

Roj: SAP O 248/2011
Id Cendoj: 33044370052011100055
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 5
Nº de Recurso: 29/2011
Nº de Resolución: 63/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA JOSE PUEYO MATEO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00063/2011

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000029 /2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUÍS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a dieciséis de febrero de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 591/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **29/11** , entre partes, como apelante y demandada **BANKINTER, S.A.**, representada por la Procuradora Doña Consuelo Cabiedes Miragaya y bajo la dirección del Letrado Don Ramón Fernández-Aceytuno Sáenz de Santamaría y como apelada y demandante [REDACTED] **S.A.**, representada por la Procuradora Doña Concepción González Escolar y bajo la dirección del Letrado Don Carlos Mario Álvarez García.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha dos de noviembre de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. González Escolar, en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] S.A.", frente a la entidad "Bankinter, S.A." y declaro la nulidad de los contratos suscritos por las litigantes denominados "Clip Bankinter 06-5.3" y "Clip Bankinter Extra 08 2" de gestión de riesgos financieros de fechas 26 de Abril de 2.006 y 13 de Junio de 2.008, respectivamente, con los efectos legales inherentes a ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dichos contratos y los que se sigan cargando como consecuencia de aquéllos hasta la ejecución de la sentencia y los intereses legales desde que aquellos se hicieron.

Sin imposición de costas."

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 la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la actora [REDACTED] S.A. se promovió juicio ordinario frente a la entidad Bankinter, S.A. solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad, por error en el consentimiento, de los contratos realizados con Bankinter el 26 de abril de 2.006 y renovado de 13 de junio de 2.008, acompañados como docs. 1, 2, 5 y 6, con sus consecuentes efectos resolutorios, declarando que la actora no adeuda cantidad alguna por dichos contratos a la entidad demandada, acordando la devolución por parte de Bankinter a la actora de la cantidad de 4.004,77 #, más las cantidades que se sigan devengando, en el caso de que así se produzcan, como consecuencia del contrato marco de gestión de riesgos financieros hasta la fecha de firmeza de la sentencia, más los intereses legales por los pagos parciales desde la fecha de su pago en la cuenta de la actora. Y todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada. Por su parte la entidad Bankinter solicitó la desestimación de la demanda alegando la inexistencia de vicio de consentimiento que invalide los contratos y ello por varios motivos: en primer lugar, porque la entidad bancaria demandada cumplió con todos los requisitos que exigía la normativa sectorial vigente al comercializar estos productos financieros. En segundo lugar, porque Bankinter suministró con anterioridad a la contratación la documentación relativa a los productos ofertados. En tercer lugar, porque el legal representante de la entidad actora sabía lo que estaba contratando y de hecho suscribió un contrato multilínea que incluía una pluralidad de productos, entre ellos el de **permuta** de tipos de interés, y sin embargo no ha solicitado la nulidad del mismo. Además conocía el producto porque suscribió un primer clip que le estuvo dando liquidaciones positivas solicitando su cancelación y suscribiendo uno nuevo. Finalmente, se argumenta que el contrato concertado habría sido confirmado durante su vigencia toda vez que la demandante ha estado recibiendo liquidaciones trimestrales sin haber formulado oposición u objeción alguna. Por todo ello solicita la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora. La juzgadora de primera instancia dictó Sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando la nulidad de los contratos suscritos por los litigantes denominados "Clip Bankinter 06-5.3" y "Clip Bankinter Extra 08 2" de gestión de riesgos financieros de fechas 26 de abril de 2.006 y 13 de junio de 2.008, respectivamente, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dichos contratos y los que se sigan cargando como consecuencia de aquéllos hasta la ejecución de la sentencia y los intereses legales desde que aquéllos se hicieron, sin imposición de costas.

Sostiene la juzgadora de primera instancia que invocado el error como vicio del consentimiento que determina la nulidad de los contratos concertados, su estimación exige, conforme a reiterada jurisprudencia, que el mismo sea esencial, que no sea imputable al que lo padece y que sea excusable. En el supuesto de autos es precisamente sobre la base de tales elementos sobre los que se sustenta la acción ejercitada, pues la actora alega que la demandada omitió información relevante sobre el carácter complejo del contrato y sobre algunas de sus características esenciales, concretamente sobre su alto riesgo y sobre la posibilidad de que en determinadas situaciones el producto le irrogaría importantes pérdidas, así como que la cancelación anticipada también le supondría un gran coste; en suma, la formación de la voluntad comercial se habría producido en base a una información parcial e insuficiente que indujo a la actora a error al prestar su consentimiento en la celebración de los contratos objeto de la presente litis, creyendo que en realidad estaba concertando una especie de seguro que la protegería ante las subidas de los tipos de interés. Seguidamente la juzgadora analiza los contratos concertados, manifestando que se trata de dos contratos de permutas de tipo de interés, que cabe definir como aquéllos en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar, sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. A renglón seguido acota con la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2.010, que a su vez cita la de 27 de enero de 2.010, donde se define el contrato de **permuta financiera** en su modalidad de **permuta** de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap). En el supuesto enjuiciado, en los contratos concertados el cliente se obliga al pago (sobre el nominal notional) de un tipo de interés fijo y creciente en los sucesivos

períodos de cálculo con un límite referencial fijo por período que, si es rebasado por otro variable (en este caso el euríbor), determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste menos 0,10% y no el fijo, mientras el banco satisfará su prestación de acuerdo con el euríbor. Asimismo se señala en la recurrida que en la medida en que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, debe concluirse que la nota de la aleatoriedad también es una característica de este tipo de contratos y la vinculación de sus efectos a las alteraciones que pudiera sufrir el tipo de interés tomado como referencia necesariamente conlleva un riesgo de generación de perjuicios para la contratante, que resulta incierto en función del mayor o menor grado de alteración que sufra aquél.

Señala la sentencia recurrida que aunque los contratos de autos son atípicos ello no significa que nuestro Ordenamiento Jurídico los desconociera, y cita en este sentido el *artículo 2.b de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores* que venía a incluir dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros entre los que se encontraban los contratos de **permuta financiera** de tipo de interés, y en similar sentido la actual redacción del *precepto, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre*, determina igualmente la inclusión en el ámbito de aplicación de tal cuerpo legal en su apdo. 2º de los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipo de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo". Tras esto la juzgadora de primera instancia y, dado que se había suscitado controversia sobre la extensión de dicha normativa y muy especialmente de la protección que a este tipo de clientes otorgan los *arts. 78 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores*, y los deberes de verificación de idoneidad y conveniencia para la suscripción de este tipo de productos, sostuvo, respecto al comunicado conjunto emitido en fecha 20 de abril de 2.010 por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores y sobre el informe del Banco de España que se aporta como doc. 11 de la contestación a la demanda, que en el comunicado se procede a desglosar las competencias de cada una de estas entidades en el conocimiento y supervisión de reclamaciones y que dicha comunicación sobre la base del *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", estima que esta norma remite a la aplicación de las normas de conducta propias de las entidades de crédito en lo que se refiere a información y valoración de riesgo de los clientes. En todo caso se entiende que tienen un carácter meramente orientativo, pues no cabe soslayar que tal criterio se ve expuesto en un mero comunicado y no en una circular de ambos organismos, en segundo lugar el supuesto contemplado en el referido comunicado conjunto no es equivalente al que aquí nos ocupa. En definitiva, ni el comunicado conjunto ni el informe posterior del Banco de España constituye obstáculo alguno a la conclusión de que los contratos objeto del presente procedimiento están sometidos a la normativa del Mercado de Valores, pues se refieren a supuestos diferentes del que aquí nos ocupa. Por tanto, se estima que la incardinación de este tipo de contratos dentro de la normativa del Mercado de Valores y la constatación de la existencia de riesgos en la inversión realizada, tal y como se desprende de la propia mecánica del contrato, habilita para predicar la operatividad en el caso de litis del conjunto de medidas tuitivas de los derechos de los clientes de los servicios de inversión que se incluyen en la misma, y así éstos han de obtener la tutela que el principio de transparencia bancaria impone, tanto en la fase precontractual como en la propiamente contractual, al tiempo de su formalización. La juzgadora, tras citar la *Ley del Mercado de Valores y específicamente los arts. 78 y 79* de la misma así como el RD 629/93 de 3 mayo sobre normas de actuación de los mercados de valores y registros obligatorios, en cuyo *art. 5* se incluían como reglas de comportamiento las relativas al deber de información a los clientes, señala que esa regulación era la vigente a la fecha de la firma del primer contrato y que se ha visto ratificada por el actual RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión; este RD procedió a derogar el anterior y viene a establecer prescripciones similares en orden a garantizar la información debida a los clientes al tiempo de la contratación de este tipo de productos financieros y la verificación previa de la idoneidad del cliente para el mismo. Sentado lo anterior estima la juzgadora que cuando se le recomendó al cliente cancelar el primer contrato y suscribir las nuevas condiciones particulares no se recabó información sobre la situación de la empresa demandante ni sobre su nivel de endeudamiento. En cuanto al primer contrato estima la juzgadora que cuando la empleada del banco ofreció el producto a la demandante no le explicó que la cancelación anticipada del mismo podría suponerle un coste importante, habiendo sido el banco en junio de 2.008 quien tomó la iniciativa de cancelar el clip para sustituirlo por otro, infiriendo de la prueba practicada que se le ofreció al cliente en ese primer contrato una cobertura de tipos de interés para compensar las cargas financieras que una subida de los tipos de interés le pudiera suponer a la entidad demandante. Partiendo de todo ello concluyó que la falta de información al cliente sobre las previsiones de fluctuación de los tipos de interés tomados como referencia, la ausencia de precisión en

algunos aspectos del contrato, al no especificarse debidamente el riesgo asumido, limitándose a contemplar la posibilidad de liquidaciones negativas sin referir la probabilidad de que se produjeran importantes pérdidas para el cliente, y la completa omisión de otros elementos, como ocurre con el relativo al coste de cancelación anticipada, pone de manifiesto una notoria insuficiencia en cuanto a la debida información que la entidad bancaria ha de proporcionar sobre las consecuencias y obligaciones que podían derivarse de la suscripción del contrato, no pudiendo en consecuencia estimarse correctamente formada la voluntad contractual cuando, como es el caso, se omiten o no se precisan elementos del contrato, lo que impide obtener una conciencia real de la entidad del riesgo que se puede llegar a asumir al contratar. Frente a esta resolución interpuso la entidad demandada el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Discrepa la parte apelante del razonamiento y fallo de la resolución recurrida y, tras exponer unos antecedentes del caso, alegó infracción del requisito interno de congruencia, pues se imputa a ambos contratantes una voluntad comercial no probada en el proceso ni admitida por la recurrente que conlleva la apreciación del error y ello porque se parte en la sentencia de la base de que la actora suscribió un contrato de gestión de riesgos financieros en la creencia de que lo realmente contratado era un seguro que le daría cobertura contra la más que posible subida de intereses y ello sin ningún tipo de coste, lo que a su juicio no es razonable porque se trata de contratos distintos, porque no existe prima alguna a cargo del cliente, porque Bankinter es una entidad bancaria no una aseguradora y porque no hay ningún coste para la actora por suscribir el contrato, y añade que la recurrente no es una entidad benéfica no siendo razonable que actúe en el tráfico jurídico de forma tal que intervenga en operaciones que sólo constituyan ventajas para el cliente y únicamente obligaciones para el banco, y cita al respecto sentencias de otras Audiencias, concluyendo que no existió error porque la actora sabía en todo momento lo que contrataba, siendo su representante quien eligió dicho producto entre los que Bankinter le presentó y que el descontento de la demandante no tiene su origen en la falta de información sino en la inesperada y radical bajada de los tipos de interés.

La precedente alegación no es compartida por la Sala, pues en la sentencia recurrida lo que la juzgadora señala es que aunque la actora había alegado en el escrito de demanda y al contestar las preguntas del interrogatorio en el acto del juicio que lo que le ofertó Bankinter en el año 2.006, cuando suscribió el primer clip, fue un seguro gratuito que le iba a proteger de las subidas de los tipos de interés, tal hecho para la juzgadora no quedó demostrado, deduciendo de la prueba practicada que lo que se le ofreció a la demandante fue "una cobertura" de tipos de interés para compensar las cargas financieras que una subida de los tipos le pudiera suponer. Debiendo señalar que, como se sostuvo en la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2.010 en un caso que presentaba analogías con el actualmente enjuiciado, "a la fuerza ha de reiterarse que el cliente del banco es una entidad que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otro con distintas condiciones, que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente, asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del cliente, lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del Mercado de Valores exige de quien actúa en él, a la par que colocaba al banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio. De otro lado 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 II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euríbor). 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, pero no fue ésta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar", añadiendo que "la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. 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 a su interés", y se declara que "obviamente no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza, sino como exponía el citado *Decreto de 1.993 en el ordinal tres del art. 5 del anexo "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"* o como exige el *artículo 60. 5 del RD 217/2008* si la información contiene datos sobre resultados futuros "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b)".

Se añadía por la sentencia citada de esta Sala que es notorio y por tanto no necesitado de prueba que en un determinado momento el euríbor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllo se pone en relación con los del desarrollo de la primera contratación, "pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de

previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias, siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado de unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente", que es lo que ha ocurrido en el caso de autos como se infiere de la prueba practicada; y así se señala en la recurrida y así se deduce de la valoración de la prueba que cuando Doña Carmen Lafuente ofreció al representante de la actora el producto no le explicó que la cancelación anticipada del mismo podría suponer un coste importante; asimismo está probado que fue el banco quien tomó la iniciativa de cancelar el clip para sustituirlo por otro "más ajustado a la curva de tipos existentes en aquel momento", habiendo sido redactada la solicitud de cancelación, como así lo admitió el testigo Sr. Mendieta, íntegramente por el banco y limitándose el cliente a firmarlo. No resultando desvirtuado por la apelante el que la diferencia esencial entre el primero y el segundo contrato se circunscribe a los tipos de interés que ha de abonar el cliente, que se elevan con relación a los del contrato inicial. Asimismo de la prueba practicada se infiere que al recomendar al cliente cancelar el primer contrato y suscribir el segundo no se solicitó información sobre la situación de la empresa demandante ni sobre su nivel de endeudamiento, no habiéndose realizado la consulta denominada "CIRBE". Comparte la Sala el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia, conforme al cual tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo la información que se le prestó al representante de la actora presenta evidentes omisiones que no se avienen con los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros; y así, como señala la juzgadora, aunque se recogen explicaciones del funcionamiento del producto sólo se exponen sus ventajas y aunque se le adjuntan ejemplos de liquidaciones que contemplan la posibilidad de que se produjeran liquidaciones negativas, se observa que los ejemplos parten de la posibilidad de que se den pérdidas de escasa relevancia partiendo siempre de la previsión de que seguirán subiendo los tipos de interés y no explicándole al cliente las importantes pérdidas que sufriría en el supuesto de una bajada de los tipos de referencia, como no se explica la forma en que se va calcular el coste de la cancelación anticipada ni que la misma puede conllevar un grave coste para el cliente y aunque éste no puede conocerse a priori la juzgadora estima acreditado que existe una fórmula para calcular el coste y que dicha fórmula no fue facilitada al cliente, lo que no resulta desvirtuado en el recurso.

Comparte asimismo la Sala que la falta de información se deduce del propio contrato cuya redacción y clausulado es impreciso sobre las condiciones y las consecuencias que su desarrollo pudiera generar en el cliente, habiendo señalado esta Sala en su reciente sentencia de 21 de enero de 2.011 que la sentencia de esta AP de la Sec. 4ª de 12 de noviembre de 2.010, en un supuesto análogo en el que intervenía la misma entidad bancaria que en el caso de litis, declaró que se observaban omisiones en las denominadas condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros así como en las condiciones particulares. En aquéllas es cierto que se indica que estos instrumentos financieros "conllevar 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, el de un euribor a tres meses que debía pagar el banco y diversos porcentajes en función de los sucesivos períodos, a satisfacer por el cliente, sin alusión a los riesgos de la operación ni facilitar más información suplementaria. Y se añade en esta sentencia de la Sec. 4ª "de su contenido debe destacarse que el banco se reservaba la facultad de vencer anticipadamente el producto durante el período de comercialización cuando concurrieran circunstancias sobrevenidas en el mercado que alterasen sustancialmente la situación, sin más obligación que la de ofrecer un "producto alternativo y de características similares al que les ofreció inicialmente", sin concretar en que debía traducirse esa similitud y sobre todo que, al igual que en 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 de mercado en cada una de esas fechas", sin hacer referencia a cómo se obtenía ese precio de mercado, ni menos a que podía suponer un importante costo al cliente". En definitiva, esa documental revela claras y flagrantes vulneraciones del deber de información que correspondía al banco, tal y como antes se ha expuesto, con relación a cliente no experto con el que concertaba un producto financiero reiteradamente calificado de complejo; se aludía a una función

estabilizadora sin indicar claramente los importantes riesgos que comportaba en caso de una notable bajada de los tipos; se ocultaba o diluía la posibilidad de que se originaran consecuencias económicas adversas para el clip bajo el eufemismo de que podrían no existir beneficios para él; no se alertaba al cliente de la particularidad de que existía un techo o límite muy diferente en lo que le favorecía y le perjudicaba según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo; nada se le indicó, o al menos otra cosa no consta, sobre los estudios o análisis económicos que entonces existieran y de los que pudiera disponer el banco acerca de la evolución futura de estos tipos de interés o sobre la previsible situación del mercado financiero; y, en fin, lo que resulta aún más relevante a juicio de esta Sala, quedaban totalmente indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una y otra parte que les permitiera desligarse del contrato en el caso de evolución desfavorable, con una total ausencia de información acerca de la notable trascendencia económica negativa que podía tener esta cancelación para el cliente". En el caso de autos es un hecho acreditado que el cliente es una empresa que cuenta con un solo trabajador, su representante legal, siendo el objeto social de la empresa la informática, su volumen económico es pequeño, no tiene asesor financiero y únicamente cuenta con un Asesor Fiscal que manifestó nada saber sobre estos productos ni tampoco haber sido preguntado sobre ellos; diversamente la persona que le vendió el primer producto, empleada de Bankinter, además de ser economista recibió un curso sobre estos productos, lo que descarta la supuesta sencillez de los mismos.

TERCERO.- Alega asimismo la recurrente la inadecuada

aplicación de la Ley del Mercado de Valores y sobre empresas de servicios de inversión; estima la apelante que no es de aplicación la Ley del Mercado de Valores y de nuevo se reitera en el comunicado conjunto del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en el informe del Banco de España. Estas cuestiones han sido abordadas en la sentencia recurrida y a ellas hemos hecho referencia en líneas precedentes, no desconociendo la juzgadora lo establecido en el *art 79 quater de la Ley del Mercado de Valores que transcribe al fol. 6* de su sentencia, habiendo señalado la juzgadora, en criterio que la Sala comparte, el carácter orientativo del Criterio expuesto por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores así como la finalidad del mismo, que 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. Además se comparte que el supuesto contemplado en el comunicado conjunto no es equivalente al aquí enjuiciado; y así en el apdo. 6º del comunicado se señala que "si bien todos los supuestos analizados se refieren a vinculaciones entre un producto bancario y un derivado, ello no es obstáculo para que las reglas de competencia resulten aplicables a casos en que un único derivado se encuentra vinculado a dos o más productos bancarios siempre y cuando todos los productos haya sido comercializados por una misma entidad concreta, de suerte que sólo en aquéllos en que se aprecia una clara vinculación, bien por referencia expresa bien por reconocimiento mutuo, bien por coincidencia entre momentos de cancelación de todos ellos o bien como conclusión de un análisis conjunto de los productos, la competencia para supervisar su comercialización y resolver las reclamaciones corresponderá al Banco de España"; pues bien, en el caso de autos a la vista de los datos que se exponen en los fols. 7 y 8 de la sentencia, referidos a que el contrato multilínea al que estaría vinculado el contrato de gestión de riesgos financieros tenía como límite máximo de riesgo crediticio la cantidad de 60.000 # cuando el nocional de los contratos clip era de 100.000 # y que, según señalaron los empleados de Bankinter, el nocional no podía ser superior al nivel de endeudamiento global de la empresa contratante y que además ésta trabajaba con otra entidad bancaria, ha de concluirse, como hiciera la juzgadora de primera instancia, que no concurre en este caso el requisito de que "todos los productos hayan sido comercializados por una misma entidad" como dispone el apdo. 6º del comunicado conjunto del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que transcribimos en líneas precedentes; y en cuanto al informe del Banco de España la juzgadora ya señala que se está haciendo referencia a las permutas financieras "vinculadas" a un préstamo hipotecario, lo que no es el caso.

Alega asimismo la entidad bancaria como motivo de recurso la ausencia de falta información referida a la cancelación anticipada. Señala el recurrente que ha de reconocerse la posibilidad de que en virtud del pacto entre las partes y por un motivo justificado se establezca el vencimiento anticipado, señalándose que además la facultad de resolución anticipada no es en modo alguno un elemento esencial de ninguna clase de negocio jurídico. Con tal alegación la parte soslaya que la juzgadora de primera instancia vinculó la cuestión de las cláusulas relativas a la cancelación anticipada al tema central de la información, y sobre ese extremo ya nos hemos referido en líneas precedentes con cita de la sentencia de la Sec. 4ª de esta AP. Asimismo se alega error en la valoración de la prueba y se señala que la demandante es una Sociedad Mercantil que opera de forma habitual en el tráfico jurídico, que la empresa cuenta con un gestor y varios asesores, que el representante de la actora también suscribió un contrato análogo al presente a título particular, que la sociedad actora recibió en principio liquidaciones positivas, que el personal de la sucursal de Bankinter informó puntualmente de las características del producto, que no hubo oposición del

representante de la actora mientras se benefició de aquél y que el representante de la actora, en definitiva, contrató libremente con perfecto conocimiento del contenido del producto y que al haberse beneficiado del mismo durante un tiempo entra en clara contradicción con la doctrina de los actos propios, así como que con la documentación proporcionada por Bankinter se recoge la información necesaria para que se pudiera tomar una decisión fundada. La Sala no comparte las alegaciones de la parte apelante por lo expuesto en líneas precedentes, en las que se pone de manifiesto cómo la información suministrada no fue suficiente, así como que la empresa de la que se trata es una pequeña empresa, que su representante legal no tiene conocimientos económicos, que sólo se ha acreditado la existencia de un asesor fiscal no de un asesor financiero y menos de una pluralidad de ellos como parece deducirse del recurso, que el producto analizado es complejo y que como señala la sentencia citada de la Sec. 4ª de 12 de noviembre de 2.010 "el hecho de que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos resultaron negativos no supone que hubiera convalidado el contrato mediante su conducta anterior. Como también señala la sentencia de la Sec. 5ª de esta Audiencia de 23 de julio de 2.010 , antes aludida, ese comportamiento es lógico pues es sólo entonces cuando puede alcanzar 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, de la que era desconocedor al no haber sido informado al respecto con un mínimo de precisión". Finalmente, en relación a la información sobre la cancelación con las ventanas de cancelación ya nos hemos referido a las mismas en líneas precedentes, compartiendo los razonamientos de la juzgadora de primera instancia a los que nos remitimos expresamente.

CUARTO.- No obstante la desestimación del recurso se considera pertinente hacer uso de la facultad excepcional que en materia de costas permite la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, apartándose del criterio del vencimiento respecto a las causadas en esta alzada dada la coexistencia de soluciones diversas por parte de los Tribunales respecto de cuestiones similares al caso aquí enjuiciado, con las dudas jurídicas que ello comporta -art. 398 LEC -

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada en fecha dos de noviembre de dos mil diez por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, **CONFIRMANDO** en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida.

No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta 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.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.