

Roj: SAP LU 428/2011  
Id Cendoj: 27028370012011100286  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Lugo  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 272/2011  
Nº de Resolución: 299/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LUGO**

**SENTENCIA 00299/2011**

Ilmos. Sres.

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

D. JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ

D. JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE, SUPLENTE.

Lugo, veintiséis de mayo de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO**

**ORDINARIO 0000662/2010** , procedentes del **XDO.1A INSTANCIA N.5 de LUGO** , a los que ha correspondido el Rollo RECURSO

**DE APELACION (LECN) 0000272 /2011** , en los que aparece como parte apelante, **BANKINTER SA** , representado por el

Procurador de los tribunales, Sr. MARTIN-BUITRAGO, asistido por el Letrado Sr. Vázquez Guillen, y como parte apelada, D.

Gaspar , Dña. Natividad , representado por el Procurador de los tribunales,

Sra. IGLESIAS PENELAS , asistido por el Letrado Sr. Torres Cascudo, sobre declaración de nulidad de contrato, siendo

Ponente el Magistrado Ilmo. D. **JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 14 de enero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lugo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Se estima la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María Eugenia Iglesias Penelas, en nombre y representación de Dña. Natividad y D. Gaspar contra BANKINTER S.A., representada por el Procurador D. Álvaro Martín Buitrago Calvet. 1º.- Se

declara la nulidad, por vicio del consentimiento, del contrato suscrito entre las partes de fecha 27 de mayo de dos mil ocho. 2º.- Se condena a BANKINTER S.A. a pasar por dicha declaración. 3º.- Se condena a BANKINTER S.A. a practicar la oportuna liquidación para la restitución de las cantidades cargadas en la cuenta de los actores en aplicación del mencionado contrato, más los intereses legales y reintegrar el saldo resultante a la parte actora. Se hace expresa imposición a la demandada de las costas procesales".

**SEGUNDO** .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por el demandado BANKINTER S.A., teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del *art. 458 y siguientes de la L.E.C. 1/2000* se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que no se oponga a lo que, a continuación, se expone, y

**PRIMERO** .- Tiene señalado esta Sala en diversas ocasiones que el contrato cuya nulidad se pretende es de los que se conocen como de **permuta financiera** o "swap" por el que las partes, como bien se dice en la sentencia apelada, acuerdan intercambiarse entre si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordada, tratándose de verdaderos contratos de adhesión, siendo la entidad bancaria la que establece y redacta las estipulaciones y ofrece el producto, de cuya complejidad no cabe duda, siendo un producto financiero derivado y de alto riesgo, produciéndose normalmente un desequilibrio financiero, al tratarse de un instrumento financiero asimétrico, a favor del Banco y en perjuicio del cliente.

La nulidad pretendida se basa esencialmente en si existió o no vicio del consentimiento, señalando la parte demandante- apelada que no se la informó sobre el carácter, naturaleza y riesgos del contrato, es decir, que no le fue facilitada la adecuada información lo que la llevó a no decidir libremente estando su consentimiento viciado. Debe señalarse que en el caso presente, al contrario de algún otro examinado por esta Sala, no nos encontramos ante una entidad o sociedad con administradores conocedores de este tipo de contrato y sus riesgos, los llamados profesionales sino ante personas físicas de las que no se conocen que realicen actividades económicas diversas o que posean conocimientos específicos de carácter financiero, por lo que deben ser considerados como los llamados clientes minoristas a los efectos legales y reglamentarios y por ello deben gozar de la especial protección reservada a los clientes que ostentan tal carácter. La Ley de Mercado de Valores así lo exige cuando obliga a comportarse con diligencia y transparencia y en el *R.D. 1993, de 3 de Mayo* resalta la necesidad de que por las entidades bancarias se ofrezca y suministre a sus clientes la información de que dispongan que sea relevante para la toma de decisiones inversoras por parte de los mismos e igualmente el *R.D. 217/08, de 15 de Febrero* destaca la necesidad y obligatoriedad de la información, sin ocultar los riesgos existentes y la nueva *Ley del Mercado de Valores de 2007* destaca la necesidad y obligatoriedad de un mayor grado de protección a los clientes minoristas frente a los clientes denominados profesionales. Expuesto lo anterior la prueba testifical practicada (Sra. Almudena , empleada de Bankinter) acredita que el formulario fue redactado por el Banco demandado, que la única información proporcionada es la contenida en el contrato y que el producto se ofreció por el Banco al cliente, añadiendo que es posible que afirmase que existía prisa por firmar porque subían los tipos de interés, no aportándose curvas de tipo de interés a futuro y que no se aportó test de conveniencia del producto porque entiende el Banco que no es un producto especulativo. Es claro que tal información es notoriamente insuficiente, no pudiendo presumirse que los clientes demandantes supieran lo que firmaban y sus riesgos, no estando acreditado que su formación **financiera** fuese más allá del típico otorgamiento de un préstamo hipotecario o un contrato normal de seguro.

Debe añadirse que de la prueba pericial resulta que ya desde el inicio de la contestación la entidad demandada tenía conocimiento que le hacían jugar con ventaja lo que por otro aparte es completamente lógico dado la experiencia, asesoría técnica, mayoría de medios, conocimiento del mercado financiero y no se dio la adecuada información a los clientes y hoy demandantes sobre especialmente la tendencia o previsión a la baja de los tipos de interés. También es de resaltar que no hubo adecuada información sobre los efectos y resultados de la cancelación anticipada del producto por parte del cliente, lo que aparece acreditado a través de la propia redacción del contrato, de la pericial del perito Sr. Ruperto y del hecho de que los propios clientes demandantes acudieron al Servicio de atención al cliente de la entidad demandada para interesarse por ello, señalando el perito antedicho que en el contrato de intercambio de tipos/cuota no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, por lo que no cabe concluir sino como lo hizo la sentencia de instancia

sin que se aprecie en modo alguno incongruencia de la sentencia con los hechos alegados en la demanda ni existe una vulneración en cuanto a la valoración de la prueba que se considera correctamente valorada y acorde a la prueba practicada no pudiendo acogerse la pretensión del recurrente haciendo predominar su valoración probatoria subjetiva sobre la objetiva del juzgador de instancia y tampoco puede hablarse de una vulneración de las excepciones relativas a la obligación de información ya que el carácter de minoristas como antes se explicó detenidamente de los clientes demandante está especialmente protegido, entre otras disposiciones por las ya citadas y con independencia de cualquier otra consideración que en todo caso no puede prevalecer sobre la normativa legal antedicha y su interpretación jurisprudencial, de la que es claro ejemplo la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios que se orienta en el mismo sentido de la necesidad de una información que explique el producto adecuadamente siendo en el caso presente evidente que ello no se produjo lo que da lugar a la existencia de vicio en el consentimiento prestado, lo que implica la nulidad contractual instada, desestimándose en consecuencia el recurso formulado y confirmándose en su integridad la resolución apelada por sus propios y acertados fundamentos que se dan por reproducidos, para evitar innecesarias repeticiones, en todo aquello que no se oponga a lo aquí expuesto.

**SEGUNDO** .- Las costas de esta alzada se imponen al apelante, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1* en relación con el *artículo 394*, ambos de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Vistos los artículos de pertinente aplicación

## **FALLO**

Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 14 de Enero de 2.011 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de esta ciudad , debemos confirmar y confirmamos la misma, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Trasfiérase a la cuenta especial 9900 el depósito constituido para recurrir.

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