

JOSE MANUEL LUQUE TORO

Procurador de los Tribunales
E-Mail: jmluquet@telefonica.net
Telf./Fax: 93 338 85 38

LDO.: [REDACTED]

NOTIFICADO: 14/07/16

**AUDIENCIA PROVINCIAL
BARCELONA
SECCIÓN 11ª
CIVIL**

**ROLLO DE APELACIÓN Núm. 352/2014
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
Núm. 9 DE BARCELONA
JUICIO ORDINARIO núm. 817/2012**

S E N T E N C I A n° 210/2016

Ilmos. Sres.

Don Josep María Bachs Estany (Presidente)

Don Francisco Herrando Millán

Don Antonio J. Martínez Cendán (Ponente)

En Barcelona, a 11 de julio de 2016.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados, ha visto en grado de apelación el JUICIO ORDINARIO núm. 817/2012, sobre nulidad contractual, seguido ante el Juzgado de Prim
elona, por demanda de doña [REDACTED]
[REDACTED], representada por el Procurad
asistida por el Letrado doña [REDACTED]
[REDACTED] contra BANKINTER, S.A., repr
or don RICARD SIMÓ PASCUAL y defendida por el Letrado don ALFONS CUCURULL PASCUAL, que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por la demandada contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 24 de octubre de 2013, y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juicio ordinario 817/2012, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, se dictó Sentencia el día 24 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"Que estimo íntegramente la demanda interpuesta don D. José Manuel Luque Toro en nombre y representación de Dña. [REDACTED] [REDACTED] contra BANKINTER, S.A., y en su virtud declaro la nulidad del contrato de intercambio de tipos de interés/cuotas suscrito por las partes el 26 de septiembre de 2006, condenando a BANKINTER, S.A. a restituir a Dña. [REDACTED] la cantidad de 6.012,01 euros, más los intereses legales devengados desde el momento en que percibió cada una de las liquidaciones, así como el pago de las costas del juicio".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la representación de BANKINTER, S.A. interpuso recurso de apelación, alegando, en síntesis: 1) error en la valoración de la prueba y error en la aplicación del Derecho y Jurisprudencia, y 2) las dudas de hecho y disparidad de criterios jurisprudenciales justifican la no imposición de costas.

La Sra. [REDACTED] se opone al recurso interpuesto de contrario [REDACTED] icita la confirmación de la sentencia recurrida.

A continuación las partes fueron emplazadas ante la Superioridad, compareciendo en tiempo y forma.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el día 22 de junio de 2016 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor, a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal el Magistrado don Antonio J. Martínez Cendán, que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo del recurso: error en la valoración de la prueba y error en la aplicación del Derecho y Jurisprudencia.

Revisadas las actuaciones en cumplimiento de lo ordenado por los arts. 456.1 y 465.5 LEC compartimos la conclusión alcanzada por el juzgador de primer grado en relación al fundamental hecho fijado como controvertido en la fase intermedia del proceso, a saber, el de la concurrencia de un error -con capacidad ululatoria- en el consentimiento prestado por la Sra. [REDACTED] en el contrato de intercambio de tipos/cuotas otorgado el día 26 de septiembre de 2006 (doc. 3 de la demanda), propiciado por la deficiente información recibida de BANKINTER, S.A. y, en consecuencia, el motivo deberá ser desestimado.

Tal y como hemos expresamos en casos similares al presente, siendo demandada esta misma entidad (rollo 491/2013, sentencia de 5 de noviembre de 2015, ponente Sra. Alonso Martínez y rollo 760/13, sentencia de 14 de enero de 2016, ponente Sr. Gómez Canal), estamos en presencia de un producto: a) que por las prestaciones que imponía a cada una de las partes (STS de 21/11/12) merece el calificativo de complejo (STS de 30/12/15), encuadrado entre las permutas financieras tipificadas en el art. 2.2 de la Ley 24/88, de 28 de julio del Mercado de Valores dentro de la categoría de los derivados financieros (art. 79 bis.8.a LMV), y b) que resulta novedoso, por lo menos en el año [REDACTED] en el mercado minorista como calificaríamos a la Sra. [REDACTED] (sin conocimientos financieros), lo que incide en el conocimiento previo de su funcionamiento y riesgos asociados.

En el plano subjetivo constatamos, siguiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014, que resuelve un caso análogo al presente, la enorme asimetría existente entre las partes en este tipo de contratos: a) por un lado quien provee de servicios financieros, BANKINTER, S.A. en nuestro caso, prestigiosa entidad dedicada profesionalmente a esta actividad que integra equipos de expertos que examinan la evolución de las variables financieras, analizan las fuentes especializadas, diseñan el contrato y lo ofertan a su cliente; así lo impone el art. 19.1 de la Ley 36/03, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, y b) por otro lado, la Sra. [REDACTED] que tras concertar un préstamo hipotecario con interés variable, se le ofreció por los

empleados del banco un producto contra la subida de los tipos de interés (doc. 2.1), cuando carecía de conocimientos financieros por no haber contra productos similares (declaración del empleado Sr. [REDACTED]). Estas circunstancias no han sido realmente objeto de controversia alguna.

La infracción de ese deber de información por la entidad bancaria puede tener una incidencia básica en la formación del consentimiento negocial del cliente (arts. 1.261.1º, 1.265, 1.266 y 1.269 CCivil y SsTS de 21/11/12) hasta el punto de que la carencia y/o insuficiencia informativa -por negligencia o dolo- podría justificar la invalidez del contrato tal como han resuelto en relación a otros productos similares multitud de resoluciones del Tribunal Supremo (29/10/13, 20/1/14, 7/7/14, 8/7/14, 8/9/14, 10/9/14, 26/2/15, 15/9/15, 13/10/15, 15/10/15, 27/10/15, 30/10/15, 10/11/15, 30/11/15 y 30/12/15).

Es cierto en línea de principio que quien pretende borrar del mundo jurídico un contrato con apariencia de validez y que además ha producido ya efectos jurídicos, en nuestro caso la Sra. [REDACTED] por haber incurrido en un vicio del consentimiento -efectuosa o insuficiente información-, le corresponde la carga de acreditar la realidad de dicha patología negocial (art. 217.2 LECivil).

Ahora bien, por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7 LECivil, ese esquema se modula de tal forma que incumbía a BANKINTER, S.A. demostrar en el proceso que cumplimentó ese deber de información prenegocial con la consecuencia prevista en el art. 217.1 LECivil para el supuesto de no conseguirlo (STS de 30/12/15).

Como resolvimos en Sentencia de 30 de enero de 2012 (Ponente Sr. Bachs) "La inmensa mayoría de jurisprudència menor existent sobre swaps es decanta per la nul.litat dels contractes quan no s'ha subministrat una informació prèvia, adequada i suficient per a que el client, no expert en el producte i, en general, en temes d'inversió, es pugui representar, abans de contractar, amb més o menys exactitud i sobre la base d'una perspectiva raonable de la probable evolució dels tipus d'interès durant la vigència del contracte, generalment de 5 anys, en què pot resultar-ne perjudicat. Informació quina càrrega de la prova té l'entitat financera i que, en defecte de documentació lliurada al període precontractual aboca a una consideració de manca d'acreditació absoluta de la mateixa. També la jurisprudència declara la nul.litat d'aquests contractes per la relativa impossibilitat de saber quin serà el cost

real d'una eventual cancel.lació anticipada de dit producte”.

SEGUNDO.- Esta consecuencia anulatoria es la que viene a confirmar el Tribunal Supremo en las ya citadas Sentencias de 20 de enero de 2014 y 15 de septiembre de 2015, entre otras muchas, que conforman un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial.

Aún más reciente, el Tribunal Supremo, en sentencias de 20 de diciembre de 2015 y 4 de febrero de 2016, la primera en un caso idéntico al presente y la segunda en un caso muy similar, siendo demandada la entidad apelante, ha ratificado lo que conforma ya una jurisprudencia reiterada y constante, indicando que tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

Por lo ilustrativo, resaltamos diversos párrafos de la de 4 de febrero de 2016, plenamente aplicables al presente caso. Dice el Tribunal Supremo:

“... lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Bankinter, S.A." pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.”

“Pese a que la redacción del contrato objeto del recurso no presente la elevada dificultad que presentan otros swaps, en este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las fórmulas financieras contenidas en el contrato...”

"... la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes..."

"... Bankinter tampoco informó a los clientes sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente..."

"También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso..."

"Que la cláusula sobre vencimiento anticipado pueda ser eliminada y el contrato pueda subsistir no obsta al carácter esencial de esta información por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, desde el momento en que en el mismo se prevén una serie de "ventanas" en las cuales el cliente puede cancelarlo anticipadamente..."

"El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error»".

TERCERO.- Si aplicamos las anteriores premisas generales al supuesto sometido a nuestra consideración llegamos a la conclusión de que BANKINTER, S.A. no cumplimentó esa carga probatoria en debida forma por lo que concluimos deficiente información proporcionada a la Sra. [REDACTED] antes de la firma del contrato propició el error por ésta con eficacia invalidante.

La Sala constata, tal como hemos tenido ocasión de resolver en supuestos análogos al presente (Rollo 802/12), que con la lectura del contrato facilitado al cliente resulta imposible conocer, no tanto el coste exacto de la cancelación, que en buena lógica dependerá del momento en que se ejercite esa prerrogativa, sino las bases para su cálculo que se dejan en manos del banco. Obsérvese que la estipulación sexta, sobre resolución anticipada, reza textualmente: "En estos casos 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 en el momento en que se produzca la mencionada resolución". Dejar en el ámbito decisorio de una sola de las partes este elemento fundamental del contrato contraviene lo dispuesto en el art. 1.256 CC y justifica su nulidad (SsAAPP de Barcelona, Sec. 1ª de 25/7/12 y de Madrid, Sec. 13ª de 14/2/12).

Por otro lado, no hay constancia documental de que previamente a la firma del contrato, y con tiempo suficiente para su estudio y planteamiento de posibles dudas, se hiciera entrega a la Sra. [REDACTED] de un folleto informando del producto en palabras [REDACTED] y con ejemplos numéricos de la cuantía que podían alcanzar las liquidaciones futuras en función de la evolución del euríbor así como el coste aproximado de la cancelación.

El contenido del documento que recoge el contrato (doc. 3 de la demanda), elaborado por la propia entidad bancaria recurrente, no suple el déficit informativo que venimos constatando: a) no hay constancia de que el referido contrato se le facilitara antes de su suscripción con tiempo suficiente para que, una persona ajena al ámbito financiero a quien se oferta un complejo producto, pudiera asimilar los conceptos transmitidos, plantear las dudas que el negocio pudiera suscitarle y contrastar en otras fuentes los datos recibidos; b) no recoge ejemplos numéricos alguno con el que el cliente, inexperto en complejos productos financieros, pudiera conocer, aunque fuera de manera aproximada pero ilustrativa, cuál podía ser la incidencia que podía tener sobre su patrimonio la bajada del índice referencial y la cancelación anticipada la cual ha sido ciertamente relevante a la vista de las liquidaciones negativas practicadas y el coste percibido [REDACTED] banco; c) el reconocimiento por parte de la Sra. [REDACTED] de haber sido informada sobre los riesgos inherentes al producto resulta inane para sustentar la tesis de la apelante conforme a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014: "se trata de menciones

predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente.”

Estamos convencidos que la Sra. [REDACTED] que contrató un producto porque así se lo aconsejó [REDACTED] empleado del banco, accesorio al préstamo hipotecario que tenía en la misma oficina y con la finalidad de obtener seguridad ante la posible subida de los tipos de interés (ninguna otra explicación tendría contratar tal producto), de haber sido plenamente consciente de las consecuencias que el negocio ofrecido por BANKINTER podía haber tenido en su patrimonio, nunca lo hubiera suscrito. Si lo hizo fue por la insuficiente y/o deficiente información ofrecida por dicha entidad, a pesar de la obligación legal, imperativa, que tenía de facilitarla, y con el convencimiento de contratar un producto que aseguraba el tipo variable de su préstamo hipotecario y esta infracción propició que el consentimiento estuviera viciado por error (arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil) que se produce, según Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, “cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre” en este caso sobre la realidad y magnitud del riesgo asumido y el coste que le podría suponer poner fin anticipadamente al contrato, todo ello como consecuencia de la deficiente información facilitada por la entidad bancaria en contra de la obligación legal que pesaba sobre ella. Y dicho error tiene capacidad anulatoria del contrato habida cuenta que es un error excusable siguiendo la doctrina pautaada por la Sentencia del Alto Tribunal de 20 de enero de 2014, citada por otras muchas posteriores, al decir que “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto

financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.”

CUARTO.- Segundo motivo del recurso: las dudas de hecho y disparidad de criterios jurisprudenciales justifican la no imposición de costas.

El motivo así enunciado se desestima por las siguientes razones:

1.- Ante todo porque se trata de un alegato novedoso -y por tanto vetado en la alzada- pues no fue invocado en la contestación por BANKINTER, S.A. para que fuera el Juzgado, encargado de pronunciarse en primera instancia sobre la cuestión, el que valorara si el asunto era ciertamente dudoso a los efectos de inaplicar el criterio general de imposición de costas al litigante vencido consagrado en el art. 394.1 LEC como mecanismo para satisfacer el principio de tutela judicial efectiva evitando que los derechos se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento o defensa con el consiguiente coste económico (Ss. del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, 26 de junio de 1990 y 4 de julio de 1997).

En consecuencia, si en la resolución de primer grado no existe decisión alguna sobre el particular -conurrencia de serias dudas de hecho y/o de derecho a los efectos de eximir del pago de costas al litigante vencido-, por no haber postulado la parte un pronunciamiento específico, la Sala no puede ex novo realizar ese enjuiciamiento, que además lo sería en única instancia, contraviniendo la naturaleza estrictamente revisora del recurso de apelación (art. 456.1 LEC).

2.- En cuanto a las posibles dudas de derecho en relación a lo que constituyó el objeto de este procedimiento son innumerables y reiteradas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado. Indica la citada Sentencia de 4 de febrero de 2016 que “Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de “swaps” de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante

sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, 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, y 742/2015, de 18 de diciembre, entre otras”.

QUINTO.- Por todo lo que antecede, el recurso interpuesto ha de ser rechazado en su integridad y confirmada la Sentencia de primer grado.

La desestimación del recurso justifica que las costas causadas por el seguimiento del proceso en segunda instancia se impongan conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, en relación al art. 394.1 de la misma norma.

Conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la recurrente pierde el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER, S.A. contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2013, dictada en el juicio ordinario núm. 817/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de los que el presente Rollo dimana, confirmando la expresada resolución con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por el apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, comunicándoles que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.