

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 /
LEHEN AUZIALDIKO 3 ZK.KO EPAITEGIA
VITORIA-GASTEIZ**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004873
FAX: 945-004927

N.I.G. / IZO: 01.02.2-10/002005

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 268/2010 - I

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
- NOTIFICACIÓN

- 8 SET. 2010

SENTENCIA Nº 241/2010

JUEZ QUE LA DICTA: Dª MARIA ESTELA SAN MIGUEL GALLO
Lugar: VITORIA-GASTEIZ
Fecha: uno de septiembre de dos mil diez

PARTE DEMANDANTE:

S.A.

Abogado:

Procurador: CONCEPCION MENDOZA ABAJO

PARTE DEMANDADA BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.

Abogado: RAUL TRUJILLO NUÑEZ

Procurador: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

OBJETO DEL JUICIO: CONTRATOS EN GENERAL

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la Procuradora D.ª Concepción Mendoza Abajo, se presentó con fecha de 12 de febrero de 2.010, en nombre y representación de la mercantil " S.A. " y D. Jesús Montejo del Val, demanda de Juicio Ordinario contra la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.

Segundo. Por auto de éste Juzgado de fecha 18 de febrero de 2.010, se acordó admitir a trámite la demanda presentada y dar traslado para contestación, que se presentó por la Procuradora D.ª Iratxe Damborenea Agorria, con fecha de 25 de marzo de 2.010, en nombre y representación de Banco de Santander S.A.

petición final presentada por la actora, y en consecuencia, se acordará la desestimación íntegra de la demanda presentada.

Octavo. El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala:

"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.

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

En el presente caso, a pesar de haberse acordado la desestimación íntegra de la demanda presentada, al existir dudas sobre el alcance del deber de la información precontractual de información por la entidad bancaria sobre el riesgo e influencia sobre el consentimiento, y encontrándonos ante una materia con diversidad de resoluciones, véase por ejemplo, S.A.P. de Asturias de 27 de enero de 2.010, S.A.P. de Madrid de 9 de marzo de 2.009, no procede acordar expresa condena en costas, satisfaciendo cada parte las suyas, y las comunes, si las hubiera, por mitad.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación al caso

FALLO

Se desestima íntegramente la demanda presentada por la Procuradora D. ^a Concepción Mendoza Abajo en nombre y representación de la mercantil "

_____ S.A. y D. Jesús Montejo del Val, contra la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., sin expresa condena en costas, satisfaciendo cada parte las suyas, y las comunes, si las hubiera, por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0030-0011-0000-00-0268-10, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **preparar el recurso** (DA 15ª de la LOPJ).

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

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

Tercero. Por providencia de fecha 29 de marzo de 2.010, las partes fueron citadas para la celebración de la Audiencia Previa legalmente prevista el día 5 de mayo de 2.010. En dicha audiencia, las partes propusieron cuantas pruebas consideraron oportunas, admitiéndose junto con la documentación aportada, declaraciones testificales, citándose de nuevo a las partes para juicio el día 23 de junio de 2.010.

El día del juicio, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, quedaron las presentes actuaciones, vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se ha ejercitado por la parte actora, una acción personal declarativa de nulidad de pleno derecho, subsidiaria a ésta de anulabilidad, así como alternativa a ambas de resolución contractual y en todos los supuestos reclamación de cantidad, del contrato de permuta financiera de tipo de interés o swap, firmado entre las partes. Se alega que el mencionado contrato y sus reestructuraciones, debe ser considerado nulo por vicio en el consentimiento al concurrir en él error obstativo, en relación a los extremos del negocio jurídico, en concreto, los relativos a la cancelación anticipada, y de forma subsidiaria, solicitando la declaración de resolución contractual sin contraprestación alguna a cargo de la actora. Finalmente, se solicita en el suplico de la demanda, se dicte sentencia por la que:

1º. Declare la nulidad del contrato MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS Y TODAS LAS CONFIRMACIONES DE PERMUTA FINANCIERA FIRMADAS BAJO SU AMPARO.

2º. Condene a BANCO DE SANTANDER, al pago a favor de mi mandante de la cantidad de **53.173,51 euros** (CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y TRES CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS) más todas aquéllas cantidades que como liquidaciones trimestrales se vayan pagando por mi representada hasta la resolución definitiva del pleito.

3º. Subsidiariamente, para el caso de que no estimara la petición de nulidad, declare válidamente resuelto el contrato referido.

4º. De conformidad con el pronunciamiento resolutorio, condene a BANCO DE SANTANDER al pago de la cantidad de **53.173,51 euros** (CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y TRES CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS), más todas aquéllas cantidades que como liquidaciones trimestrales se vayan pagando por mi representada hasta la resolución definitiva del pleito, o, subsidiariamente, la que estime procedente S.S.^a a la vista de la fecha que se solicitó formalmente por escrito la resolución contractual y cancelación sin coste (7 DE OCTUBRE DE 2.009).

5º. En cualquiera de los casos en que fuera declarada la resolución contractual, se declare que el contrato se pactó con una duración de cinco años desde su firma, dejando para ejecución de Sentencia el correcto cálculo de las cantidades liquidadas a mi mandante como consecuencia de la resolución contractual.

6º. En cualquiera de los dos casos (declaración de nulidad o subsidiaria resolución) condene a la demandada a abonar a mis poderdantes los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, y a partir de la sentencia, el interés legal incrementado en dos puntos.

7º. Condene igualmente a la demandada al pago de las costas de éste procedimiento aun en el caso de estimación parcial, con expresa declaración de temeridad y mala fe.

De contrario, se rechazan las alegaciones presentadas, ya que en ningún momento se presentó el producto cuya nulidad se solicita como un contrato de seguro, sino un contrato de permuta financiera. Se alega que con el presente procedimiento, lo único que se pretende es una resolución unilateral de un contrato válidamente pactado, ya que no debemos olvidar por un lado, el nivel de endeudamiento que a fecha de contrato tenía la actora, y por otro, la existencia de un servicio propio de asesoría. Así mismo, se presentan dos excepciones, por un lado, el defecto legal de proponer la demanda y por otro la litispendencia, rechazando los motivos presentados por la actora, ya que en ningún caso hay inexistencia de error como vicio en el consentimiento, inexistencia de anulabilidad e inexistencia de nulidad por falta de objeto.

Segundo. En primer lugar, en relación con la excepción sobre el defecto de la demanda, dicha alegación debe ser totalmente rechazada toda vez que como ha señalado numerosa Jurisprudencia, para admitir a trámite una demanda, basta que ésta reúna los requisitos que establece el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, junto con la identificación de las partes, el que se concrete y especifique la razón de ser de la demanda, esto es, la causa de pedir al ser éste el medio necesario para que el demandado conozca por qué ha sido traído al proceso y así pueda combatir las pretensiones del actor, o al contrario, mostrar su conformidad. Tal y como ha señalado la Jurisprudencia, sólo sería inadmisibile la demanda o procedería estimarse la citada excepción, cuando la demanda no reúna los requisitos legalmente previstos y así, la S.T.S. de diciembre de 2.002 señala: *"Tiene declarado esta Sala, que los requisitos de la claridad y previsión en la demanda no tienen otra finalidad que la de que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada única manera de que la decisión, en vez de nula, sea adecuada y congruente con el debate sostenido (sentencia de 13 de octubre de 1.919), y que "Para cumplir con éste requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (sentencia de 4 de julio de 1.924: "Igualmente tiene declarado esta Sala que: "Lo proclamado por éstos preceptos (arts. 524 y 533.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no hay que entenderlo con el rigor formal de una literalidad gramatical en las peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino en el sentido de que éstas adecuadamente coherentes con las remisiones que en ellas se hagan en las pretensiones consignadas en su exposición fáctica, con manifestaciones en fundamentación jurídica, pongan de relieve lo en definitiva reclamado, ya que el Derecho lo que impone, son posibilidades reales y efectivas de conocimiento indubitado de lo que se reclama y no especulaciones teóricas que no*

desvirtúen ese conocimiento" (sentencia de 28 de febrero de 1.978), y Sentencia de 2 de junio de 2.004."

En el presente caso, toda vez que de la demanda presentada se deduce claramente cuál es la reclamación, ya que se entiende por ésta Juzgadora, que la cantidad reclamada tiene su origen en las liquidaciones realizadas por la entidad bancaria a la mercantil demandante hasta la fecha de presentación de la demanda y frente a quién se presenta, procede acordar la desestimación de la excepción planteada.

Tercero. Y la misma suerte correrá la excepción de litispendencia alegada por la mercantil demandada, ya que tal y como señala reiterada Jurisprudencia, en concreto, el auto de la A.P. de Barcelona de fecha 20 de julio de 2.009: *"La cosa juzgada material, regulada actualmente en el artículo 222 de la LEC, es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales, respecto del contenido de éstas resoluciones. Esta eficacia opera de dos maneras: una en sentido negativo, impidiendo que pueda volverse a juzgar lo ya resuelto anteriormente en aquella resolución judicial firme de la que se predica cosa juzgada; y otra en sentido positivo, vinculando lo ya resuelto en todos aquellos procesos en que lo decidido sea parte del objeto de esos procesos.*

Mientras la sentencia no sea firme, el proceso anterior produce respecto del posterior, siempre que se cumplan los mismos requisitos de identidad de la cosa juzgada material, el efecto de litispendencia. Para la jurisprudencia, en consonancia con el artículo 222 de la LEC, la litispendencia exige identidad subjetiva, objetiva y causal entre el pleito en que se alega y otro anterior: es una figura procesal cuya interpretación teleológica coincide plenamente con la de la cosa juzgada, pues no se puede olvidar que la litispendencia es un anticipo de dicha figura procesal, es una institución presuntiva y tutelar de la cosa juzgada o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, y en tal sentido se exige que, sin variación alguna, la identidad de ambos procesos se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir (SSTS de 31 de julio de 1.998, 2 de noviembre de 1.999, 9 de marzo de 2.000, 25 de julio de 2.003, 20 de mayo de 2.004, 25 de abril y 1 de junio de 2.005).

En este caso no hay sentencia firme previa respecto de la cual realizar comparación alguna de las tres identidades exigidas, y habiéndose desestimado la primera excepción la segunda también será rechazada.

Cuarto. El artículo 1.258 del Código Civil establece:

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de 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."

Así mismo, el artículo 1.261 del mismo texto establece:

"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º. Consentimiento de los contratantes.

2º. Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º. Causa de la obligación que se establezca."

En el caso que nos ocupa, las partes firmaron un contrato de permuta financiera, en su modalidad de permuta de tipos de interés o swap, que tal y como ha señalado la Jurisprudencia menor, en concreto, la S.A.P. de Asturias, de fecha 27 de enero de 2.010: *" Es 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 interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.*

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

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 del 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."

Se solicita por la parte actora, la declaración de nulidad del contrato firmado entre las partes, por vicio del consentimiento, al no existir una adecuada información sobre qué tipo de contrato se estaba firmando y sobre la cláusula de cancelación pactada.

Quinto. En relación con el derecho a la información, tal y como señala la sentencia ya mencionada de la A.P. de Asturias: *"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 (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 artículo*

48.2 de la L.D.I.E.C 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero lo que real y efectivamente conviene al caso es la de 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., incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, artículo 2 L.M.C.)

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de éste 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 a 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 pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores 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 exclusivamente 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" (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

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

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, 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 (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, 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."

Sexto. En el presente caso, la mercantil actora, alega, falta de consentimiento y por ende nulidad del contrato, toda vez que al no haber sido válidamente informada del contrato pactado, con todas sus condiciones, y en especial la cláusula de cancelación, no sabiendo con certeza lo que firmaba el empleado responsable, existiendo un error invalidante del mismo.

Respecto al tema del error como vicio del consentimiento, tal y como establece reiterada Jurisprudencia, en concreto, SAP Tarragona de fecha 5 de abril de 2.005, si bien es cierto que el error constituye una causa invalidatoria del consentimiento, conforme se dispone en el artículo 1.266 del Código Civil, no lo es menos que, para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor, que se derive de hechos desconocidos para quien lo prestó; sin que sea suficiente el que pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia y que se acredite suficientemente en las actuaciones.

En cuanto a los requisitos del error invalidante del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1.982 declaró: *"Para apreciar la existencia de un error invalidante del consentimiento en el caso, alegado por un editor respecto de un contrato de edición, se requiere: a) que sea esencial e inexcusable pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos de error propio no son imputables a quien lo padece; b) que sea sustancial y derivado de actos de desconocidos para el que se obliga; y c) que no se hubiese podido evitar con una regular diligencia, no siendo admisible el error cuando los contratantes son peritos y conocedores del negocio."*

En cuanto a los efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1.986 declaró: *"La afirmación de existencia de error, como determinante del consentimiento en el contrato, no desemboca en una nulidad por inexistencia con base en el artículo 1.261, sino en un vicio del consentimiento efectivamente prestado que se encuadra dentro de la normativa de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, y cuyas consecuencias se proyectan- en el ámbito de los efectos - en el artículo 1.300 del Código Civil, con las limitaciones del ejercicio de las acciones para su homologación judicial prevenidas en el artículo 1.301."*

Por tanto, para que hablemos de error invalidante del consentimiento, éste deberá recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo permite invalidar el consentimiento, y así el Tribunal Supremo, a través de numerosas resoluciones ha venido precisando que tal error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia, no mereciendo tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba

Séptimo. Y por último, se resolverá sobre la resolución del contrato solicitada por la actora, de forma subsidiaria a las dos acciones anteriores, en aplicación del derecho de cancelación anticipada reconocido en el contrato, sin coste alguno para la mercantil demandante.

El artículo 1.124 del Código Civil establece:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria."

Y así respecto a la resolución contractual contemplada en el precepto mencionado, el Tribunal Supremo, ha declarado que *"es doctrina de ésta Sala, la de que para que la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: 1º. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron. 2º. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo así como su exigibilidad. 3º. Que el demandado haya incumplido de forma grave las le incumbían, estando encomendada la apreciación de éste incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. 4º. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo, e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. 5º. Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían; salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y la libera de su compromiso."*

En el presente caso, a pesar de las alegaciones realizadas por la letrada de la entidad demandante, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, no se entiende, a juicio de ésta Juzgadora, que se den los requisitos para proceder a la resolución del contrato, ya que la cláusula de cancelación anticipada en la que se basa la actora, remite a los precios de mercado para su determinación. No existe incumplimiento alguno por parte de la entidad bancaria, para que la mercantil demandante pueda desvincularse libremente de un contrato que en párrafos anteriores ha sido declarado válido. Y si la actora, quiere rescindir unilateralmente dicho contrato, hecho que puede realizarse en cualquier momento, deberá asumir el articulado pactado, ya que a pesar de todo lo alegado, no podemos olvidar que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y en tanto éste sea válido ambas deberán cumplir con sus respectivas obligaciones, con independencia de las fluctuaciones de los mercados financieros. Por tanto, se rechazará la