



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Sección: ANA

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:

0000327/2018-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de

Puerto de la Cruz

Rollo: Recurso de apelación

N° Rollo: 0000563/2019

NIG: 3802841120180001998

Resolución: Sentencia 000061/2020

Intervención:

Apelado

Apelado

Apelante

Interviniente:

Bankitner SA

Abogado:

Noemi Melio Martin

Noemi Melio Martin

Procurador:

Irma AmayaCorrea

Irma AmayaCorrea

## SENTENCIA

**Ilmos. Sres./a**

**Presidente:**

**D.**

**Magistrados:**

**D<sup>a</sup>**

**D.**

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de enero de dos mil veinte.

Visto por los Ilmos./a Sres./a. Magistrados/a arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de juicio ordinario n.º 327/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de El Puerto de la Cruz, promovidos por D<sup>a</sup> , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Irma Amaya Correa , y asistidos por la Letrada D<sup>a</sup> Noemi Melio Martín, contra la entidad Bankinter, S.A., representada por el Procurador D. , y asistida por el Letrado D. ; han pronunciado, en



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. **D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA**, con base en los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ t, dictó sentencia el 22 de mayo de 2019 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: “SE ESTIMA la demanda presentada por la representación procesal de D<sup>a</sup>. contra Bankinter, S.A. y SE DECLARA LA NULIDAD del Contrato de Intercambio de Tipos/Cuotas concertado entre las partes en fecha de 16 de marzo de 2007, con los efectos legales inherentes en los términos expuestos en Fundamento Jurídico Séptimo de la presente resolución.

Las costas se imponen a la entidad demandada.”

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

**TERCERO.-** Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 30 de enero de 2020.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas de fecha 16 de marzo de 2007, condenando a la parte demandada al pago de 10.774,20 euros, y sustentada dicha resolución en la existencia de un error en el consentimiento de naturaleza invalidante y, por ello, nulo, recurre la parte demandada argumentando que la juzgadora a quo ha incurrido en una errónea valoración de la prueba pues la parte actora era perfectamente conocedora de la finalidad del producto que contrataba y que la razón de la presente acción no es sino que aquél no cumplió las expectativas que tenía al situarse la economía en un escenario de bajada de los tipos de interés.

Por la parte recurrida se interesa la íntegra confirmación de la sentencia afirmando que la juez a quo ha valorado correctamente la prueba practicada y que la misma solo puede



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



desprenderse la nulidad del contrato por error en el consentimiento.

**SEGUNDO.**- Es objeto, nuevamente, en esta alzada de la frecuente cuestión planteada en los últimos años sobre la nulidad de contratos con objeto en derivados financieros que, en el caso de autos es el denominado “contrato de intercambio de tipos/cuotas” (folios 77 y siguientes de autos), pretensiones que, como también se sostiene habitualmente, se fundamentan en la nulidad por error en el consentimiento, derivado esencialmente de la infracción por la entidad financiera demandada del deber de proporcionar adecuada y suficiente información al cliente, con especial énfasis en la complejidad de las relaciones contractuales pactadas y sus diversas cláusulas atendiendo al “perfil” de la parte actora, esto es, a su experiencia en la contratación de productos financieros de similar complejidad atendiendo a su condición de consumidor. Y enmarcadas las relaciones de las partes en los términos que desarrolla ampliamente la sentencia de instancia en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Cuarto que, en aras a evitar repeticiones ociosas.,este Tribunal da por reproducidos en cuanto al concepto, naturaleza, características evolución histórica y normativa, etc., simplemente confirmar que el contrato ahora examinado, con sus peculiaridades propias a ser un intercambio de un tipo establecido en un préstamo hipotecario de interés variable a uno fijo, participa de la naturaleza de los denominados “swaps” o permuta de tipos, contratos que, en palabras de la SAP de Ávila, sec. 1ª, de 9-9-10 es *“un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio...”*, contrato en el que, como se afirma en la SAP de Ciudad Real de 18-6-09, su finalidad es *“...la mejora de la financiación de las empresas sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente al alza, de los tipos de interés variables.- Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian...”*.- En la SAP de Asturias, sec. 5ª, de 27-1-10, se le califica como *“...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 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.”*, añadiendo que *“En su modalidad de tipo 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 un saldo a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor”*.

**TERCERO.**- Los diversos motivos que denuncia la recurrente en su escrito de interposición de



la presente apelación pueden agruparse en los que hacen referencia al material probatorio que existe en la actuaciones y la valoración que del mismo ha realizado la juzgadora a quo y si es o no suficiente para el éxito de las pretensiones de la demandante en relación con la existencia de error como causa invalidante del contrato. En definitiva, la cuestión a resolver en esta alzada es si de las pruebas practicadas debe concluirse, como se hace en la instancia, que existió un error en el consentimiento prestado por el actor, error de tal naturaleza y entidad que vician de nulidad absoluta el contrato firmado. Y al respecto es muy abundante la doctrina emanada por las resoluciones de nuestros tribunales sobre la cuestión ahora planteada, pero, por su trascendencia, debe resaltarse la jurisprudencia asentada en las últimas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, partiendo de la esencial Sentencia del Alto Tribunal de fecha 21 de noviembre de 2012, la cual viene a asentar el criterio de la imposibilidad de fijar soluciones apriorísticas en la materia, debiéndose resolver atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, y así, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error a quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno error y vicio de consentimiento como causa de nulidad, al menos en términos absolutos. Hay error que vicia el cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Pero el principio de seguridad jurídica también impone que deba exigirse la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado, y ello desde unos criterios razonablemente rigurosos, a saber, que para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración que quien afirma haber errado lo pruebe y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias que recaiga sobre alguno de los elementos que señala el artículo 1.266 del Código Civil (sobre la persona, en determinados casos, sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato, artículo 1.261 CC), y que sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

En cuanto a esta última consideración el error, por ello, para que sea relevante como vicio del consentimiento debe recaer en aquellos elementos y circunstancias del negocio jurídico que eran de tal entidad que constituían la causa concreta de aquel, circunstancias que pueden ser pasadas, presentes o futuras pero, en todo caso, han de ser tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento o la perfección o génesis de los contratos.- Por ello, es difícilmente cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro mas o menos próximo con un factor de aleatoriedad, siendo, por último, y en todo caso, que el error ha de ser, además de relevante, excusable, esto es, no puede invocarse un error como causa de nulidad de un negocio jurídico a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría podido y debido no incurrir en el mismo.- Y estos criterios son reiterados en la más reciente STS del 29 de octubre de 2013, o en la STS de 17 de febrero de 2014 donde vuelve a recordar que la Sentencia reiterada de 21 de noviembre de 2012 *“recordó que un elemental respeto a la seriedad de la contratación y, al fin, a la palabra dada impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide los contratos y pueda*



*quien dice haberlo sufrido quedar desvinculado de ellos.”, y que “Entre las exigencias para que quepa hablar de error vicio se encuentra la referida a su esencialidad, en el sentido de que ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato.”.*

En definitiva, deben ser las circunstancias del caso concreto que resulten acreditadas de las pruebas practicadas las que deben ser valoradas para constatar la existencia o no de un error invalidante en el consentimiento prestado por el demandante en el sentido exigido por nuestro Tribunal Supremo.- Y las circunstancias que deben ser objeto de valoración en cada supuesto concreto hacen referencia a un triple aspecto:

1º. La propia complejidad de las relaciones contractuales que el contrato expone pues si bien los contratos de esta naturaleza responden a similares finalidades no lo son ni en la opción elegida ni en la mayor o menor oscuridad o facilidad de comprensión de su clausulado.

2º.- Las circunstancias subjetivas del cliente de estos productos, y, por lo tanto su mayor menor facilidad para poder comprender su funcionamiento y si le es interesante su contratación, para lo que se ha desarrollado diversa normativa al respecto, comenzando por el RD de 3-5-03 sobre normas de actuación del mercado de valores, la Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Ley de 19-12-07 (que recoge la Directiva Europea 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID) aún cuando en el caso de autos sea no relevante al ser concertado con anterioridad, o la Ley de 28-7-99 del Mercado de Valores.

3º.- Y uniendo las dos anteriormente mencionadas la información que la entidad bancaria debe suministrar al cliente, pues lógicamente aún cuando este requisito siempre debe estar presente es tanto más exigible cuando mas complejo pueda ser el producto (y máxime si puede calificarse de especulativo) o las circunstancias personales del cliente.

**CUARTO.-** Y para terminar de enmarcar la normativa y jurisprudencia de aplicación debemos insistir en el punto segundo del fundamento precedente, esto es, la protección del consumidor en relación con las obligaciones competen a la entidad bancaria cuando se comercializan este tipo de productos, extremo que entendemos necesario volver a aclarar pues, por la fecha de contratación, no era de aplicación la Directiva Europea 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros, MiFID, pues no fue traspuesta hasta la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Pero ello no significa que las entidades que estos derivados contratan no estén sujetas a un rigor en cuanto a la información que deben suministrar a sus clientes.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



En la Sentencia 496/16, de 15 de julio, del Tribunal Supremo ya se advertía que *“La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados», y que “Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.”, y que la no aplicación de esta Directiva “...no puede servir para excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un cliente no experto en productos financieros complejos.”*

En su más reciente Sentencia 564/18, de 11 de octubre, el Alto Tribunal expresa:

*“Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, debe señalarse lo siguiente.*

*El real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera objeto de la presente litis, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.*

*El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos «[...]».

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

3. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atendremos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 4587/2014, de 8 de noviembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; y 510/2016, de 20 de julio.)”

**QUINTO.-** Sentada la doctrina expuesta en los fundamentos precedentes, y por lo que entiende a la valoración probatoria realizada en la instancia como bastante para el dictado de una sentencia anulatoria del contrato cuestionado, debe recordarse la doctrina general mantenida por esta Sala al respecto, de la que es ejemplo la sentencia de esta sección de 27 de marzo de 2006, entre otras, en el sentido que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium". La segunda instancia es una fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada, la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia (STC de 17-7-98).- Es un nuevo examen completo, al transferirse al órgano de apelación plena jurisdicción para resolver el asunto debatido en la primera instancia, en lo que afecta a las cuestiones de hecho como a las jurídicas, en ambos casos oportunamente deducidas por las partes (SSTS de 21-6-93 o 31-3-98, entre muchas), pero también, como sigue exponiendo la sentencia de 27-3-06 antes mencionada de esta Sección "...no es menos cierto que no puede ignorarse que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez "a quo" tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho que



constituyen el "factum" debatido.", y continúa: "De ahí que en materia de apreciación de la prueba debe significarse que, conforme a una reiterada Jurisprudencia, la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (S.T.S. de 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgado de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente, al Juzgador "a quo" y no a las partes (S.T.S. de 7 de octubre de 1997). De esta suerte, el error en la valoración de la prueba, esgrimido por la recurrente, sólo podrá acogerse cuando las deducciones o inferencias de la Sentencia impugnada resulten ilógicas, irracionales o absurdas atendida la resultancia probatoria...".

Partiendo de esta doctrina de la nueva revisión de las pruebas practicadas en esta instancia concluye este Tribunal que en absoluto por la juzgadora de instancia se haya hecho una interpretación irracional de las mismas, como se denuncia en el recurso, ni haya omitido valorar pruebas esenciales; en su amplia fundamentación jurídica se analizan correctamente las pruebas practicadas, siendo que lo que no puede pretender la parte es sustituir la valoración por aquella realizada por la interesada suya.

De este nuevo juicio revisorio concluye este Tribunal, al igual que lo hizo la juzgadora de instancia, que, primer lugar, el actores son personas físicas, que no constan que a la fecha de suscripción del contrato controvertido tuvieran experiencia alguna en la contratación de productos financieros de riesgo o de características similares al objeto de las actuaciones. Tampoco se ha acreditado que disponga de un asesoramiento externo ni menos aún que se asesorare por expertos financieros sobre la conveniencia de concertar el contrato. Esto es, responden claramente a un perfil minorista, de bajo riesgo, y sin experiencia previa en productos complejos ni objetivo interés en su contratación.

En segundo lugar destacar que aunque este producto financiero suscrito tiene autonomía propia esta vinculado al préstamo hipotecario de fecha 29 de marzo de 2001 (folios 30 y siguientes) que establecía, a partir del primer año, un interés variable de 1 punto sobre el euríbor.

En tercer lugar, que el contrato es de una relativa complejidad que destaca ampliamente la juzgadora de instancia en la página 11 de la sentencia que se da por reproducido, bastando incidir como se expresan conceptos como "*...se producirá un cargo o un abono en la cuenta de liquidación indicada en el presente contrato en función del resultado neto que se derive de la aplicación del intercambio de tipos/cuotas que se haya pactado en cada momento de la vigencia del contrato*", o que "*En el caso en el que el tipo de referencia del PRÉSTAMO sea distinto al tipo de referencia del intercambio el BANCO no garantiza un resultado perfecto del*





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*Intercambio...*". En definitiva, en el contrato se incluyen numerosas cláusulas que no son de fácil comprensión o entendimiento para consumidores sin previa experiencia en estos productos.

En cuarto lugar, que aún cuando contempla la posibilidad de una cancelación anticipada y que en la estipulación 14ª se alude a que no tendrá comisión, también se refleja que *"se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés..."*, y que ello puede conllevar gastos para la ahora recurrente que serían repercutidos en el apelado, lo que no puede permitir a un cliente sin experiencia poder alcanzar a entender el coste aún aproximado que ello le podría suponer.

Por último, en cuanto a la información suministrada al actor sobre el funcionamiento del producto ya lo primero resaltar que es la entidad bancaria la que se pone en contacto con los actores mediante un correo electrónico (folio 76 de autos) donde se le facilita, en esencia, una doble información, a saber, que se le informa que nos encontramos ante un escenario de subida de tipos de interés por lo que es probable que se incremente el tipo de su préstamo hipotecario, y, dos, que con el producto que se ofrece estaría cubriendo o asegurando (ambos términos se utilizan) esa posible subida de cuotas al sustituirse por un tipo fijo. Por tanto, como producto directamente ofertado por la entidad bancaria le era aún más exigible una diligencia en cuanto a la información que suministraba y si era adecuado al perfil minorista de los apelados. Nuevamente la Sala comparte las conclusiones de la juez a quo que no puede entenderse cumplida el deber de información por la entidad demandada a su cliente de un contrato de la complejidad que se firmaba y para una persona física, autónomo, sin ningún conocimiento previo ni asesoramiento externo.

**SEXTO.-** Con base a las precisiones expuestas en el precedente fundamento y sobre la incidencia del deber de suministrar la adecuada información del producto por la entidad bancaria, atendiendo al perfil del cliente, complejidad del contrato y, por ello, posibilidad de error como vicio del consentimiento, debe mencionarse la sentencia de esta misma sección de 7 Oct. 2011 que expresa: *"Y, así, dentro de los principios inspiradores de las condiciones generales de contratación se encuentra la exigencia de que la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, con rechazo de las ilegibles, ambiguas u oscuras. Por lo que para este caso, atendiendo a la posición contractual del Banco como experto y la del Cliente como profano, el deber de información al Cliente, y la obligación de diligencia y transparencia (entre otras LMV, arts. 99 y bis), adquiere tal exigencia un especial rigor, lo que supone que se le proporcionará al Cliente, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, y todo ello no puede estimarse acreditado su cumplimiento por parte de la demandada, por lo que la falta de diligencia lleva apreciar que el error en la parte actora solo*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



puede ser achacada a la entidad bancaria . Por cuanto, la "carga de la prueba" del adecuado asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, corresponde al profesional financiero al que se le impone la carga del deber de información al cliente, y esta diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006; AP Asturias sec. 7a 16/9/11; AP León sec.2, 15/9/11; AP A Coruna 2/9/11).”.

En la Sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia de 17 de diciembre de 2013 también se expone que “... y partiendo de que el deber de información en este tipo de contratos, por su complejidad, reclama explicaciones más detalladas de su contenido que las que constan ofrecidas a la actora, sobre todo cuando contiene una serie de reglas y fórmulas de cálculo en términos que pueden hacer difícil su comprensión de una persona con formación media, debe llegarse a la conclusión, a la vista del modo y manera en que le fue ofertado el producto y efectuadas las explicaciones del mismo, que el actor no recibió la información adecuada para tener un cabal conocimiento del producto que contrataba, resultando de la prueba practicada que se hace hincapié en la naturaleza de producto como cobertura del riesgo a que se encuentra sometido el cliente como consecuencia de la contratación en su día del préstamo hipotecario a interés variable, que en una época en la que los intereses se encontraban al alza, esa falta de información supone la representación para el cliente de que lo contratado es una cobertura ante esa subida que la aprecia como probable, de modo que la ausencia de información sobre el lado contrario del objeto del contrato, la posibilidad, como efectivamente ocurrió, de que los tipos de interés bajaran, no le fue explicada al cliente con la suficientemente amplitud para que representándosela como posible, pudiera entender lo que efectivamente con posterioridad sucedió, que no fue otra cosa que la bajada de tipos de interés. Por lo tanto, la ausencia de una completa información para el cliente y la precisión sobre las consecuencias respecto de la bajada del euribor, hace que se aprecie insuficiencia de información que debió ofrecerse al cliente, de forma que, si bien no existe en los autos elemento alguno para estimar que esa ausencia de información fue premeditada por la entidad bancaria, al no constar acreditado que tuviera conocimiento, ni que lo pudiera tener, del comportamiento posterior del mercado financiero, ni mucho menos de la caída de los tipos de interés, como efectivamente sucedió, pues no existe prueba que avale ese dato, así como tampoco cabe apreciar que un conocimiento de la evolución de la economía pudiera llevarle en los primeros meses de 2008 a intuir siquiera la posibilidad y mucho menos a representársela como cierta, de lo que luego ocurrido con los tipos de interés, sí que por el contrario, esa ausencia de información, o información parcial de la naturaleza y características del producto que era objeto del contrato, resulta relevante a la hora de estimar que conllevó para el cliente la formación de un consentimiento viciado que le lleva a representarse una realidad parcial, que en caso de conocerla en toda su amplitud le hubiera llevado a tener en cuenta la existencia de unos riesgos que no pudo representárselos en el momento de la contratación, y sin que pueda alegarse que ha existido una infracción de la obligación de la actora de obtener una información más completa de la que se ofrecía, habida cuenta de la diferencia de posición entre uno y otro contratante, así como la cultura bancaria en nuestro país, que lleva a



*considerar al banco como un asesor que presta servicios en ese sentido, -lo que en este caso, no consta que se hubiera contratado-, no cabe duda de que después de una relación como la expresada, el cliente mantiene expectativas respecto del banco en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contractuales, en especial la referida al derecho de información en la contratación de productos de la complejidad como el aquí referido, cuya ausencia no puede ser imputada a la infracción de esa obligación de obtener información por parte del cliente. Por ello, en este caso, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debe estimarse que concurre el error en el consentimiento invalidante, al proyectarse sobre un elemento esencial del contrato e incidir sobre el objeto del mismo, de forma que el motivo que tomó en consideración el cliente para celebrar el contrato, protegerse de la subida de interés, era equivocado por falta de información de la contraria que no incluyó en esa información tanto en lo referido a la subida de tipos de interés como a la bajada, a la que también venía referido el contrato, siendo ésta la posibilidad que efectivamente tuvo lugar.”*

Por último mencionar la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Audiencia de 29 de noviembre de 2013, que destaca como *“Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información. El cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro. Consecuentemente, hay que entender que la obligación de informar de forma clara, veraz y completa forma parte del objeto del contrato, ostentando la condición de acreedora la persona que recibe el servicio y la de deudora la entidad financiera que lo presta.”* y si hay *“... ausencia de la necesaria información por parte de la entidad bancaria o bien en que esta ha efectuado una información sesgada y tendenciosa que ha determinado un error esencial e inexcusable en el cliente, que determina su nulidad por ese vicio del consentimiento”*.

**SÉPTIMO.-** Por lo expuesto, este Tribunal comparte totalmente la valoración de los hechos y pruebas practicadas y las conclusiones de la sentencia de instancia. Deben así rechazarse las alegaciones del recurso alusiva a que exista un error en aquella en la valoración de la prueba ni menos aún una infracción de lo dispuesto en el art., 217 de la LEC regulador de su carga. No obstante la insistencia en el recurso, la cuestión esencial no es si determinadas



manifestaciones del actor contradicen hechos que no se han discutido, pues precisamente esa falta de controversia hacen innecesaria su prueba, de modo que ninguna relevancia tiene las alusiones a que el contrato no fuere firmado (pues tal extremo no se ha puesto en duda en la demanda), sino si la demandada le proporcionó la información necesaria para que pudiera entender el concreto contenido, alcance y riesgos que asumía al contratar este producto. Y que esa suficiente información le fue proporcionada al cliente ahora demandante corresponde acreditarlo al demandado, no al actor. Y como se detalla en la resolución recurrida al margen del ya citado correo electrónico, no consta ninguna información facilitada por la entidad bancaria en la medida que el testigo se limitó a genéricas afirmaciones sobre su forma de proceder habitual pero que no recordaba el caso concreto objeto del actual procedimiento.

Compartida la valoración conjunta de la prueba que se imputa por la recurrente a la resolución de instancia, también este Tribunal comparte plenamente las argumentaciones que se desarrollan en aquella para hacerla concluir que ha existido un error en el consentimiento prestado por el actor, error que debe calificarse de invalidante del contrato como vicio del consentimiento, que recae sobre elementos esenciales al mismo por circunstancias anteriores y simultáneas a su otorgamiento, y que es excusable.- No es preciso reiterar nuevamente lo que ya se ha explicado tanto en la sentencia recurrida como en la presente relativo a las circunstancias a valorar para calificar el error como vicio (perfil del actor, complejidad del producto o información suministrada), pero contestando al recurso sí debe nuevamente precisarse que precisamente el nulo conocimiento de productos financieros similares por los actores, que no tenían ningún otro asesoramiento que no fuera el que le proporcionaba el personal de la propia entidad demandada con la que concertó el contrato, la complejidad del producto y la información facilitada deben llevar a concluir que se cumplen los requisitos jurisprudenciales que se han examinado para poder calificar el error como de vicio del consentimiento.

En conclusión, el error se produce por la defectuosa información que la demandada facilita a su cliente, es sustancial porque recae sobre el elemento esencial de la formación de la voluntad negocial y es excusable porque las circunstancias personales del actor le impedían el conocer la verdadera naturaleza del producto que contrataba y las consecuencias económicas que podían derivarse del mismo.

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la L.E.C., al desestimarse el recurso las costas de esta alzada deben imponerse a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**Desestimar** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Bankinter, S.A., contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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

**PUBLICACIÓN:** Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída ante mí por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente Don Antonio María Rodero García en audiencia pública, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

