

En Pamplona/Iruña, a cinco de diciembre de 2011.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el Rollo Civil núm. 159/2011 derivado del Juicio Ordinario núm. 2.324/2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelados: la demandante, "Nutripen, S.L.", representada por el Procurador D. Alberto Miramón Gómara y asistida por el Letrado D. Matias Miguel Laurenz y el demandado, "Bankinter, S.A.", representado por el Procurador D. Joaquín Taberna Carvajal y asistido por el Letrado D. Jorge Carames Puentes, Sobre: nulidad de contrato de gestión de productos financieros y de cláusula de cancelación.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Julián Huarte Lázaro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de febrero de 2011, el referido Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona/Iruña, dictó Sentencia en el Juicio Ordinario núm. 2.324/2010, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que debo estimar y estimo /a demande interpuesta por el Procurador D. Alberto Miramón Gómara en nombre y representación de Nutripen, S.L. contra Bankinter, S.A. representada por el Procurador D. Joaquín Taberna Carvajal y debo declarar y declaro que la estipulación de las condiciones generales del contrato relativa a deshacer precios de mercado y repercutir al cliente el precio de mercado a consecuencia de la cancelación anticipada es nula, y también de las condiciones generales la sexta en que la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado, condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a hacer efectivas las costas procesales..".

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandante, "Nutripen, S.L.", quien solicitó que, con revocación de la sentencia dictada en la primera instancia, se dicte nueva resolución en los términos expuestos en el suplico de interposición de demanda, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin expresa imposición de las de la segunda instancia.

CUARTO.- Por su parte, la demandada, "Bankinter, S.A.", interpuso recurso de apelación, en solicitud de que, con revocación de la sentencia dictada en la primera instancia, se dicte nueva resolución por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario; con imposición de las costas causadas en ambas Instancias a la parte contraria.

Dado traslado de los respectivos recursos, ambas partes, se opusieron a los recursos de apelación interpuestos de contrario.

La parte demandante-apelante, "Nutripen, S. L.", en su escrito de interposición de recurso, solicitó la práctica de prueba documental y testifical en esta segunda Instancia, solicitud que fue denegada por Auto de 23 de junio de 2011.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial de Navarra, previo reparto, correspondieron a esta Sección Primera,

en donde se formó el Rollo de Apelación Civil núm. 159/2011, habiéndose señalado el día 21 de noviembre de 2011 para su deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente tan sólo la demanda interpuesta por "Nutripen, S.L.", contra la entidad "Bankinter, S.A.", y desestimando la pretensión de nulidad que por error grave en el consentimiento prestado en relación con el contrato de gestión de riesgos financieros interesaba el actor, estimó la pretensión de nulidad de la cláusula de cancelación contemplada en el mismo y declaró que la estipulación de las condiciones generales del contrato relativa "a deshacer precios de mercado y repercutir al cliente el precio de mercado a consecuencia de la cancelación anticipada es nula, y también, de las condiciones generales, la sexta en que la cancelación vendrá determinada por las condiciones de mercado, condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones",

A tal efecto el Juez "a quo" considero, en relación con el contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 11 de junio de 2008, (integrado por unas condiciones particulares y unas condiciones generales, que como documentos núm. 1 y 2 se aportan con demanda), que en el mismo concurrían "prima facie los elementos previstos en el artículo 1.261 y concordantes del Código Civil, para su validez, consentimiento, objeto y causa" y que por el/o tenía "carácter vinculante, artículos 1091, 1255 pacta sunt servanda", y que no concurría el vicio en el consentimiento denunciado, el error, ya que debiendo atenderse "a lo existente en el momento de perfeccionarse el contrato", y considerando que:

a) "Los Swap, Cilps, Permutas Financieras, son conocidos y aplicados en múltiples negocios bancarios, desde hace años en el derecho comparado occidental",

b) Que "dichos... contratos referidos, digamos de tipo estándar, los comunes de concurrir los requisitos referidos, son válidos y eficaces", no existiendo norma imperativa, que establezca, ni aquí ni en el derecho comparado, en si la nulidad de tales contratos",

c) Que en relación con la contratación "atendiendo al contenido de lo dispuesto en el artículo 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, en relación al 63 desde las perspectivas simplemente digamos enunciadas en el artículo 3 del Código Civil, no de lugar a que se considere necesariamente aplicable el artículo 79 bis, no es bastante a los efectos interpretativos".

d) En el contrato como el que nos ocupa un elemento relevante a los efectos de establecer las bases informativas de los contratantes, "es lo que sea inferible del propio contrato, de su contenido, que salvo prueba en contrario, los que lo perfeccionaron, conocieron con anterioridad y dieron su consentimiento",

e) Que quien alega un vicio, "tiene la carga de su acreditación, concluyó que no había quedado acreditado que "la demandante incurriera en error excusable sobre los elementos esenciales, al perfeccionarse el contrato, artículo 1265, 1266, se siga la doctrina que se siga, de la voluntad, de la declaración, sobre la materia existe un relevante corpus jurisprudencial, artículo 1,6 del Código Civil, y del contrato documental, información previa, documental y testigos, y hechos posteriores, más de dos años de vigencia y aplicación del mismo basta que surgen las diferencias", estimando que la demandante fue informada según lo que era exigible en este tipo de contratos, no concurriendo error que en todo caso sería inexcusable.

Por el contrario estimó la pretensión subsidiaria ejercitada y consideró que la cláusula relativa a la cancelación debía tenerse por no puesta, pues la cláusula de “el importe a satisfacer sea según mercado” estima contraviene la Ley de Condiciones Generales de Contratación, artículo 8. y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, artículo 80 y ss., y concordantes, única y exclusivamente en lo relativo al precio de cancelación anticipada, “considerando que /a actora pese a ser una sociedad mercantil era una consumidora final del producto, por lo que le es aplicable la referida legislación”.

Asimismo consideró que el contrato no estaba vinculado a ningún otro, siendo irrelevante el invocado contrato espejo que hizo la demandada, estimando que la cláusula “deshacer a precios de mercado la cobertura del producto” y “podrá repercutir el precio de mercado”, contravenían aquellas leyes y también el artículo 1.256 del Código Civil, pues ni se hacía referencia alguna al tipo de fórmula a aplicar para calcular el coste de cancelación, lo que unido a que “el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, se presume de buena fe, no se presume perjuicio, y no sería aplicable el artículo 1.107, tampoco se pretende”, y concurriendo una total indeterminación de lo que se considera precio de mercado, que no es objetivable, no pudiendo el cliente contrastar el mismo, no podía considerarse que forme parte del contrato la fórmula que el banco notificó posteriormente para la cancelación del mismo pues se atribuye un precio, al arbitrio de una parte, lo que le llevó a considerar en aplicación de las indicadas normas que no podría tenerlo por no incorporado al contrato, ni a las condiciones generales en general, ni a las de vencimiento anticipado en particular.

SEGUNDO.- Frente a la indicada resolución dos son los recursos de apelación interpuestos.

La actora “Nutripen, S.L.” funda su recurso de apelación contra la sentencia de instancia, en tanto en cuanto la misma ha desestimado la acción de nulidad del contrato, por vicio en el consentimiento derivado del error, ya que siendo un producto complejo, que imponen a la entidad bancaria un conjunto de deberes que lleven al cliente (previa su clasificación) a poder conocer lo contratado y sus consecuencias, afirma que no se le informó debidamente del producto (siendo el banco demandado quien ofertó el producto), omitiendo la demandada las exigencias de información a que se refieren los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 y en el Real Decreto 217/2008, pues se le informó que era un producto para “evitar las subidas de los tipos de interés”, y así del exponerlo de las condiciones generales cabe concluir que el beneficio económico esperado por el cliente era que no le afectaran las subidas de los tipos de interés, pues el beneficio económico que el cliente esperaba del contrato se podía reducir o incluso anular, pero lo que no se indica en el contrato es que pueda tener pérdidas.

En todo caso considera que si, como recoge la sentencia de instancia, se declara la nulidad de las condiciones generales y particulares relativas a la cancelación, dicha nulidad llevarla aparejada igualmente la nulidad de todo el contrato, pues esa nulidad afecta a uno de los elementos esenciales del contrato, como es la cancelación y duración del mismo.

En el recurso de apelación interpuesto por la demandada “Bankinter S.L.”, se interesa la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte otra por la que se desestime íntegramente la demanda,

Alega como motivos en los que sustenta su recurso de apelación, que el Juzgado “a quo”

al resolver sobre la acción ejercitada subsidiariamente, declarando la nulidad de la cláusula relativa a la cancelación anticipada, ha incurrido en falta de competencia objetiva pues la misma correspondería al Juzgado de lo Mercantil, no siendo posible la acumulación y también en incongruencia extra petitum en cuanto declara la nulidad de la cláusula 6ª de las condiciones generales del C.L.I.P., que no había sido impugnado por la demandante.

En todo caso considera igualmente que no es procedente la acción de nulidad de la indicada cláusula pues por un lado la parte actora conoció que la cancelación anticipada podía conllevar un coste, indicando en el contrato que conocía y comprendía todas las eventualidades del producto, no siendo procedente su impugnación posterior cuando además la actora con sus propios actos pidiendo la cancelación anticipada en marzo de 2009 daba a entender su conformidad con el conocimiento y cumplimiento de las condiciones pactadas, por lo que estimar la acción sería tanto como ir contra sus propios actos, y por otro por que la cláusula no infringe lo dispuesto en el art. 8 de la L.C.G.C. pues no es oscura ni la actora es consumidora que pueda ampararse en dicha protección.

TERCERO.- Lo procedente es examinar en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la actora, en el que interesa que la pretensión de nulidad ejercitada principalmente sea estimada, y sólo de no estimarse la misma, procederá el examen del recurso de apelación interpuesto por la demandada.

CUARTO.- En relación con el recurso de apelación formulado por la actora no concurre ninguna causa de inadmisión del mismo, como plantea la parte demandada "Bankinter, S.A." porque la demanda fuese estimada en su pretensión subsidiaria, toda vez que la pretensión principal y la subsidiaria conforme a la demanda, se sustentaba en dos causas distintas, pues en tanto la principal se interesa la nulidad del contrato por vicio grave del consentimiento, error, la subsidiaria hacía referencia sólo a la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada y el derecho a la misma, por lo que si una de las pretensiones formuladas no ha sido atendida, abierta queda para la parte actora, que no ha visto estimada una de sus pretensiones, para formular la oportuna apelación, pues dos son las pretensiones ejercitadas.

Por lo que hace referencia al alcance de los motivos argumentados en el recurso de apelación en relación con la nulidad del contrato, no comparte la Sala que la nulidad del contrato que se interesa, por error en el consentimiento, se sustente en hecho distinto del alegado en la demanda, pues en definitiva lo que se defiende en el recurso es que de conformidad con el expositivo de las condiciones generales del contrato de gestión, no se contempla que el mismo pudiera implicar pérdidas para el cliente, y a estos exclusivos términos se circunscribirá, en relación con la información ofrecida (a la que también se hacía referencia en la demanda en relación con la ter de mercados de valores), el recurso, no pudiendo hacerse sustentar la nulidad del contrato en la nulidad (aceptada en la sentencia, pretensión subsidiaria) de la cláusula de cancelación, cuando la nulidad de la misma no se alegó como causa propia de la nulidad de todo el contrato, sino sólo de la nulidad propia de esa cláusula, por lo que la misma no puede constituirse ahora en sustentadora de la nulidad del contrato, pues nada de ello se alegó en la demanda, siendo su introducción a estos efectos contraria al principio de congruencia que exige el art. 218 de la L.E.Civil.

QUINTO.- Expuesto lo anterior sobre la procedencia del recurso y alcance del recurso de apelación interpuesto por la actora, el mismo debe ser estimado y estimada la pretensión principal ejercitada por la actora "Nutripen, S.L." de decretar la nulidad del contrato de

gestión de riesgos financieros, por concurrir un vicio en el consentimiento derivado del error que por falta de la debida información se generó en la demandante como cliente bancario, lo que determina la nulidad del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.266 del C. Civil, al recaer el error sobre una elemento esencial del contrato cómo es la naturaleza del contrato y las consiguientes obligaciones que asumían las partes, no siendo imputable el mismo a la actora, y sin que se aprecie que la actora se condujese con falta de la diligencia media para conocer el alcance del mismo (STS 12 de julio de 2002).

Para el correcto análisis de la cuestión sometida a debate de la Sala debe hacerse constar en primer lugar que el contrato suscrito por las partes, Contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 11 de junio de 2008, es el que propiamente da cobertura a los productos específicas que con dicha finalidad se contraten, siendo en consecuencia el marco propio de regulación del contrato.

Que ello es así lo determina la cláusula 1 del contrato pues dispone que el presente contrato tiene por objeto “fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo que el banco ofrecerá el cliente”, de manera tal que el contrato se estructura de la siguiente manera:

“a) Las condiciones generales o contrato marco, que debe firmarse para contratar los concretos productos de gestión de riesgo, de manera tal que las partes se obligan a someter al procedimiento descrito a continuación la totalidad de los productos que contraten, y otra

b) Las condiciones particulares, que con las cláusulas individuales aplicables al producto contratado por el cliente en el ámbito de este contrato marco”.

Pues bien si como se recoge en el exponendo II de las Condiciones Generales del contrato de gestión, el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe y expresamente se indica que “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” de manera que en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados “se podrá reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato”, y el contrato según el exponendo primero se hace por la exposición del cliente a una serie de riesgos financieros, “cuya gestión pretende optimizar”, la conclusión lógica y racional para cualquier persona que en calidad de cliente ordinario, aunque ejerza una actividad mercantil, saca de ese tenor literal no es otro que el que la firma del indicada contrato marco nunca puede conllevar la generación de una deuda frente a la entidad que dice va a protegerle de los riesgos financieros de su actividad.

Esta cláusula por tanto es plenamente coincidente con la versión dada por el demandante de que lo ofertado es un seguro ante el riesgo que la subidas de los tipos de interés pudieran implicar en sus financiaciones, y que esa era la Información” ofrecida como finalidad del contrato lo pone igualmente de manifiesto la declaración del Sr. G., empleado de la demandada que como director ha comercializado esos productos. Este manifestó que lo que se buscaba “era evitar el riesgo que en definitiva implicaba la subida de los tipos de interés, así lo aseveró como consta en le grabación (CD 12.29.24-25).

En esta tesitura considerar como ha ocurrido en el presente contrato que a partir del 25

de marzo de 2009, y derivado del contrato suscrito, se devengaron liquidaciones negativas para el cliente, y ello tienen amparo contractual por estar amparado por la vinculación que la voluntad contractual tiene entre las partes no es procedente, pues no existe prueba alguna de que la parte demandada informará en debida forma con la claridad que toda operación bancaria exige, no sólo que con ocasión del contrato suscrito podría no haber liquidaciones positivas, sino que podría haberlas negativas.

Obvia la parte demandada que si bien en la cláusula tercera de las Condiciones Generales se dice que el producto implicará periódicamente la realización de una serie de liquidaciones que generaran un saldo positivo o negativo para el cliente, remitiéndose para la periodicidad a las condiciones particulares, y en éstas (que contienen el concreto producto de riesgo suscrito, en el supuesto de autos clip Bankinter extra 08 2) en relación con las liquidaciones se hace referencia a "cliente paga y cliente recibe", ello en modo alguno puede ser suficiente para concluir que en todo caso en el momento de suscripción del condicionado general como incluso del particular (que no se olvide debe estar enlazado directamente con aquél por ser el marco donde se desarrolla), se informare debidamente que el contrato podía implicar para el cliente un saldo negativo que representase una deuda frente a la entidad que iba a garantizar los riesgos.

Y ello se dice, porque no sólo la parte demandada no ha probado en debida forma con el cumplimiento de una debida información clara y trascendente del producto a suscribir, sino que además el devengo de una deuda como resultado de la aplicación de un contrato de gestión de riesgos financieros, no sólo no aparece descrito con claridad en el contrato, sino que además es claramente contradictorio con la finalidad que al propio contrato se prevé en el exponendo, donde el riesgo contemplado para el cliente derivado de la volatilidad o evolución de los tipos de interés, lo que podrá implicar para el cliente "es reducir el beneficio económico esperado, o incluso anular el mismo", pero no convertir la falta de beneficio en un resultado negativo generador de una deuda, que es lo que aquí ha ocurrido.

Ello a juicio de esta Sala determina que ante la falta de una debida información, la falta de claridad del contrato, y la contraposición de las cláusulas con la finalidad y conocimiento declarado en el expondo segundo del contrato, determinó que el consentimiento prestado por la actora lo fuese bajo un error que no puede calificarse de inexcusable, cuando dentro de la ordinaria contratación mercantil con la entidad que presta financiación a la actora como cliente se está firmando un contrato de gestión de riesgos, para optimizar los mismos, con una previsión general de que en todo caso se podría anillar el beneficio esperado, no siendo esperable que pese a ello, en todo caso esa anulación de beneficio generase una deuda, haciendo ineficaz la optimización que como finalidad era perseguida.

Cómo indicamos en la Sentencia núm. 177/2011 de fecha 11 de julio de 2011, que debe seguirse en lo sustancial, aunque el riesgo a cubrir fuera distinto, concurrió "... un error del consentimiento, esencial e inexcusable, en el momento de la perfección del mismo, que se manifestó en un conocimiento incompleto de las circunstancias esenciales del producto bancario, en especial del riesgo asumido, que recayó sobre la esencia del mismo, y que se originó por razón de la confianza del oliente en el asesor bancario y en la omisión de información de la publicidad sobre el riesgo asumido, y la información parcial e inveraz del mismo que inducía claramente a formar la convicción de que el negocio jurídico que se celebraba tenía una finalidad concreta (proteger frente a la subida de tipos), cuando en realidad la coyuntura en la que se enmarcó la operación y la mecánica de la misma, encubría un contrato de riesgo muy alto de pérdidas; sin que pueda

afirmarse que el contrato quedó convalidado por razón de la liquidación negativa que percibió, teniendo en cuenta el contexto en el que se efectuó.

La alegada auto responsabilidad del contratante no tiene cabida en el presente caso, en el que el objeto es un contrato bancario con un cliente asesorado por su Banco a quien ofrece sus productos y en el que el cliente confía, entidad que tiene la obligación legal de gestionar de manera prudente los intereses de sus olientes y de informarles siempre de los riesgos de la operación. No puede trasladar el demandado que ha incumplido sus obligaciones legales, al cliente, el deber de analizar y conocer los riesgos de un producto que ni ha solicitado ni mucho menos creado, cliente que ha decidido contratar con base en la confianza que le merece su asesor.

El error, como vicio del consentimiento, da lugar a la anulabilidad del contrato, (art. 1300 y ss del C. y como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de abril de 1986, 17 de octubre de 1989...), significa precisamente que no se produce "ipso iure", sino que debe ejercitarse por medio de acción en demanda principal o reconventional.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1.303 del C. Civil, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses".

En idéntico sentido se pronuncian las siguientes sentencias:

A) AP Palencia, sec. 1ª, S 30.6.2011, núm. 195/2011: "Por ello ha de repetirse, con criterio que también adopta el Banco de España, que los contratos de permuta financiera, supuesto en el que nos encontramos, están potencialmente sujetos a las obligaciones de información establecidas en el artículo 79 bis de la ley 24/1988...

Al respecto y por concretar aún más lo dicho, la doctrina jurisprudencial ha fijado las siguientes pautas de valoración en relación a lo que debe entenderse por error invalidante, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Primero.- Habiendo de atenderse a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades de la cosa que constituyen la causa principal determinante del contrato,...

Segundo.- El reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es, que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido e las partes para celebrarlo puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez del acto jurídico.

A mayor abundamiento tampoco podemos olvidar en la interpretación del contrato, y para concluir en la existencia o no del error que se pretende, que nos encontramos ante un contrato de adhesión, lo que supone que aunque haya sido libremente contratado por las partes, es de redacción exclusiva de una de ellas, que por tanto y en razón a lo que dice el artículo 1.288 del Código Civil, no puede beneficiar en su interpretación, caso de oscuridad, a esta última. Ciertamente es que en el caso el problema último no es de interpretación contractual, sino de nulidad contractual derivada de la forma de redacción del contrato, pero el criterio que anima el artículo en cuestión, que es el de no favorecer

al causante de la oscuridad, debe de valorarse conjuntamente con lo ya advertido en la sentencia de instancia en relación a la obligación de información de la entidad Bankinter, demandada en el procedimiento, y que redactó el contrato litigioso.

Teniendo en cuenta lo advertido en el anterior fundamento, y contestando a los concretos motivos de discrepancia que se articulan para considerar la no existencia del error que se cuestiona, se advierte que...:

- El escrito de recurso insiste en que en la cláusula tercera del contrato se dice que “el producto de gestión del riesgo implica que periódicamente se realizan una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente; y que en las condiciones particulares de cada producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo”, pretendiendo con ello que la demandada sabía la posibilidad de existencia de liquidaciones negativas para ella, más al respecto debe insistirse en lo que se dice en la sentencia de instancia, y ello porque tal argumento no sirve para contrarrestar lo afirmado en esta última, que es el de que dicha cláusula, por sí, no da a conocer con precisión el potencial alcance del resultado negativo del negocio, caso de producirse, al hacerse depender este de la fórmula que figura en las condiciones particulares, lo que está muy alejado de la exigencia de una información concreta de los riesgos específicos, con mención expresa de la posibilidad de importantes pérdidas en el caso de que se produjeran evoluciones bajistas de los tipos de interés que servían como referencia.

Por todo lo anterior, insistiendo en lo ya dicho, y en consecuencia, reproduciendo los argumentos de la sentencia de Instancia, que no han sido desvirtuados en el escrito de recurso que ahora se resuelve; afirmando que el contenido del contrato litigioso, precisamente dada la complejidad de las relaciones que se establecían y de las consecuencias de estas, era insuficiente e incluso equivoco para la contraparte, y que por ella y en el marco de unas relaciones contractuales normales no puede decirse que esta adquiriese conocimiento suficiente de lo que contrataba, sin que por lo advertido quepa responsabilizarle de ello”.

B) AP Asturias, sec. 7ª, S 21-10-2011, núm. 484/2011, “Hemos de concluir, por tanto, en la línea sentada por las Sentencias de este Tribunal que han sido reiteradamente citadas, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio...”.

C) AP Valladolid, sec. 1ª, S 15-7-2011, núm. 234/2011, “... así las cosas, la correcta decisión del objeto de controversia pasa necesariamente por determinar si el consentimiento prestado por la entidad actora en el contrato de permuta de tipo de interés a que se hace expresa mención en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, fue o no prestado por error invalidante y excusable -de manera semejante a lo declarado en otros procedimientos similares que han sido ya objeto de recursos de apelación prácticamente idénticos al que nos ocupa y que han sido resueltos por esta misma Audiencia Provincial (Ss. de 24 de mayo de 2011 de la Sección Tercera, y de fecha 27 de junio de 2011 de esta misma Sección Primera, que presentaba la particularidad de instarse solo la nulidad parcial de la cláusula de cancelación anticipada), y de diversidad de Audiencias Provinciales, como las dictadas a título de ejemplo por la Audiencia Provincial de Burgos (S. número 445/10, de 10 de noviembre, y número 486/10 de 3 de diciembre), y por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª, número 53/11 de 11 de febrero)-.

...nos encontramos ante el conocido en 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 artículo, 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra), y de duración continuada...

Con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, se añade 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 de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España ... incurra la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, (artículo 2 L.M.C.). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de 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 artículo 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando 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 (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 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 a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 Código Civil), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente “conocimiento de causa”, como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.”...

Atendidas estas consideraciones, del análisis del supuesto aquí enjuiciado cabe destacarse lo siguiente: ...

2º) Aunque más detallada, la información que proporcionan las cláusulas generales y particulares del propio contrato sigue la misma línea anterior: Es cierto que en aquéllas se indica 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 esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato; es decir, se 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 definitiva, esta prueba ...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”-, ... Las omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unido 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 art. 1.266 y 1.266 del Código Civil.

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 reconocía.

Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que la demandante no tiene la condición de experto financiero, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos ya que lo único que habrá de presumirse es que era conocedora de la realidad mercantil que constituía el objeto de su empresa, que no es necesariamente equivalente al mercado financiero en que se desarrollaba tal operación. Ni tampoco cabe entender bastante la información que el Banco había facilitado a la actora, ni por último, el que la demandante sólo cuestionara la eficacia del contrato tras practicarle varias liquidaciones, positivas y negativas, supone /a convalidación del contrato por su conducta anterior. Como ya se puso de manifiesto en las sentencias citadas de 23 de julio y 12 de noviembre de 2010, 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 se conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, de la que era desconocedora al no haber sido informada al respecto con un mínimo de precisión”.

SEXTO.- Por último la circunstancia de que la parte demandante, haya asumido el pago de los importes negativos y solicitado información sobre el coste de la cancelación anticipada, no llegando a ejercitar la misma, no determina la concurrencia de un acto propio que deslegitime a la actora para ejercitar la acción de nulidad, pues no puede olvidarse según las propias declaraciones del Sr. G., que cuando fue a las instalaciones de la empresa para comunicar la primera liquidación negativa (CD 12,24-12-25,50, cuestión que llama poderosamente la atención, traslado para comunicar esa liquidación negativa, si la misma era una previsión ordinaria del contrato), “surgió lo del clip”, y si bien negó que la demandante solicitase ante ello la cancelación, dicha manifestación no se compadece bien con haber informado motu proprio a la demandante sobre el coste de la cancelación, si no se había interesado, por lo que la conducta de la demandante de cumplir el contrato, abonando las liquidaciones negativas, y de no -ejercitar la cancelación-, ante su elevado coste, no puede considerarse un acto propio de plena conformidad con el contrato suscrito que deslegitime su pretensión de anulación.

SÉPTIMO.- El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada por afectar a la pretensión subsidiaria estimada por el Juzgado “a quo”, carece ya de objeto al estimarse la pretensión principal de nulidad del contrato por lo que se hace innecesario entrar a examinar el mismo.

Carece igualmente de todo valor la alegada falta de competencia objetiva en relación con la acción de nulidad de la cláusula de cancelación, pues sin desconocer el contenido del art. 86 ter de la L.O.P.J., que atribuye al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de las acciones relativas a las condiciones generales de contratación (no se olvide “en los casos previstos en la legislación sobre la materia), y sea cierto que se invocó por la actora la L.C.G.C., no lo es menos que lo realmente pretendido se incardina específicamente en un contrato de gestión, cuya nulidad se interesaba, sustentándose igualmente dicha nulidad respecto de una determinada cláusula contractual de las condiciones particulares (de manera subsidiaria), lo que determina que la acción propiamente ejercitada lo es dentro del propio contrato, y no una acción aislada, exclusiva y específica a que se refiere el art. 86 ter de la LO.P.J., que determinase en todo caso la falta de competencia objetiva del Juzgado “a quo” para conocer la acción subsidiaria planteada, debiendo en este extremo ratificar plenamente la decisión adoptada por el Juez “a quo” en la Audiencia Previa.

OCTAVO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia con el recurso de apelación interpuesto por la actora, al estimarse el mismo y revocarse parcialmente la sentencia de instancia (art. 398.2 de la L.E.Civil).

De las costas causadas con el recurso de apelación interpuesto por la demandada, responderá dicha parte al no estimarse el mismo (Art, 394.1 y 398.1 de la LE Civil).

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

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la actora "Nutripen, S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona/Iruña en el Juicio Ordinario núm. 2324/2010, que revocamos parcialmente y dictamos la presente por la que:

Estimando la demanda interpuesta por la actora "Nutripen, S.L". en su pretensión principal, contra la demandada "Bankinter, S.A." debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros núm. 0364299891481 de fecha 11 de junio de 2008, así como el producto financiero de cobertura fijado en las condiciones particulares de dicho contrato de idéntica fecha, identificado como "Clip Bankinter Extra 08 2", debiendo proceder las partes a la recíproca restitución de las aportaciones que hubiesen dado lugar los mismos, presentes y futuras.

De las costas causadas en la primera instancia responderá la parte demandada.

No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la segunda instancia, con el recurso ahora estimado

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada "Bankinter, S.L." contra la indicada sentencia, condenando a la referida demandada al pago de las costas causadas en esta segunda instancia con su recurso desestimado.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o, en su caso, de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento del anuncio o preparación del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banasto, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fermín Zubiri Oteiza.- José Julián Huarte Lázaro.- Begoña Argal Lara.

Diligencia.- La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe, en Pamplona a 15 de diciembre de

2011.