

Don Eugenio Alonso
Ayllón

SENTENCIA: 00108/2011

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000097/2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO
DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUÍS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a diecisiete de Marzo de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 214/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, Rollo de Apelación nº 97/11, entre partes, como apelante y demandada **BANKINTER, S.A.**, representada por la Procuradora Doña Consuelo Cabiedes Miragaya y bajo la dirección del Letrado Don Jorge Caramés Puentes, y como apelado y demandante representado por el Procurador Don Eugenio Alonso Ayllón y bajo la dirección de la Letrada Doña Rosa Álvarez-Linera Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha siete de julio de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por la representación de **BANKINTER, S.A.** **CONTRA** Bankinter, S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre ambos litigantes, con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonadas por su virtud por una y otra parte, con expresa condena en costas a la parte demandada".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Bankinter, S. A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las

alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la entidad actora ~~Manejadora~~ se promovió demanda de juicio ordinario frente a Bankinter, S.A. solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros (Swap) concertado entre la actora y la demandada en el mes de junio de 2.007, acordando la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido objeto del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses.

Sostiene la actora que el objeto social de la misma es el montaje de estructuras metálicas y la realización de pequeñas obras de construcción y rehabilitación. En el año 2.007 el representante de la sociedad recibió la visita de dos comerciales de pymes de Bankinter, quienes le ofrecieron hasta 15.000 € de financiación a través de una línea de crédito y la posibilidad de descontar efectos de comercio hasta 30.000 €. Asimismo los referidos comerciales le ofrecieron un producto al actor que le serviría de protección ante una subida del euríbor, de manera que si éste subía el incremento del coste de financiación de los otros productos se vería compensado por las percepciones a recibir vía "seguro". De esta manera se inició la relación comercial del actor con Bankinter. En septiembre de 2.008, y a consecuencia de un saldo excedido en cuenta, el banco, dio por vencida anticipadamente la línea de crédito y canceló la cuenta multilínea, no obstante y pese a la cancelación de la línea de crédito Bankinter mantuvo la vigencia del clip, el cual en el año 2.009 comenzó a bajar vertiginosamente, de modo que atendiendo a las liquidaciones que se le efectuaron, tanto las positivas como las negativas, le supuso al cliente un coste de 4.461,95 €, desconociendo la entidad actora cuáles son los cálculos y operaciones que dan lugar a que las liquidaciones sean cargadas o abonadas en la cuenta del cliente. Decidido el actor a cancelar el clip solicitó información al respecto, manifestándole la entidad bancaria que el precio estimativo de la cancelación a 5 de octubre de 2.009 era de 19.916,12 euros, a lo que se ha de añadir que Bankinter le viene reclamando la última liquidación del clip correspondiente al mes de noviembre de 2.009 en



cuantía de 2639,01 €; y centrándose ya en el tema del clip Bankinter señala la actora que se trata de un swap, es decir de una permuta financiera, operación esta especulativa y de alto riesgo, cuyo objeto y funcionamiento no fue en ningún momento explicado al representante de la actora por la entidad bancaria, y por lo que se refiere a la cancelación del producto, del examen del contrato se infiere que se priva al cliente de la posibilidad de calcular siquiera estimativamente cuáles eran los previsibles costes de la cancelación, información esta esencial que no consta en el contrato ni se le ofrece por ningún otro medio, por todo ello concluye la actora que procede la nulidad del clip por error en el consentimiento habiendo sido inducido a engaño por la entidad bancaria demandada, viéndose afectado por un contrato que en nada le beneficia para el desarrollo de su actividad profesional, careciendo la actora de la información mínima imprescindible y cuya complejidad excede del entendimiento de cualquier persona no familiarizada con este tipo de productos. Con base en este relato de hechos, y con cita de la Ley de 28 julio 1.988 del Mercado de Valores modificada por la Ley de 19 diciembre de 2.007, así como del RD 629/2003 de 3 mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (vigente hasta el 17 febrero 2.008), solicita la demandante que se dicte sentencia en los términos expuestos en líneas precedentes, ya que conforme a la normativa citada las entidades financieras están obligadas a asegurarse de que sus clientes comprenden el funcionamiento del producto que contratan y asumen el nivel de riesgo que implican.

A la pretensión actora se opuso Bankinter, quien postuló la desestimación de la demanda argumentando que mientras la actora recibió liquidaciones positivas, sin pagar por ello prima alguna, nada objetó y cuando le cargan por la bajada de los tipos la primera liquidación negativa surge lo que la entidad bancaria denomina error de consentimiento retroactivo, siendo la realidad que la actora mantenía un riesgo financiero de 300.000 € aproximadamente según el cirbe (central de información de riesgos del Banco de España), por tanto la actora quería cubrir dicho riesgo financiero de los avatares que sufriese, en el plazo que se determinaba en el contrato de cobertura, por las evoluciones al alza de los tipos de interés que gravaban su riesgo financiero. El propio contrato en su expositivo manifiesta que el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Y es con este objeto que se celebró el contrato. Asimismo en el contrato se advertía de que se trataba de un instrumento financiero que conllevaba un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, y en las condiciones particulares se regulaban las llamadas ventanas de cancelación, siendo de reseñar que Bankinter no se queda con el riesgo que asume por este tipo de productos sino que traslada el mismo a un tercero, tal y como se advierte en la





cláusula de las condiciones particulares que transcribe en la contestación a la demanda, es decir traslada los derechos y obligaciones que asume por este tipo de productos a otra entidad en el mercado. De ahí que se estipule en la cancelación anticipada, incluso en las ventanas de cancelación, que ello puede suponer por parte de Bankinter deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación del producto, y concluye la exposición alegando que en este tipo de contratos existe una absoluta equivalencia de prestaciones, partiendo de que en el año 2.008 el banco no sabía lo que ocurriría con el tipo de interés como no lo sabía la actora, pero esta última deseaba asegurarse contra el riesgo de que dichos tipos subieran en el futuro y pretendía ganar tranquilidad en la previsión de sus costes financieros, por todo lo cual solicita la desestimación de la demanda al no existir ni error ni dolo en el consentimiento cuando se celebró el contrato, siendo lo que ocurre que al demandante ya no le conviene este contrato dada la situación del mercado, de tal forma que pretende denunciar el mismo sin coste alguno para él, beneficiándose de esta forma únicamente él de las condiciones del mercado.

El juzgador de primera instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda, y ello tras examinar el contrato de gestión de riesgos financieros, las cláusulas establecidas en el mismo, así como el resultado de las liquidaciones practicadas desde octubre de 2.007 hasta septiembre de 2.009, al igual que la prueba practicada, señalando que de la testifical se infiere que la contratación se hizo a iniciativa de empleados de la demandada, no siendo la actora cliente con anterioridad de la misma, manifestando asimismo los empleados del banco que se le pusieron al cliente ejemplos de forma oral relativos al desarrollo de la operación concertada, constando la firma del representante de la actora en las condiciones generales y particulares del contrato, las cuales son examinadas por el juzgador, que concluye que lo relevante en el presente caso estriba en determinar si la actora por medio de su representante legal conoció la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que implicaba, pues lo que la actora imputa fundamentalmente a la demandada es un defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente y una falta de claridad del clausulado del contrato concertado y estima que, de un lado, la entidad demandada es quien decide tanto el plazo como el tipo de interés de referencia, el porcentaje del tipo y la cuantía de la deuda que se estabiliza, cuando realmente se desconoce el tipo de contratos que generaba dicha deuda, el plazo al que tiene asumidas tales obligaciones financieras y el tipo de referencia que utilizaban, por lo que si se tiene además en cuenta que el tope que se fija en el contrato es de 5,15% la estabilidad que se lograría, de dichos costes, era relativa. De otro lado, como se señala en la sentencia de esta Sala de



27 de enero de 2.010, la elección que realiza la entidad demandada no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio del mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euríbor), siendo la información relevante en cuanto al riesgo de la operación que debe proporcionarse al cliente, la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, que no consta ofrecida, y no la mecánica de la operación, de modo que como es lógico la falta de dicha información provoca un error esencial en aquél. A ello añade el juzgador que se une la absoluta desinformación del cliente acerca del sistema de la cancelación anticipada de los productos. Frente a esta resolución interpuso la demandada el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Como señala la reciente Sentencia de la Sec. 4ª de esta AP de 11 febrero 2.011, "esta Audiencia Provincial ya se ha pronunciado sobre pretensiones muy similares a la presente con relación a esta clase de productos financieros, en concreto en las sentencias dictadas por la Sec. 5ª con fecha 27 enero y 23 de julio de 2.010 y por la Sec. 4ª en la Sentencia de 12 noviembre del mismo año referida ésta precisamente a otro "clip Bankinter" celebrado, como su nombre indica, con la misma entidad demandada. Sintetizando lo allí expuesto, en argumentos coincidentes con los recogidos en sentencias de otros Tribunales con relación a esta misma clase de contratos aunque es cierto que coexisten otras líneas discrepantes- cabe destacar aquí:

1) en cuanto a la naturaleza y contenido de estos contratos recuerda la Sec. 5ª que "nos hallamos ante el conocido por la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap).

Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 del CC y 50 del CCom., 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 (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 del CC 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". Y

2º) con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que ofrece, añaden dichas resoluciones 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 en 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. 26/1988 de 29 julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la Ley 24/1988 de 28 julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del Mercado de Valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese 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 art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios e inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de la gestión ordenada y prudente cuidando los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el RD 629/1993 concreto, 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 la experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que disponga que pueda

ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art. 5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 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 (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 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 (art. 79 bis números 3, 4 y 7).

Luego el RD 217/2008 de 15 febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de 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 (art. 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 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 la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 del CC), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato, adecuada y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Por último destacan dichas sentencias que "es evidente que ostentando el banco 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 período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa 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

contratos". De ahí que, concluyan, 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. Sólo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, período 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 1993, en el ordinal 3 del art. 5 del anexo "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos", como exige el artículo 60.5 del RD 217/2008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuesto razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

TERCERO.- Pasando a examinar el supuesto aquí contemplado, nos encontramos con que es de plena aplicación lo señalado en la sentencia citada de 11 de febrero de 2.011 de la Sec. 4ª de esta Audiencia Provincial, en la que se destacaban los siguientes aspectos que concurren en el presente caso: 1º) Bankinter en la información que proporcionaban las Cláusulas Generales y particulares del contrato señalaba que estos instrumentos financieros "conllevan un cierto grado de riesgo derivado de los factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés", pero lo matiza inmediatamente a continuación, añadiendo que "en caso de que la evolución de sus tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecta a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato"; es decir, alude a la posibilidad de no obtener beneficios como situación más negativa para el cliente y no a que se produzcan pérdidas como en la práctica aconteció. Dentro de ese marco general han de situarse las posteriores referencias a las liquidaciones periódicas "que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente".

En las condiciones particulares, tras establecerse el nominal contratado, la duración del contrato, los vencimientos periódicos y las posibilidades de cancelación anticipada, se recogía la forma de efectuar las liquidaciones y tipos aplicables para una y otra parte, el euribor a tres meses que debía pagar el banco y diversos porcentajes en función de los sucesivos periodos, a satisfacer por el cliente, sin alusión alguna a los riesgos de la operación ni facilitar más información suplementaria. De su contenido debe destacarse que al igual que las condiciones generales, se establecía que en caso de que el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en las fechas que se preveían al efecto, Bankinter ofrecería "un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas", sin hacer

tampoco referencia a como se obtenía ese precio de mercado, ni menos a que podía suponer un importante costo al cliente". En el presente caso tal coste, según se señala en la demanda, se eleva a 19.916,12 €.

Por otro lado, como se señala en la sentencia citada, las liquidaciones que se preveía realizar periódicamente contenían una limitación clara a favor del banco en caso de subidas de los tipos de interés, pues de superarse los límites que se indicaban para las sucesivas fases (4,50% y 4,85%) el cliente paga el euribor con una bonificación del 0,10% mientras que esa limitación no existía, al menos en igual proporción, de producirse una caída sustancial del euribor, tal y como sucedió tiempo después. Así se explica como las liquidaciones variaron tan drásticamente de cuando eran positivas para la demandante a cuando pasaron a ser negativas. En esa sentencia igualmente se señala que de la testifical practicada en aquel juicio se desprendía que Bankinter tenía realizados estudios sobre la posible evolución de los tipos de interés, lo que no se ha acreditado que le fueron mostrados a la demandante. A lo que ha de añadirse que la empleada del banco que declaró en estos autos admitió no haber dado explicaciones por escrito y sólo haber efectuado algunos ejemplos verbales sobre la mecánica de este tipo de productos, lo que contrasta con el hecho de que, como declarara Don Ignacio Piedralba, los empleados del banco que ofrecen este producto reciben formación para efectuarla; diversamente en el caso de autos la persona que ofertó ese producto al actor, Doña Paula Azurmendi, manifestó en el acto del juicio desconocer el nivel de conocimientos que podía tener el representante de la actora.

En definitiva, como señala la tantas veces citada sentencia de 11 de febrero de 2.011 "esta prueba documental y testifical revela claras y flagrantes vulneraciones del deber de información que correspondía al banco, que van desde no proporcionar al cliente estudio o indicación alguna sobre la previsible evolución de los tipos de interés o sobre los análisis económicos de que dispusiera, a no cerciorarse de los conocimientos financieros que tenía el cliente, y no alertar sobre las importantes consecuencias económicas adversas que podía tener ese producto financiero, que se ocultaban o diluían bajo el eufemismo de que podrían no existir beneficios para el cliente. Se insistía más en su función estabilizadora- "diseñado para mitigar el riesgo"-, sin tampoco destacar claramente el desequilibrio que suponían los diferentes límites según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio del cliente. Y, en fin, lo que resulta aún más relevante, a juicio de esta Sala, quedaban totalmente indeterminada las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total falta de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esa cancelación para el cliente". Añadiéndose que "es

significativo en este sentido que el único informe del Banco de España obrante en autos concluya, ante omisiones por parte de la entidad bancaria como las señaladas, que se está ante una actuación incorrecta desde el punto de vista de las buenas prácticas financieras". En el caso de autos se ha aportado con la demanda documental del Banco de España referida a buenas prácticas bancarias.

Las consideraciones precedentes que, se repite, en el caso de autos llevaron en la sentencia citada de 11 de febrero de 2.011 a estimar que "las omisiones en la información ofrecida por el banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en el cliente 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 arts. 1.225 y 1.266 del CC. En resumen, se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés, cuando lo que en realidad suscribía eran unos contratos de elevado riesgo que podían comportar y comportaron cuantiosas pérdidas, que cubrían de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso y en los que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente que allí se le reconocía".

Lo hasta aquí expuesto no queda desvirtuado por las alegaciones efectuadas por la parte apelante, conforme a las cuales los clips no son productos especulativos o que el clip se ofertó con una función de estabilización de los costes financieros de la financiación a tipo variable, que la información que se le suministró al representante del actor era suficiente, o que la posibilidad de que se produzcan liquidaciones negativas se infiere de la lectura del contrato y que ello es consustancial al concepto de una permuta que busca estabilizar costes financieros; asimismo se alega que la posibilidad de un coste por cancelación se estipula en el contrato y que el error, caso de haber existido, no cabría considerarlo como inexcusable y, además, el que la actora recibiere y pagara durante año y medio liquidaciones positivas y negativas sin haber manifestado queja alguna es prueba reveladora de que incluso si el consentimiento inicial hubiera adolecido de error el negocio jurídico habría resultado convalidado. Y ello porque frente a tales alegaciones está el contenido de las condiciones generales y particulares del contrato, las declaraciones testimoniales y el resto de la documental aportada, de todo lo cual se infiere que nos hallamos ante un producto financiero complejo en el que ha concurrido en su oferta y en el contrato una falta de información imputable a la entidad bancaria, quien incumplió los deberes que a la misma incumbían, pues el representante de la actora no tiene la condición de experto financiero para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a

estos efectos y sin que, como señala la sentencia tantas veces citada de 11 de febrero de 2.011, el que la demandante sólo cuestione la eficacia del contrato tras practicarse varias liquidaciones positivas y negativas ello no supone, como pretende la recurrente, la convalidación del contrato por su conducta anterior, pues, como ya se puso de manifiesto en las sentencias citadas de 23 de julio de 2.010 de la Sec. 5ª y 12 de noviembre de 2.010 de la Sec. 4ª, ese comportamiento es lógico pues es sólo entonces cuando puede alcanzar la parte a percibir su error, más aún si se tiene en cuenta que también es sólo en ese momento cuando conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, extremo que desconoce al no haber sido informado al respecto con un mínimo de precisión. Debiendo asimismo consignar que la sentencia recurrida hace descansar el grueso de su argumentación en el tema de la información o de la falta de la misma o del carácter equivoco de alguna de las condiciones establecidas en el contrato como expusimos en líneas precedentes y no en la naturaleza especulativa del contrato, admitiendo la propia parte apelante que el juzgador no se refiere exactamente al clip como un producto especulativo; lo que sí es evidente, y así se ha expuesto en las diversas sentencias de esta Audiencia Provincial, es que nos encontramos ante un producto financiero complejo, lo que se aviene con la documental del Banco de España aportada a autos, de cuya lectura se infiere la importancia de la información precontractual en la que se debe indicar las características principales del producto sin omisiones significativas, señalándose en esta misma documental que para la comprensión de estos productos, en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

En cuanto a la alegación de que la cláusula de cancelación es un elemento accesorio del contrato por lo que nunca puede conllevar la nulidad del mismo, de nuevo comparte la Sala la conclusión de la sentencia citada de la Sec. 4ª, conforme a la cual "la alusión, en fin, a que el error en su caso, recaería sobre elementos accesorios del contrato tampoco puede compartirse pues incidía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de él y sobre las posibilidades de apartarse del mismo según evolucionen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de considerable duración", en el presente caso la duración era de tres años .

En cuanto a la alegación de que no existe error ni de existir sería excusable, baste señalar que como se declarara en la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2.010, al analizar otros supuestos de swap, se dan en el presente caso las condiciones del error propio invalidante del contrato que, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2.000, son: "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 la diligencia media o regular (sentencias de 14 y 18 de febrero de 1.994 y 11 mayo de 1.998). Según la doctrina de esta Sala la excusa debida ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido un error como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido un error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (sentencias del TS de 4 de enero de 1.982 y 28 de septiembre de 1.996). Debiendo reiterar aquí lo dicho en líneas precedentes en cuanto a la complejidad del producto financiero, a la falta de información por parte de la entidad bancaria y a que el representante de la actora no tiene la condición de experto financiero, para que resulte claro que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

En cuanto a las perspectivas acerca de la evolución de los tipos de interés ya hemos abordado este tema en líneas precedentes al examinar la cuestión central de la información, con cita de la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2.010.

CUARTO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, pues aunque en anteriores ocasiones en supuestos análogos se acordó hacer uso de la facultad establecida en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber dictado ya esta Sala y esta Audiencia varias resoluciones en el mismo sentido que el presente, algunas de ellas con relación a la misma entidad bancaria que la recurrente, se está en el caso de seguir el principio general del vencimiento.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S. A. contra la sentencia dictada el día siete de julio de dos mil diez por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n ° 10 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.



Se imponen a la parte apelante las costas causadas en la presente alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución no cabe Recurso de Casación y/o infracción procesal, al haberse dictado en un juicio ordinario del art. 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ser de cuantía inferior a 150.000 €, habiendo quedado fijada la misma en la demanda en 27.017,08 €, suma recogida en el auto de admisión a trámite de aquélla.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

