

Roj: SAP O 2064/2011  
Id Cendoj: 33024370072011100492  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Gijón  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 130/2011  
Nº de Resolución: 532/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00532/2011**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON**

N01250

PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2010 0000630

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000130 /2011

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000037 /2010

Apelante: BANKINTER S.A.

Procurador: MARINA GONZALEZ PEREZ

Abogado: BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ

Apelado: MARMOLES SANTA OLAYA, S.L.

Procurador: ANA ROMERO CANELLADA

Abogado: JOSE CARLOS BLANCO FERNANDEZ

**SENTENCIA nº. 532/2011**

Ilmos. Sres. Magistrados

PRESIDENTE: ILMO. SR. DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADO: ILMO. SR. DON RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE

MAGISTRADA: ILMA. SRA. DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA

En Gijón, a veintiuno de noviembre de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en Gijón, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 37/2010 , procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 130/2011, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER S.A., representada por el Procurador de los tribunales, Sra. Marina González Pérez, asistido por el Letrado D. Borja Fernández de Troconiz, y como parte apelada, MARMOLES SANTA OLAYA, S.L., representada por el Procurador de los tribunales, Sra. Ana Romero Canellada, asistido por el Letrado D. José Carlos Blanco Fernández.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2010 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por DOÑA ANA ROMERO CANELLADA, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de MARMOLÉS SANTA OLAYA S.L., contra BANKINTER S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARINA GONZALEZ PEREZ, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:

Debo declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes el día 15 de noviembre de 2006 al que se refiere el documento n. 1 de los aportados con la demanda.

Debo condenar a BANKINTER, S.A. a restituir y devolver a MARMOLÉS SANTA OLAYA, S.L. todo lo percibido, renunciando a lo pendiente de percibir en virtud del mencionado contrato, con sus respectivos intereses y ello sin perjuicio de la acción que le asiste a la demandada para reclamar lo por ella entregado y percibido por el actor en virtud de dicho contrato.

Debo condenar en costas a la demandada."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 15 de noviembre de 2011-11-22.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Versa el recuso sobre la inexistencia de error en el contrato de **permuta** de riesgos financieros que asumen BANKINTER, en el que viene a reproducir la parte apelante la argumentación de otros procedimientos de otros acerca de la naturaleza del producto, que en el caso enjuiciado se complementa con la consideración de que se trata de un avezado inversor el actor y que percibió desde la firma de contrato en noviembre de 2006 varias liquidaciones positivas sin oponerse ni cuestionar la validez de lo contratado entre las partes.

**SEGUNDO.-** El asunto que enjuicia la sala es idéntico al ya resulto por sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011 que declara: ..... " *El asunto es idéntico ya resuelto por esta sala en Sentencia de fecha 26 de Septiembre de 2011 , por lo que debemos reiterar lo dicho en aquel procedimiento, "... **SEGUNDO** .- Al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de instancia, ha de partirse en primer término que por más que el Banco apelante aluda reiteradamente a la expresión CLIP par evitar consideraciones peyorativas, contrarias a su planteamiento, sobre la naturaleza del contrato, que nos hallamos ante la contratación de un SWAP o **permuta financiera**, asociada a un préstamo hipotecario previamente concertado por el actor, -de hecho el primero es el mismo contrato (y el segundo es renovación del anterior sin alterar sus características)-, y la parte actora aporta una prueba pericial del mismo tenor que los contratos y la pericial existentes en el asunto que resolvió la sentencia de esta sala de 29 de Octubre de 2010 , sentencia que es firme para BANKINTER por haberse declarado desierto el recurso de casación contra ella interpuesto y también es idéntico al de sentencias posteriores de esta sala de 24 de mayo de 2011 , 25 de julio y similar al de la de 16 de septiembre de 2011 , con otra entidad bancaria. Por ello hemos de reiterar lo ya dicho en dichos procedimientos sobre la información en relación a las características del producto ofertado. En efecto, dijimos en la sentencia de 29 de Octubre de 2010 : "Fundamentos Jurídicos..... **TERCERO** . Sobre este tipo de contratos se ha pronunciado la sentencia de esta Audiencia de 27 enero de 2010 que declara: "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. 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 (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". Al propio tiempo la pericial obrante en la litis( folio 173), lo define como un contrato de **permuta financiera** mediante el cual el cliente se compromete a pagar a un tipo de interés fijo, a cambio de recibir de BANKINTER un tipo de*

interés variable referido al Euribor, en el que la comunicación de flujos o intercambio de obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos diferentes, genera un riesgo de tipo de interés tanto al alza, como a la baja, de ahí que dicho informe lo califique de contrato especulativo, que conlleva el riesgo de producir ganancias o pérdida en el cliente, en la medida que fijado un tipo de interés fijo en el contrato, los tipos de interés futuro bajen, en cuyo caso se producirá una pérdida y una ganancia, si por el contrario, suben, carácter que con matizaciones declara la sentencia citada de 27 de enero de 2010 : "... 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..." - **CUARTO**. - Podemos concluir que el contrato de autos es un contrato teñido de evidentes notas de aleatoriedad y también en cierta medida, especulativo, que comporta un riesgo para quien lo concierta con la entidad, lo que obliga a reforzar la exigencia de una información bastante y adecuada, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y conoce en una situación **financiera** peculiar. Al respecto (folio 98) la representación de BANKINTER afirma que ofertó el producto en el año 2007, cuando se vivía un momento alcista en los mercados, no se había iniciado la actual crisis, y la apuesta era por el mantenimiento o la elevación los tipos de interés; sin embargo la prueba evidencia en este y otros casos resueltos por esta y otras AAPP, una visión totalmente opuesta al argumento de la parte, demostrada por la realidad de lo ocurrido. Se oferta un producto, coincidiendo con una tendencia alcista de los tipos puramente coyuntural y amparándose en el temor que esa fase alcista temporal produce al cliente, y se oferta cuando la crisis asoma en el horizonte y una de las medidas para combatirla ha sido una bajada importante del Euribor que se ha traducido en la ganancia de la demandada, que en este y otros contratos, ha visto como tras una fugaz subida de tipos (con mínimas ganancias para el actor y otros clientes), se produjo una inmediata y drástica bajada de aquellos que han generado la deuda reclamada en al reconvección y en otros procedimientos, especialmente dado el periodo de duración el contrato (de 14 de marzo de 2007 a 14 de septiembre de 2010, que corresponde a un periodo de progresiva y franca bajada de los tipos, salvo una mínima fase inicial alcista) y a la Sala no se le escapa que quien, de las dos partes contratantes, se hallaba en condiciones de predecir con mayor fiabilidad la crisis y evolución de los mercados financieros en tal momento y desarrolla una campaña entre sus clientes para ofertar este tipo de productos, es la entidad **financiera** y no el actor, por más que sea empresario, el cual es una empresa constructora con forma societaria, careciendo su representante legal de conocimientos suficientes para advertir prima facie, y sin información adecuada, el riesgo del producto y las previsiones de evolución futura del mercado, como tampoco poseía mayores conocimientos el titular de un negocio de hostelería, al que se refiere la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero de 2010 , a diferencia de lo que ocurre en sentencia de esta sala de 18 de Junio de 2010 , en la que, quien denunciaba la falta de información, era un inversor avezado que había concertado otras operaciones financieras con la entidad de crédito del mismo tenor a la que cuestionaba en la litis.- **QUINTO**. - Hemos de analizar pues si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa, concluyendo, con la sentencia de instancia que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art 1263 del CC ) A). En primer lugar, y en la fase precontractual, de formación del consentimiento, se ha discutido si el contrato ofertado lo fue como un seguro anudado a una póliza de crédito que abrió la actora en febrero de 2007 (documento 1 de la demanda) o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis del demandado en el recurso) para precaverse del coste financiero que representaban las deudas de la sociedad. La sentencia de instancia, acertadamente declara que no es un seguro el contrato firmado, como se deduce de la literalidad de su contenido, pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de una póliza de crédito, también contratada por la demandante con el banco, como lo demuestra la secuencia temporal de ambos contratos, documentos 1 y 2 de la demanda. Frente a dicha conclusión sostiene el demandado en el recurso que el SWAP se incrementó para rebajar el alto coste que suponía el pasivo superior a 2 millones de euros y acompaña en su recurso un documento que según él justifica su aserto, que afirma haber acompañado con la demanda reconveccional, sin que dicho documento sin embargo figure en autos. Con menor rigor probatorio procesal aún BANKINTER señala en su impugnación ( folio 22 de su recurso) que la prueba practicada a través el Banco de España pone de relieve dicho endeudamiento, pese a que dicha prueba no se admitió por declararse impertinente (documental C 2º al considerarla el Juez de Instancia irrelevante para la litis) ya que ni siquiera adujo este motivo concreto la hoy apelante al contestar a la demanda, que como cuestión nueva introduce tras la contestación, pues en esta simplemente afirmó con suma vaguedad, que el contrato fue suscrito por el apelado para estabilizar los costes financieros de su actividad (folio 106), sin indicar en ningún

momento que tuviese una deuda de 2 millones de euros y que fuese tal el motivo de la oferta de contratar el swap y de su aceptación. Pero en cualquier supuesto, fuese cual fuese el motivo concreto por el que se decidiera a suscribirlo, se requiere la adecuada y completa información al cliente, especialmente al firmar un contrato como el presente en el que, una bajada importante de los tipos de interés, le originan importantes pérdidas. Y la información brilla por su ausencia en esta fase, pues no es sólo que la entidad demandada debiera haberla probado (artículo 217 de la LEC ), sino que la prueba practicada arroja un resultado contrario a su planteamiento. En efecto, la testigo D<sup>a</sup> Ana Cristina que prestaba asesoramiento a PYMYES y que fue quien, -al parecer-, contactó con la actora ha revelado que no poseía la formación y conocimientos mínimos de este tipo de contratos para dar una información suficiente y adecuada al cliente antes de suscribir esta clase de negocios jurídicos, información que sólo consistió en trasladarle los folletos publicitarios del banco; sin embargo la directora del departamento de PYMES tiene evidentemente los conocimientos técnicos precisos para dar una información completa al cliente, pero no intervino en aquella (accedió al cargo un año después de la firma del contrato litigioso), ni conoce cómo se produjo, remitiéndose al departamento comercial de la entidad, por lo que debe concluirse que el contrato se concertó sin que hubiese dado el banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor, siendo en todo caso imputables al banco, las deficiencias, en que se ampara paradójicamente, sobre la falta de identificación de la persona con quien contactó el representante de la apelada y que le ofertaría el producto, pues es al demandado a que le incumbe su identificación y quien se halla obligado (arts 308 y 309 LEC ) a facilitar sus datos y permitir su comparecencia en el proceso. B) por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también, según acertadamente pone de manifiesto la pericial, de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por el demandante, en concreto, y en primer lugar no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, y en ello hace hincapié la sentencia de esta Audiencia de 27 de enero ya citada al declarar que: "la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial Por el contrario, 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 a o no su interés.", de otro lado, conforme expone la pericial, no se especifica la fórmula (folio 175) mediante la que se realizan los cálculos de las liquidaciones mensuales al cliente, pues debería haberse explicado la cantidad variable a satisfacer mediante la fórmula que cita; el punto Iv=P. iv D/360, en términos comprensibles, ni se especifica tampoco la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, que ha originado un importante costo para el demandante (74.383, 28 euros), máxime cuando dicha información, al tratarse de riesgos financieros ligada a resultados futuros, es exigible de acuerdo a lo dispuesto actualmente en el art. 60.5 del RD 217/2008 y en el art 79 bis 3 in fine 79 bis de la LVM reformada por la actual Ley 47/2007 , pero ya lo era con arreglo al RD 629/93 de 3 de mayo (artículos 16 del Rd y 4 y 5 del Anexo y en el art 79 de la LMV vigente al contratar, como con acierto pone de relieve la recurrida C) ni siquiera en la fase postcontractual ha sido adecuada y correcta la información por cuanto el banco, como así mismo señala la pericial, no ha detallado ni motivado las liquidaciones practicadas, tanto las favorables al cliente, durante un corto lapso de tiempo, de las que éste no dispuso, que ascendieron a 5.835,98 euros, como las desfavorables, ni tampoco motivó (con infracción del art 16 del RD 629/93 citado), haciendo expresión de la fórmula aplicable, la liquidación practicada, todo lo cual, teniendo en cuenta la índole peculiar del riesgo que comporta este tipo de contratos, y las características del cliente que lo concierne, el representante de una pequeña empresa (PYME admitida por el banco al contestar, cuya cualidad pretende negar en el recurso) dedicada a la construcción, que intenta precaverse del coste y riesgo financiero de una línea de crédito concertada, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa, lo señalado por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2005 , según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente ( sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)", y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la sentencia TS de 17 de julio de 2006

que expresamente afirma "... tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004 )"; razones todas ellas que obligan a confirmar la apelada por sus propios fundamentos, completados con los de la presente resolución, sentencia que es igualmente correcta al imponer las costas de instancia, de acuerdo al general principio del vencimiento, contra el que ninguna circunstancia cabe aducir en el caso enjuiciado.....". Por otra parte en la sentencia de 24 de mayo de 2011 señalamos: "En la fase precontractual de formación del consentimiento, se ha discutido si el contrato ofertado lo fue como un seguro (tesis de la demandante) anudado a una póliza de descuento, o por el contrario se trata de un contrato de gestión de riesgos financieros que suscribió la parte actora (tesis del demandado) para precaverse frente a posibles subidas de los tipos de interés que pudieran incidir en el producto vinculado concedido en su día por el Banco, y puede afirmarse que el producto contratado no era un seguro, según se deduce de la literalidad de su contenido, pero la oferta contractual fue hecha y aceptada para cubrir el riesgo de la subida de tipos de una póliza de descuento, también contratada por la demandante con el Banco, pero sin informar adecuadamente al cliente de las consecuencias negativas que tendría para el cliente una posible bajada de los tipos de interés, lo cual podía fácilmente interpretarse por el cliente como la oferta de una "garantía" mediante la que se "aseguraba" al cliente contra las subidas de los tipos, aunque tampoco se beneficiaría de las bajadas, de modo que en la práctica equivalía a dejar el interés del préstamo en un tipo fijo, todo lo cual se deduce, en primer lugar, del hecho de que el Banco no ha aportado prueba alguna de la información precontractual que dio al cliente, que no debió ser demasiado exhaustiva, puesto que el Sr. Mendieta, empleado de la oficina del Banco demandado que intervino personalmente en la operación, admitió que solo se había entrevistado con el representante de la actora una vez, en una reunión de cerca de una hora de duración, tras la que se firmó el contrato, que toda la información que le suministró fue verbal, y que no le proporcionó ninguna documentación adicional.

En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC , a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, y éste nada ha probado al respecto. No ha probado el Banco haber mantenido con el cliente más que una conversación previa a la contratación del producto, en la que no consta qué información se le dio, ni consta que se le proporcionasen documentos o folletos explicativos, de modo que hemos de concluir que el contrato se concertó sin que hubiese dado al cliente el Banco apelante una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos que tenía el "swap" que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de tipos de interés, para formar correctamente el consentimiento del actor.

Ni siquiera consta que el Banco hubiese sometido a la demandante a un test de idoneidad, ni a un test de conveniencia, exigidos por los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ( Sentencias de ésta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 y 16 de diciembre de 2010 ), y pese a ello le ofertó un producto complejo sin ofrecerle la información necesaria para que pudiese comprender su funcionamiento y los riesgos que comportaba su contratación.

D).- Por otra parte esta falta de información previa no se subsana al firmar el contrato, cuyo contenido adolece también de graves omisiones de información que abundan en el error padecido por la demandante, en concreto, y en primer lugar no aparece en el contrato una información adecuada sobre el riesgo que comporta una evolución a la baja del tipo de interés variable referencial, pues dicha información se limitó a las advertencias que se contienen en las condiciones particulares, y esta información es claramente insuficiente, pues se reduce a expresar textualmente que el riesgo consistía en que «El producto de gestión del riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el Cliente. En las condiciones particulares de cada producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo»; y en ello hace hincapié la Sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia, de 27 de enero de 2010 , ya citada.

El informe pericial aportado por la parte actora advierte claramente que el contrato no especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones periódicas al cliente, ni se motivan posteriormente las liquidaciones efectuadas, como tampoco se especifica en el contrato la fórmula mediante la cual habrían de realizarse los cálculos en el caso de que el cliente solicitase la cancelación anticipada del producto, ni motivó después el Banco la liquidación practicada por la cancelación anticipada, que arrojó finalmente un resultado de 11.940,68 #.

E).- Como decíamos en la Sentencia de 18 de febrero de 2011 , el Banco ofertó el producto al actor en un momento en que los intereses estaban en una tendencia alcista que podía alarmar a los contratantes de préstamos y créditos a interés variable, pero que duró ciertamente poco, y no consta que el Banco proporcionase al cliente un estudio en profundidad de la situación económica entonces existente, que contuviese una previsión fundada acerca del comportamiento de los tipos de interés en el futuro más inmediato, información que resulta imprescindible a la hora de contratar productos como el que nos ocupa, pues precisamente de ese comportamiento dependía que el producto pudiese resultar atractivo para el cliente, toda vez que se le ofertaba como una "cobertura" frente a una tendencia alcista, y nadie mejor que las entidades financieras está en condiciones de proporcionar esa información que, aunque no sea siempre fiable al 100%, sí puede orientar al cliente menos informado, siendo así que, en este caso, o no se dio, o fue por completo equivocada, pues la tendencia alcista duró en Europa hasta mediados de 2008, iniciándose a los pocos meses un período de bajadas continuadas, y no puede el Banco sostener que desconocía por completo cual iba a ser la evolución de los tipos, ante la crisis económica que ya entonces empezaba a producir sus primeros efectos, y que había provocado que en los Estados Unidos de América la tendencia a la baja se hubiese iniciado ya en septiembre de 2007. El demandante recibió su primera liquidación negativa, por importe de 1.589,47 # en fecha 27/04/08, y una segunda, por importe de 2.232,53 # en fecha 27/07/2009.

F).- Sostiene la parte apelante que al estar vinculado el "SWAP" a un producto bancario, le es aplicable la normativa bancaria, y no la aplicable a los productos de inversión, y alude para ello a un Comunicado emitido conjuntamente por la CNMV y el Banco de España en la web del primer organismo mencionado (<http://www.cnmv.es/DocPortallnv/Novedades/ES-delimitacion.pdf>), en la que, interpretando el artículo art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores (que establece que «lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información»), se dice textualmente que «en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura (...) deben ser sometidos al régimen de protección del cliente bancario con arreglo a los criterios y normativa aplicable a las entidades de crédito», y que «el hecho de que el producto principal sobre el que gira el derivado (instrumento financiero) vinculado sea un producto bancario, supone que el cliente a la hora de ser informado del producto ofertado y de valoración de la adecuación del mismo a sus características, debe tener las garantías propias de cliente se servicios bancarios y no de inversor ya que no emplea o quiere el derivado como producto de inversión sino sólo en cuanto vinculado a un producto bancario y con objeto de mirar los riesgos de fluctuación de tipos de interés o de cambio de divisas». Ahora bien, hemos de precisar, en primer lugar, que como ya ha dicho la Sección 5ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de fecha 16 de febrero de 2011 , dicho comunicado, de fecha 20 de abril de 2010 , tiene un carácter meramente orientativo, y su finalidad no es pronunciarse propiamente sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contratos sino establecer una delimitación competencial entre ambas entidades a la hora de residenciar las reclamaciones que se les efectúen por tales productos. Adviértase, añadimos nosotros, que el propio comunicado se autocalifica como una simple "nota", pues empieza diciendo que «La presente nota tiene por objeto delimitar.....», y dice también, al delimitar el concepto de producto vinculado, en su apartado 1.3 que «Se exige en todo caso y para que se pueda hablar de vinculación, que el importe nominal de la cobertura no sea superior al del producto o productos bancarios a cubrir», siendo así que en el presente caso, la póliza de descuento bancario se contrató con un límite de 60.000 #, mientras que el "SWAP" se concertó con un nominal de 300.000 #, es decir, una cantidad que excedía con mucho del riesgo crediticio que se deseaba garantizar, y, como muy bien se expresa en la Sentencia apelada, la demandada no acredita que el nominal contratado en el producto "Clip Bankinter 07 5.3" se correspondiera con la cuantía de los créditos contraídos por la actora con terceros, ni que dicho nominal fuese acordado por la actora con la demandada, de modo que la ausencia de vinculación, no ya solo con respecto al contrato de crédito, sino también en relación a los riesgos generales de la demandante, refuerza el carácter especulativo de la operación, y la importante cuantía del nominal contratado elevaba el riesgo que contraía la empresa a cotas que no pretendía asumir, sobre todo si, como apunta la ya referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010 , es evidente que, ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor), y 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 con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, y dicha información debe ponerse a disposición del cliente antes de contratar.

*Hemos de concluir, por tanto, en la línea sentada por la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010 , que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega, por lo que no es predicable del caso que nos ocupa lo señalado por la sentencia del TS de 17 de febrero de 2005 , según la cual es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente ( Sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras), y que calificamos de esencial o trascendente, en el sentido declarado, entre otras, por la sentencia TS de 17 de julio de 2006 que expresamente afirma "... tiene tal carácter el error que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004 )"; en la sentencia de 16 de septiembre, pese a una prueba pericial practicada por Bankinter que concluye en sentido contrario al de las anteriores decisiones de la Sala se manifestó lo siguiente: "En el contrato no se habla de bajadas, de ello no hay que protegerse, protege al banco de las bajadas de los tipos de interés.*

*Pues bien, de lo expuesto consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba tratándose de un producto complejo, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, ni durante el desarrollo del mismo.*

*Y ello pese a lo manifestado por la pericial aportada con la contestación relativo a las circunstancias económicas que presidían el tráfico en el momento de la suscripción del contrato y el entorno de los tipos, relatando que la crisis económica que ahora tanto se evidencia, no estaba formalmente dictaminada, el tipo de interés de referencia marcaba una tendencia alcista, y aunque aparentemente no había una crisis, sin embargo las incertidumbres acerca de las existencia crecían y lo hacían de forma exponencial, es por ello, que con buen criterio, se comete la firma de un producto de cobertura de tipos, la evolución de los tipos ante la expectativa de crisis, es de incremento, es una buena decisión. Tales aseveraciones vienen contradichas por lo establecido en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010 , ya citada, y que ha devenido firme.*

*Por todo lo dicho, hemos de analizar si concurren las condiciones del error invalidante del contrato, a saber "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padezca; 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 inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular ( STS de 26-06-2000 ). Y la respuesta de esta Sala ha de ser positiva, pues el cliente del banco, que con la operación intenta precaverse de la subida de tipos, se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues la parca e incompleta información desplegada por la entidad **financiera** hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega.*

*La consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 del código civil ). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador ( STS de 22 de abril de 2002 ). "*

**TERCERO.-** Así las cosas, debe señalarse que el demandante en los presentes autos no es un experto en contratos financieros complejos, por más que haya realizado operaciones simples de compra acciones con la entidad recurrente, un escaso éxito además, como la propia demandada alega en la contestación; se trata del representante legal de una pequeña empresa dedicada al mármol sin ningún conocimiento financiero espacial, por lo que las garantías y requisitos de la información precontractual, contractual y postcontractual expresadas en anteriores sentencias deben concurrir para formar adecuadamente el consentimiento, dada la naturaleza compleja del producto, su manifiesto riesgo, la desigualdad de prestaciones que se fijan para las partes en caso de subidas y bajadas de los tipos, que expone la apelada y sobre las que nos hemos pronunciado, y el momento en que se oferta (sin información adecuada), cuando la crisis se vislumbra en el horizonte y era posible predecir para entidad bancaria un flujo a la baja de los tipos (como reacción estructural a la crisis, que explica acertadamente la apelada), pese a las tendencias alcistas del periodo inmediatamente

anterior a la oferta, tendencias que continúan poco tiempo después, hasta caer al poco tiempo los tipos y originar cuantiosas ganancias para la demandada en las liquidaciones que dan origen a la demanda y como consecuencia de la cancelación anticipada del producto. Y es esta cuestión relevante a la hora de determinar si se ha producido adecuada información y si el consentimiento del actor fue formado correctamente y la respuesta ha de ser negativa puesto que con mucha posterioridad a la perfección del contrato (Documentos 3 y 4 de la demanda), en diciembre de 2009 no recibe la parte una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto, cifrado entonces en 92.675, 16 euros, importe en el que fija y se representa BAKINTER el coste y pérdidas de su cancelación, sobre el que, al margen de la valoración sobre su realidad, debe ser objeto de información previa para evaluar el riesgo que representa una firma del contrato como el que nos ocupa, que penaliza en tan importante suma el desistimiento o resolución anticipada; información ausente hasta esa fecha, sin que la existencia de liquidaciones positivas de escasa cuantía permita adoptar la solución contraria a la expuesta que aboca a la nulidad interesada en coherencia con al doctrina de esta Sala ya adoptada en resoluciones que gozan de firmeza a las que nos remitimos, por lo que el recurso se rechaza.

**CUARTO.-** Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente (*artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil* ).

## **FALLO**

Fallamos. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER, S.A. contra la sentencia de 29 de septiembre de 2010, dictada en autos de P. Ordinario 37/10 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia 5 de Gijón, que se confirma, con imposición de las costas de la apelación al recurrente.

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