

ES COPIA

SENTENCIA N.º 128/11

En Siero, a catorce de septiembre de dos mil once.

D. Eduardo González Martín-Montalvo, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Siero, ha visto los presentes autos de **juicio ordinario**, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º 3421/2.010, sobre nulidad de contrato de gestión de riesgos financieros, instados por D. J. [redacted] representado por el procurador D. Luis Indurain López y defendido por el letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez, frente a BANKINTER, S.A., representado por el procurador D. Juan Montes Fernández y bajo la dirección letrada de D. Ramón Fernández-Aceytuno Sáenz de Santa María, teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con Fecha 20 de julio de 2.010 fue turnada a este Juzgado demanda presentada en las oficinas del Decanato el día 16 de julio de 2010 suscrita por el expresado procurador, Sr. Indurain López, ajustándose a las prescripciones legales. Por Decreto de 2 de septiembre de 2.010 fue admitida a trámite y se dio traslado de la misma a la demandada para que contestase en el plazo legal de 20 días, lo que hizo oponiéndose a ella.

Se convocó a las partes a la audiencia previa, prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que se celebró, tras una primera suspensión por falta de notificación de la representación procesal de la parte actora, el día 29 de marzo de 2.011, con el resultado que consta en el acta extendida al efecto, solicitándose el recibimiento del pleito a prueba, acordándose éste y proponiéndose por las partes la que consta en dicha acta, admitiéndose las declaradas pertinentes y señalándose fecha para el juicio.

SEGUNDO.- El pasado 7 de septiembre de 2011 se celebró el juicio, con la finalidad y contenido previsto en los artículos 431 y 433 de la LEC, que ha

quedado documentado conforme a lo establecido en el artículo 187 de la referida Ley, extendiéndose por la Sra. Secretario acta sucinta, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 146.2 de la misma, en la que consta la prueba practicada, por el orden previsto en el artículo 300 de la LEC, con el resultado que consta grabado.

TERCERO.- Practicadas en dicho acto las pruebas admitidas y declaradas pertinentes, se concedió la palabra a las partes, por su orden, para conclusiones, dándose por terminado el acto, quedando los autos y el disco de la grabación en poder del juzgador para dictar sentencia, dentro del plazo legal.

CUARTO.- Se ha respetado y concluido la tramitación ordinaria prevista en la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora la acción de **nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros (CLIP)** de fecha 5 de septiembre de 2007 (documento n.º 4 de la demanda) suscrito entre las partes; nulidad que insta por vicio de consentimiento, por error, al creer la parte actora que firmaba un contrato de seguro del contrato multilínea de financiación que por capital inicial de 45.000 euros, ampliados a 55.000 euros el día 21 de agosto de 2007, había convenido con fecha de 25 de julio de 2.007 con la entidad bancaria demandada (documento n.º 2 de la demanda), siendo en realidad un contrato bancario de alto riesgo, en la aceptada terminología anglosajona SWAP, sin que la entidad bancaria informara convenientemente sobre el mismo, como era su obligación, incurriendo en dolo, amén de sostener la oscuridad de algunas de sus cláusulas que consagraban un importante desequilibrio contractual en perjuicio del actor.

La parte demandada se opone a la demanda negando que el demandante creyera que suscribía un contrato de seguro, sino que firmó con pleno conocimiento un contrato de gestión de riesgos financieros, informado convenientemente por el personal de la entidad, contrato que perseguía neutralizar o mitigar el riesgo de una subida de los tipos de interés, esto es, pretendía otorgar cierta cobertura a la continua subida del Euribor en el momento de su contratación; contrato sencillo y claro, sin cláusulas oscuras o abusivas (según resoluciones del Banco de España), de manera que ni ha existido error en el actor, ni dolo por parte de la entidad bancaria, ni desequilibrio en las prestaciones. Por todo ello, solicita la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Este tipo de contratos ha dado lugar a una amplia ya jurisprudencia menor (a falta de los esperados pronunciamientos del Tribunal Supremo) que ha venido perfilando las características esenciales de estos negocios jurídicos. Así, con las Sentencias de la Sección 4.ª de nuestra Audiencia Provincial de fecha 30 de mayo de 2011, 22 de febrero de 2011, 12 de noviembre de 2010 y con las de la Sección 5.ª de 27 de enero y 23 de octubre de 2010, podemos afirmar que *“Nos hallamos ante un contrato de permuta financiera de tipos de interés; con independencia de la nomenclatura que le atribuyan las diferentes entidades bancarias, unas hablan de Swap, otros de Clip o bien como sucede en el caso de IRS. Como ya se apuntaba en aquellas resoluciones nos hallamos ante un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con independencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.*

En su modalidad de tipos de interés el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto que opera en base a las fluctuaciones que sufra un determinado tipo de interés el Euribor, tiene 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”.

TERCERO.- Definido y caracterizado el contrato de autos el paso siguiente consiste en examinar la información prestada por la entidad bancaria a efectos de juzgar su suficiencia, toda vez que la principal pretensión actora es la nulidad contractual por error invalidante del consentimiento.

En este punto, desde un principio deben dejarse sentadas dos premisas: que el deber de información de la entidad bancaria en esta materia es especialmente acentuado, máxime cuando, como en este caso, el cliente final de un producto financiero complejo es una persona física, lega en materia financiero-contable o económica; y la segunda premisa es que, como reconoce la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de

febrero de 2011, es el banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución de la carga probatoria del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar.

Sobre esta información que el banco ha de transmitir al cliente respecto de los productos y servicios que le ofrece, de nuevo con la citada Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de mayo de 2011, podemos señalar que:

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores, al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras artículo 2 L.M.V.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de este mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre, no aplicable dada su fecha al contrato de autos que fue concertado con anterioridad a su entrada en vigor, por la que se modifica la Ley del mercado de valores que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el

comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79 bis nº 3, 4 y 7).

Luego el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero (del mismo modo no aplicable al supuesto de autos) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios e inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículo 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al demandante, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalágmatico, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio, pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 del Código Civil), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V .

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva.

La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato de Swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas, pero en la actualidad los bancos contratan por iniciativa propia sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente.

La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores permanece sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada

en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2.003).

Por último, es evidente que ostentando el banco, por su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichoso sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contrato. De ahí que la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Obviamente no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza, sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del artículo 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", o como exige el artículo 60.5 del RD 217/2.008 "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

CUARTO.- Expuesto el deber de información que pesa sobre la entidad bancaria, hecha la salvedad de la normativa imperante a fecha de conclusión del negocio cuya nulidad se insta en el presente procedimiento, el supuesto de autos no es sino paradigma de vulneración del mismo.

De la prueba documental y de las declaraciones practicadas en el acto del juicio se desprende que la información suministrada por el banco se redujo a una conversación con el comercial bancario que oralmente expuso al actor las ventajas e inconvenientes de la operación y los riesgos inherentes a la misma, sin ni siquiera realizar, como reconoce el propio representante del banco, ejemplos prácticos de diferentes escenarios según que los tipos de interés experimentarían una subida o una bajada. No es ya que no se acompañaran al contrato los específicos escenarios o que no se documentaran los mismos por escrito es que no llegaron en este supuesto a elaborarse.

Es por esto que no es necesario extenderse sobre el patente y manifiesto déficit de información. No se prueba se proporcionase al cliente, hoy demandante, estudio o indicación alguna sobre la previsible evolución de los tipos de interés o sobre los análisis o estudios económicos de que dispusiera el banco. Es cierto que antes de la quiebra de la entidad estadounidense "Lehman Brothers" en el verano de 2008 era difícilmente previsible una bajada de los tipos, pero ello no exime a la entidad bancaria de la cumplida transmisión al

cliente de la totalidad de datos económicos trascendentes a los fines contractuales, entre los que no cabe duda se encuentran los estudios, previsiones y proyecciones económicas. Es más, si alguna de las partes se hallaba en condiciones de predecir la bajada de los tipos era la entidad bancaria que disponía de información no accesible para un ciudadano de a pie y que no le suministró.

De igual forma, en el presente supuesto el banco no se cercioró de los conocimientos financieros que tenía el cliente. Ninguna averiguación hizo sobre tales extremos. Es insostenible la justificación ofrecida por la entidad bancaria en este punto, pues ostentar, como ocurre en este caso, la titularidad de una pequeña sociedad limitada dedicada a la electricidad y haber convenido con el banco simples, normales y habituales operaciones bancarias, tales como pólizas de crédito, descuento, tarjetas de débito/crédito o contratos de hipoteca de vivienda..., no convierte al interesado en un avezado experto financiero. Pugna con la más elemental lógica tal planteamiento. Presuponer conocimientos financieros, suficientes para suscribir un contrato de gestión de riesgos financieros como el de autos para el que incluso el propio comercial encargado de su venta hubo de recibir específica formación, al ahora demandante por regentar una pequeña empresa de electricidad, siendo su cualificación profesional la de electricista, escapa a todo postulado racional, sin que quepa, so pena de caer en el más puro absurdo, defender la simplicidad de esta modalidad contractual cuando basta una simple lectura de sus términos para deducir su innegable complejidad. Hasta el punto que estos contratos, como el de autos, han dado lugar a casi trescientas sentencias sobre la materia en los últimos años y en el territorio nacional.

Del mismo modo, no se alertó convenientemente al hoy actor de las importantes consecuencias económicas adversas que le podía comportar este producto financiero, ni antes de su suscripción ni tampoco en los años inmediatamente posteriores a través de un seguimiento del producto que se obvió por completo, omitiendo a raíz de la continuada y brusca bajada de los tipos cualquier información o advertencia al cliente. Ya se dijo que no se acompaña al contrato un documento explicativo de los posibles escenarios y no se destaca claramente el patente desequilibrio que, en perjuicio del cliente, representaba una eventual bajada de los tipos frente a la subida, cuya cobertura era precisamente la finalidad declarada de este contrato.

En este sentido, la prueba practicada no deja resquicio alguno a la duda sobre la vinculación si no jurídica, que no lo es, sí comercial que se ofertó entre el contrato de financiación denominado multilínea y el contrato cuya nulidad aquí se insta. No cabe duda que lo que el banco trasladó al cliente fue una cobertura, “un seguro” (no en términos jurídicos pero parece claro que sí en términos coloquiales) que pusiera al cliente a salvo de las subidas de los tipos de interés, si bien hurtando a éste una detallada información de las consecuencias negativas que para su economía personal pudiera representar una bajada de aquéllos. No se adjunta al contrato una concreción escrita de los escenarios y consiguientes riesgos, no se fijan por escrito y de forma comprensible escenario

alguno de bajada de tipos que pudiera servir de ejemplo para cuantificar los riesgos, es decir, para traducir monetariamente y de forma comprensible un eventual descenso de los tipos.

Y esta privación de información alcanza su máximo exponente en lo que a la cancelación anticipada se refiere. La parca redacción de las condiciones particulares del contrato, unida a la completa imprecisión y ambigüedad que caracterizan a las condiciones generales (incluidas y anexas no al contrato de gestión de riesgos sino al de financiación multilínea lo que refuerza la mala praxis bancaria en este caso) conduce a la más absoluta oscuridad, sumiendo al cliente en un estado de total desconocimiento de las cantidades a abonar en caso de operar la misma, dado que el cálculo de éstas responde a una fórmula harto compleja que es absolutamente silenciada. Aquí resultan por completo indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte que le permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total omisión de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esa cancelación para la cliente, hoy demandante, puesto que el contrato, reitero, no menciona ni expresa ejemplo concreto o práctico alguno. Como reconoce el propio representante del banco se omitió toda información concreta al respecto, no sólo documentalmente sino igualmente en la conversación previa a la conclusión del negocio.

Y a todo este importantísimo déficit de información, ha de añadirse que el contrato de autos, en los términos y condiciones en que está redactado, resulta inútil al fin que persigue. En efecto, como bien explica el perito Sr. Novo Pérez (cuyas conclusiones no han sido convincentemente rebatidas), la eficacia protectora tendente a la mitigación de riesgos alcistas de tipos sólo se consigue cuando casan perfectamente el endeudamiento con interés variable y el producto financiero destinado a neutralizar el riesgo de subida de aquél, es decir, cuando coinciden plenamente el capital, el tipo de interés y, en general, los términos contractuales de ambos negocios jurídicos; lo que es patente en el presente supuesto no acontece. De este modo, el contrato de gestión de riesgos financieros objeto de este procedimiento, amén de consagrar un desequilibrio entre las partes en claro beneficio de la entidad bancaria que no estaba expuesta por igual a las fluctuaciones de los tipos de interés por la barrera de subida contemplada, ni siquiera cumplía adecuadamente la función de cobertura para la que fue diseñado y ofertado. Lo que seguramente obedezca a la traslación, sin más y sin adoptar las debidas cautelas, de un producto en origen reservado a grandes empresas, en el sentido antes explicado, al negocio abierto al público en general, que hace que, en casos como el presente, no pueda sino afirmarse que se trata de un contrato tintado de un claro afán meramente especulativo.

QUINTO.- De todo lo anterior la consecuencia que se extrae es la vulneración del deber de información que provoca en el actor un error invalidante del consentimiento prestado.

Las omisiones en la información ofrecida por el banco sobre aspectos principales del contrato, unido a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, produjo en el cliente, aquí actor, un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil (en adelante, CC). En resumen, se le aportó al cliente, hoy actor, un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribió fue un contrato de elevado riesgo que podía comportar y comportó pérdidas, que protegía de forma muy diferente de las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en la que no se le advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelación anticipada que allí se le reconocía. Es cierto que, según la jurisprudencia, el error para ser invalidante ha de ser además esencial, excusable según se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 del CC. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusa vivida es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido un error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza a infundir en la declaración (sentencias entre otras de 4 de enero de 1.982 , 6 de febrero de 1.998 , 30 de septiembre de 1.999 , 26 de julio y 20 de diciembre de 2.000 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 y 17 de febrero de 2.005).

En atención a lo anterior, dada la complejidad del producto financiero, lo expuesto respecto a la información o más bien falta de la misma imputable al banco, a los deberes que a éste incumbían y teniendo en cuenta además que el actor en modo alguno tiene la condición de experto financiero, ha de concluirse estimando que concurre un error que debe calificarse de excusable a estos efectos y, por ende, invalidante del consentimiento y, consecuentemente, del contrato.

Por todo ello, se aprecia que el consentimiento prestado por el actor está viciado, declarándose como consecuencia obligada, la nulidad del contrato. La nulidad del contrato produce sus efectos no sólo para el futuro, sino asimismo con carácter retroactivo, debiendo volverse al estado jurídico preexistente, lo que conlleva la restitución de lo recibido por uno y otro contratante anulando los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula (lo contrario supondría la figura del enriquecimiento injusto), con los intereses legales correspondientes, dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se realizó durante su vigencia.

Procede pues la íntegra estimación de la demanda.

SEXTO.- Finalmente en cuanto a las costas, la cuestión que se suscita es si podemos considerar a fecha de la presente resolución que estamos ante un supuesto dudoso que neutralice el principio del vencimiento objetivo, ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es cierto que todavía no se ha pronunciado, ni sentado por tanto jurisprudencia sobre la materia, nuestro Tribunal Supremo (sí, en cambio, la Sala 11.ª del Tribunal Federal de Karlsruhe -Tribunal Supremo Alemán (BGH) en sentencia de 22 de marzo de 2011- que condena al “Deutsche Bank” por incumplimiento de la obligación de asesoramiento en relación a un SWAP), pero también lo es que si bien en un principio la jurisprudencia menor fue titubeante e incluso discrepante, en la actualidad y sobre todo cuando este tipo de contratos se celebra con particulares, es abrumadoramente mayoritaria (a simple título ilustrativo, SAP Palencia 30 de junio de 2011, SAP Salamanca 21 de junio de 2011, SAP Valladolid 7 de junio de 2011, SAP Burgos 2 de junio de 2011, SAP Barcelona Sección 19.ª 9 de mayo de 2011, o SAP Lugo de 8 de febrero, 20 de mayo y 5 de julio de 2011) hasta el punto de excluir la presencia en este supuesto de dudas jurídicas que eliminen la condena en costas. En el ámbito de nuestra Audiencia Provincial la postura es además unánime y como conociendo la misma se obliga al cliente a impetrar el auxilio judicial, es la entidad bancaria demandada la que debe pechar con el pago de las costas procesales, en aplicación estricta del citado artículo 394 LEC.

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

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. J:

, representado por el procurador D. Luis Indurain López, frente a BANKINTER, S.A., representado por el procurador D. Juan Montes Fernández, y DECLARO LA NULIDAD DEL CONTRATO de gestión de riesgos financieros de fecha 5 de septiembre de 2007 suscrito entre las partes, con la obligación de restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses.

Las costas se imponen a la parte demandada.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución definitiva, que será notificada a las partes, llévase testimonio a las actuaciones e incorpórese ésta al Libro que al efecto se custodia en este Juzgado.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de apelación** en ambos efectos que deberá prepararse mediante escrito ante este Juzgado en el plazo de **5 días** desde la notificación de esta resolución, del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia pública el mismo día de su fecha.