

JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 OVIEDO

SENTENCIA: 00065/2011

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1132/2010

De D/ña. S.L.
Procurador/a Sr/a. SERGIO PEREZ HERNANDEZ
Abogado/a Sr/a. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ
Contra D/ña. BANKINTER S.A.
Procurador/a Sr/a. CONSUELO CABIEDES MIRAGAYA
Abogado/a Sr/a. JAINE GUERRA CALVO



ES COPIA

SENTENCIA

ILUSTRE COLEGIO DE
PROCURADORES DE OVIEDO
24 MAR. 2011

En Oviedo a veintiuno de marzo de dos mil once. El Ilmo. Sr. Don Eduardo García Valtueña, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo ha visto los autos de juicio ordinario seguidos ante el mismo bajo el **número de registro 1132/10** promovidos por SL, y en su nombre por el procurador Sr. Pérez Hernández, con la asistencia letrada del Sr. Tamargo Menéndez, contra Bankinter, SA, que compareció representada por la procuradora Sra. Cabiedes Miragaya y defendida por el letrado Sr. Guerra Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Muñiz Solís, en la representación citada, se promovió juicio ordinario contra Banco Popular Español, SA en donde, tras exponer los hechos en que se basaba y alegar los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó suplicando se declarara la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha once de septiembre de 2.007 y sus posteriores renovaciones, con restitución recíproca de las prestaciones; y subsidiariamente se declare el derecho de la actora a apartarse anticipadamente del contrato sin penalización alguna, con nulidad de las cláusulas del contrato que se opusieran; todo ello con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda por resolución de quince de noviembre de dos mil diez, acordando emplazar a la demandada para que contestara a la demanda contra la misma formulada, lo que así hizo interesando su desestimación.

TERCERO.- Con fecha veintiséis de enero de 2.011 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y sin que se suscitaran cuestiones procesales, todas las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente acta.

CUARTO.- Con fecha veinticinco de febrero dos mil once se celebró el juicio, con la práctica de las pruebas admitidas y con el resultado que es de ver en la correspondiente acta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- En la demanda que dio origen al presente juicio formulada por , SS se articula la pretensión de que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 11 de septiembre de 2.007. En la demanda se sostiene que el citado contrato atípico se ofreció por la demandada como un seguro contra las subidas del tipo de interés, basando pues la pretensión de nulidad en la concurrencia de un vicio del consentimiento, fundamentalmente por su prestación por error, si bien igualmente también se invoca el dolo que deriva de la falta de información, o de la errónea facilitada, acerca de la verdadera naturaleza jurídica del contrato. El banco demandado invoca el carácter de gran empresa de la sociedad demandante, alega que el administrador de la demandante fue debidamente informado de las características del "producto" que le ofertaba, planteando diversos escenarios, negando el carácter especulativo, ni de inversión del contrato; niega que la cancelación anticipada conlleve una penalización para su cliente; defiende, pues, la validez del contrato, sosteniendo que sus efectos que se exponen en la demanda son el resultado de su carácter aleatorio. Pone énfasis la demandada en que el actor no adujo ningún tipo de vicio de nulidad en el contrato durante el tiempo en que sus efectos le beneficiaban, sus primeros años de vigencia en que los tipos de interés de referencia experimentaron un incremento.

SEGUNDO.- Es el debatido un contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (swap). Entre nosotros, la Audiencia Provincial de Asturias se viene pronunciando en recientes sentencias términos unívocos: Así deben señalarse las sentencias de sentencia de 27 de enero y 23 de julio de 2.010 de la Sección 5ª, 12 de noviembre de 2.010, 14 y 17 de febrero y 2 de

marzo de 2.011 de la Sección 4ª, 29 de octubre y 10 y 16 de diciembre de 2.010 de la Sección 7ª. La primera de dichas sentencias indica las siguientes notas del contrato celebrado entre las partes: "En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor / 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 art. 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".

En sus conclusiones finales la representación del banco aludió a que el caso ahora enjuiciado presentaba unas peculiaridades distintivas del resto de supuestos, pero estimamos que no son tales, pues, en suma, la cuestión se ajusta a los mismos parámetros que vienen presentando este tipo de juicios: Inexistencia de información previa y coetánea a la contratación, la comercialización del contrato como un seguro de cobertura de los tipos de interés, la inadecuación de tal "producto" para los intereses y actividad del cliente del banco, la falta de reciprocidad entre los riesgos que asume cada parte, etc.

Es el debatido un contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (swap).

Se solicita la nulidad del contrato por error en el consentimiento por falta de la necesaria información, lo que obliga a desarrollar, siquiera de forma escueta, los dos aspectos que se derivan de tal pretensión, esto es, el deber de información que incumbía a la entidad bancaria y, por otra parte, la jurisprudencia sobre el error como causa de nulidad del negocio jurídico.

Sobre el primer aspecto, el marco normativo que ha de ser tenido en consideración es, substancialmente, el expuesto en el escrito de demanda, debiendo recordarse la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Y en su arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero - vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Sobre la posición de la entidad bancaria y su interés propio, contrapuesto al de su cliente, hace la siguiente consideración la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias anteriormente citada: "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.

Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de 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 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 se haya 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 STS 20-1-2003)".

Resulta muy didáctica la sistematización que se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2.010 sobre el deber de información ahora estudiado:

"Por lo demás, en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole de los litigiosos, de las Resoluciones del Servicio de

Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, adjuntadas a los autos, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento.

Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el

diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euríbor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión".

Por otra parte, en relación con el error en la prestación del consentimiento contractual la jurisprudencia ha declarado lo siguiente, por decirlo con las palabras de la STS de 18 de febrero de 1994: "La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- ó sobre la declaración comercial rubricado en citado art. 1266.1º CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexcusabilidad que, de existir, habilite el axioma "qui errant no consentire videtur", invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el CC no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC; Es inexcusable el error (de la STS 4 enero 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia 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 de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el 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 infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la STS 28 febrero 1974 o construcciones en la STS 18 abril 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4 enero 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye".

TERCERO.- Las anteriores consideraciones exigen analizar el supuesto ahora enjuiciado, que se limitó al interrogatorio de ambas partes y la prueba documental, pues la testifical propuesta por la actora no ofreció datos de interés. Y de la valoración de la citada prueba pueden llegarse a las siguientes conclusiones, relevantes para la solución de la controversia:

1º La iniciativa para la celebración del contrato partió del Banco demandado. Aun cuando el representante del banco indicó que la iniciativa había sido simultánea, sin embargo la previa oferta rechazada meses anteriores ya indica que fue la demandada quien ofertó a su cliente el contrato, coincidiendo con la celebración de un contrato de crédito.

2º En relación con el anterior punto, también debe considerarse que no consta en modo alguno que la sociedad actora ni sus administradores hubieran celebrado o conocieran contratos análogos al que ahora nos ocupan. El representante del banco aludió a que la razón del rechazo inicial por la demandada de la contratación del contrato de permuta de tipos de interés vino motivada porque ya tenía concertado

uno con el Banco Herrero, extremo sobre el que no fue interrogado la demandante, ni se practicó prueba alguna que, por otra parte, no reportaba dificultad alguna, por lo que no puede tenerse por cierto, máxime cuando la posible existencia de éste no fue tenido en consideración para la celebración del posterior. Por otra parte, el administrador de la demandante indicó respecto de su grado de formación que tenía estudios básicos, la empresa se dedicaba a trabajos de encofrado, sin que tuviera los conocimientos necesarios para la comprensión del contenido del contrato. La citada falta de formación, aprehensible de la prueba de interrogatorio, no aparece desvirtuada por tratarse de un administrador de una sociedad dedicada a las citadas labores de construcción, cuyo tamaño la demandada trató de magnificar sin base alguna. Pero, en todo caso, tal administración resulta ajena a la comprensión de contratos complejos como el que nos ocupan, ni se deriva la necesaria formación a tal efecto el hecho de que el administrador tratara de negociar con las entidades bancarias préstamos a un tipo inferior al ofertado, ni tampoco que utilizara el euríbor, pues éste no es sino un valor de referencia utilizado comúnmente sin necesidad de saber la forma de su determinación y que, sin duda, no revela ningún nivel de conocimiento del mercado financiero y de sus instrumentos.

3º También resulta relevante la forma de fijación del capital nocional del contrato. El representante de la demandada indicó que se había llegado de mutuo acuerdo por ambas partes en función del grado de endeudamiento de la actora. Y ésta aporta, e insistió en el juicio sobre él, "el CIRBE" de la demandante. Pero, aún en el supuesto de que se admitiera el citado documento (el número 3 de los aportados con la contestación a la demanda) como tal, lo cierto es que es ajeno por completo a los parámetros que deben tomarse en consideración por los contratantes para mitigar el carácter especulativo del contrato de permuta celebrado. Efectivamente, le asiste la razón a la parte demandante cuando cuestiona los citados datos desconectados de la afectación que supone la subida de tipos de interés para la actora. Debe tenerse en consideración que la demandada admitió que el citado riesgo incluía líneas de descuento y que alguno de los créditos o préstamos celebrados por la actora no lo eran a interés variable, de forma que, por una parte, confundía riesgo valorable por la entidad bancaria o financiera para determinar la solvencia de la empresa con deuda efectiva; y, por otra parte, no toda ella estaba expuesta a la variación del mercado de tipos. Por ello, la demandada no proporcionó dato alguno que permitiera determinar la utilidad del contrato cuestionado para

conjurar el riesgo que impulsó a la actora, según se dice por la demandada, a su celebración.

4º En orden a la concreta información facilitada al demandante, a los tratos precontractuales que precedieron a la firma del contrato, no consta en forma alguna su contenido. Por la demandada se insistió en que la información sobre el contrato ("producto") se realizó en dos ocasiones, en la primera de ellas cuando se celebró entre las partes otros contratos, momento en el que el cliente rechazó su celebración; y seis meses después, con ocasión de la celebración de otro contrato de crédito, momento en el que sí lo aceptó. Sin embargo, no consta en modo alguno cual pudiera haber sido la información que el banco demandado facilitó en esta primera ocasión, máxime cuando su representante en la prueba de interrogatorio se escudó en que ya tenía concertado otro con otra entidad bancaria, lo que, ya queda dicho, no fue probado. Sus vagas alegaciones parecen indicar que se limitó a remitir los contratos tipos de diversos contratos, entre los que se encontraba el de permuta de tipos de interés. Así pues, solamente puede considerarse la previa información facilitada de forma inmediatamente previa al contrato de 11 de septiembre de 2.007. Y, en sentido contrario al afirmado por la representación de la demandante, no solamente ha de atenderse a lo que denominó "el rastro documental", sino al conjunto probatorio con objeto de determinar cuál fue la información que se facilitó a la demandante, recayendo sobre la demandada la carga probatoria.

Junto con la contestación a la demanda se aporta como documento nº 4 dos horas referidas al "clip-Bankinter 07-10.3", que, junto con el contrato firmado por las partes, es el único documento que se somete a consideración. Se trata, según se indica en la contestación a la demanda, del folleto informativo que se facilitó a la demandante. Lejos de ofrecer cómo se comportaría el contrato en función de la evolución que pudiera experimentar el tipo de interés variable, el citado folleto es sumamente confuso, refiriéndose a que el cliente a corto plazo se beneficia de "un tipo fijo subvencionado", a medio de plazo de "un tipo medio por debajo del mercado" si no se alcanzaran "las barreras del 4,75%" y si se superaran "el cliente recibiría una subvención del 0,10%", explicación que, lejos de aclarar el contrato, ofrece una apariencia engañosa de "utilidad" o "beneficio", incluso subvención, cuando lo que realmente se producía era que no se aplicaba la totalidad de la subida del tipo de interés, pero sí toda la bajada. Así pues, lejos de informar del contenido del contrato, lo aportado no contribuye sino a la confusión y al artificio publicitario. Por ello la abogada del banco interrogó al legal representante de éste sobre si le informó de

tales escenarios, respondiendo nuevamente el empleado que compareció en términos muy vagos, contradictorios con lo afirmado en la misma prueba por el representante de la actora, lo que impide tener por cierto tal información. Según el administrador de la demandante, el empleado del banco le visitó una tarde, firmaron el contrato y le dejó un folleto que no llegó a leer. Pero también resultan confusas las explicaciones del empleado del banco sobre la información facilitada, pues incluso en el mismo juicio se refirió en diversas ocasiones a que le había indicado que el objeto del contrato era asegurarse frente a la subida de los tipos de interés, en frase que posteriormente corrigió por cobertura de tipos. No consta, pues, cuál fue la información, menos a qué extremos se extendió, si ésta abarcaba a la forma de cancelación anticipada del contrato, ni tampoco a la limitación de la compensación de los intereses resultantes por la subida de tipos a partir de determinada cota. Así pues, no puede aceptarse que la demandada haya informado sobre el instrumento de cobertura ofrecido con explicación de sus características principales en términos que pudieran ser comprensibles para su cliente. Incluso los expresados en el acto de juicio, contradichos por el cliente, expresaban en términos muy limitados el contenido de un contrato de permuta de tipos de interés, de forma que no pueden tenderse comprensibles para un cliente de nivel cultural medio de una entidad bancaria.

5º Una vez el contrato desplegó sus efectos, la actora no interesó la aclaración de las liquidaciones periódicas hasta que la modificación de la tendencia alcista llevó al interés de referencia a un tipo muy inferior al pactado inicialmente.

6º En el contrato se incluyó la posibilidad de cancelación anticipada por el cliente que debería soportar los costes de la misma, pero no se expresó, ni tan siquiera por referencia, cuáles pudieran ser tales costes, ni la forma de proceder, al margen de lo que denomina "ventanas de cancelación", en las que Bankinter ofrecería "un precio de mercado".

Fácilmente se comprueba que la información proporcionada por la demandada a su cliente, de haber existido ésta –lo que no puede considerarse probado- está sumamente alejada de aquellos mínimos a los que se hizo alusión en el fundamento anterior. Lejos de aportar una prueba sobre la observación de tal exigencia por la entidad bancaria, la practicada permite establecer, como afirma el representante de la demandante en su interrogatorio, que en el presente caso no se le ofreció más unas vagas referencias al objeto del contrato (paga si baja el tipo de interés, recibe si sube), junto a la entrega de un folleto sumamente confuso. Y, en todo caso, no se le facilitó información sobre las consecuencias que acarrearía una

acusada bajada de los tipos de interés, como efectivamente ocurrió. Y fuera de tal información, solamente consta la firma de las condiciones generales y particulares del contrato (estructura como la del contrato de seguro), respecto de los cuales cabe destacar que de la dificultad de la comprensión es evidente, siendo ininteligible en algunas de sus cláusulas, lo que, además, se agrava en sus consecuencias si se valora la desconexión del riesgo contratado con el real del cliente, que no fue valorado. El incumplimiento de esa obligación de informar por el Banco no puede entenderse suplida por las condiciones subjetivas que concurrían en el contratante, antes expuestas, quien si bien es administrador de diversas sociedades que tienen como objeto social la construcción, se encuentra muy alejado del conocimiento de herramientas financieras como la que nos ocupa, de novedosa introducción en aquel momento, ni tampoco que de aquella concisa y equívoca información que le fue facilitada tuviera elementos suficientes para que aprehendiera mínimamente el contenido del contrato, ni tampoco el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por medio de aquel, lo que, sin extenderse en la causalización de los motivos del contrato, como se hace en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias tan citada en esta resolución, lleva a admitir en el caso los presupuestos de existencia de error excusable en el actor sobre la esencia de contrato impugnado, lo que determina la declaración de su nulidad, con las consecuencias legales que lleva aparejada tal declaración.

A ello no es óbice el hecho de que la demandante no haya cuestionado la validez del contrato sino hasta el momento en que los saldos que arrojaba comenzaron a ser negativos, pues ello, como señala la sentencia de 14 de febrero de 2.011 de la Sec. 4ª de la AP de Asturias, "no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo en ese momento cuando alcanza a comprender el error sufrido, aportando una explicación razonable de su actuación". Y lo mismo ocurre aquí, en el que las liquidaciones positivas a favor de la demandante fueron de escasa cuantía y su reacción vino determinada por la primera liquidación negativa, que era diez veces superior a las positivas.

La declaración de nulidad por el motivo expuesto excusa de que abordemos la posible nulidad por el desequilibrio de prestaciones para cada una de las partes contratantes, como declara en un supuesto análogo al de autos la citada sentencia de 14 de febrero de 2.011 de la Sec. 4ª de la AP de Asturias, ratificando la de este juzgado, basada en la posibilidad de resolver por el banco unilateralmente el contrato si concurrieran circunstancias de mercado sobrevenidas que lo aconsejan,

facultad que solamente opera a su favor, sustituyendo "el producto" por otro de similares características, sin coste alguno para el banco, lo que no se reconocía para el cliente que debía soportar un elevado coste (cláusula contenida sin numeración en el condicionado particular del contrato, cuya existencia extrañamente la demandada discutió). Y, en segundo lugar, se produciría también el desequilibrio por la limitación en la aplicación del tipo pactado en el supuesto de elevación del mismo, al que se hizo referencia en el fundamento anterior, y por la graduación pactada de los tipos aplicables al alza que protegía únicamente al banco, sin correlación para el cliente.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas procesales deben imponerse a la demandada.

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

FALLO

Estimando la demanda formulada por el procurador Sr. Pérez Hernández, en la representación de autos, contra Bankinter, SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha once de septiembre de 2.007 celebrado entre las partes en litigio, así como sus posteriores renovaciones, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de cinco días contados desde el día siguiente a su notificación. Para interponer el recurso será necesaria 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 Banesto con el número 4848 0000 04 1132 10, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).