

Se imponen a la parte demandada las costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 4851-0000-, indicando en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

LA MAGISTRADA-JUEZ,