

SENTENCIA N° 000077/2018

SECCIÓN OCTAVA

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

Magistrados/as

D^a M^a FE ORTEGA MIFSUD

D RAFAEL JUAN JUAN SANJOSÉ

En la ciudad de VALENCIA, a veintiseis de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. D./D^a JOSE LUIS GOMEZ-MORENO MORA, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1^a Instancia n° DOCE de VALENCIA, con el n° 001458/2015, por _____ representado en esta alzada por la Procuradora D^a ISABEL BALLESTER GOMEZ y dirigido por el Letrado D JUSTO PASCUAL MONAR contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado en esta alzada por la Procuradora D^a _____ y dirigido por el Letrado D^o DÁVALOS, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1^a Instancia n° 12 de VALENCIA, en fecha 24 de febrero de 2017, contiene el siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por _____ contra Banco Popular Español S.A. declaro la nulidad del contrato Swap debiendo la parte demandada abonar la suma de 132.555 euros más intereses legales correspondientes desde cada abono de las respectivas liquidaciones, imponiéndose las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, que fue admitido en ambos efectos y remitidos los

autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 13 de febrero de 2018.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los de la resolución recurrida, en cuanto no contradigan lo que a continuación se expone, y se resuelve el recurso conforme a los siguientes:

PRIMERO.- Se alza la representación procesal de Banco Popular, SA contra la Sentencia de primer grado que estima la demanda presentada por la mercantil y que declara la nulidad del contrato Swap debiendo la parte demandada abonar la suma de 132.555 € más intereses legales desde cada abono de las respectivas liquidaciones, imponiéndose las costas procesales a la parte demandada.

Basa su recurso, la entidad demandada, en la incorrecta determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento; la incorrecta de valoración de la prueba, respecto al error en el consentimiento de la como administradora de la mercantil actora, y la consecuente nulidad del contrato de permuta financiera; el perfil de la administradora de y firmante del contrato; y por último, combate las acciones ejercitadas de forma subsidiaria en la demanda rectora del procedimiento. A lo que se opone la demandante, según consta en su escrito de oposición al recurso de apelación que obra unido a autos (f. 303 y ss.).

SEGUNDO.- Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 que “...si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, SSTS 16 octubre 1992, 5 noviembre 1992 y 19 abril 1993)”. En idéntico sentido la STS de 22 de mayo de 2000, que además añade que: “una fundamentación por remisión no deja de

ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juzgador “ad quem” se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por aquélla (STS de 5 de noviembre de 1992).”

Por ello esta Sala, entendiendo que la resolución apelada está plenamente fundamentada, fáctica y jurisprudencialmente se remite a los propios argumentos de la misma para desestimar el recurso de apelación, pues no apreciamos en la resolución recurrida ni error en la aplicación del derecho ni en la valoración de la prueba, sin que las conclusiones que se expresan en el recurso de apelación consigan desvirtuar la fundamentación que resulta de la resolución apelada.

No obstante lo dicho y en aras a dar cumplida respuesta a los motivos expuestos por la representación procesal de la entidad demandada, procederemos a resolver todos ellos, comenzando con el concerniente al que se refiere a la incorrecta determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento.

Alega la recurrente que, como quiera que la acción de anulabilidad tiene un plazo de caducidad de cuatro años, al interponer la actora, el día 24 de julio de 2015, la demanda rectora de las presentes actuaciones, el plazo había transcurrido con creces y ello por cuanto que el día inicial del cómputo de la caducidad, debe tenerse por aquél en que se produjo la primera liquidación negativa, ésto es, el día 19 de marzo de 2009, sucediéndose después hasta ocho liquidaciones negativas más, hasta el 20 de junio de 2011, teniendo estas un montante de casi 80.000 euros, lo que tuvo que advertir del supuesto error forzosamente a la demandante.

A ello se opone la parte actora, al entender que no es lo mismo tener conocimiento del error que pagar las liquidaciones negativas, añadiendo que una vez cometido el error, éste sólo se subsana con la manifestación inequívoca de la voluntad del interesado que suponga renuncia a la acción de nulidad, siendo el pago de liquidaciones negativas un reflejo de la voluntad pagadora del cliente. Además de lo expuesto, mantiene que no hay que pasar por alto que hay un hecho sobre el cual el cliente no puede efectuar subsanación alguna, el cual es la cancelación del producto, siendo un elemento esencial sobre el que recae el error. Por lo que

siendo el contrato de permuta financiera suscrito, un contrato de tracto sucesivo, sólo puede tenerse como día inicial del cómputo de caducidad aquél en el que vence el contrato, esto es en diciembre de 2012, por lo que la demanda se presentó cuando todavía no había caducado la acción. Además de ello, incide en que hubo una reclamación en relación con el swap en febrero de 2013.

Respecto al presente motivo, no podemos compartir la tesis mantenida por el recurrente por cuanto que, como expresa, entre otras, la SAP de Valencia, sección novena, de 3 de julio de 2017, la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento puede ejercitarse en tanto no haya transcurrido el plazo legalmente previsto para su ejercicio, que es de cuatro años, contados, cuando se trata de error o dolo, “desde la consumación del contrato” (ex art. 1301 CC).

Para el Tribunal Supremo la consumación, distinta al perfeccionamiento, del contrato se da cuando se cumplen todas las obligaciones previstas en el contrato para ambas partes (cfr. STS de 11 de junio de 2003, Pte: González Poveda, STS de 14 de mayo de 2009, Pte: Seijas Quintana, y STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena, FJ quinto).

Cuando, como aquí sucede, estamos ante un contrato de tracto sucesivo es de aplicación la doctrina establecida en la STS de 11 de junio de 2003, Pte: González Poveda, núm. 569/2003, para la que “este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, ..., cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”.

Con relación a los contratos bancarios complejos habría que tener en cuenta la doctrina establecida por la STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, que, partiendo de que en el espíritu y la finalidad del art. 1301, CC se encontraba el cumplimiento del requisito de la *actio nata*, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, llega a la conclusión de que “en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la

consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo; y a tal fin señala, como hechos relevantes para fijar el día inicial del plazo de ejercicio de la acción el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

La Sentencia citada de 12 de enero de 2015 se dicta en un supuesto en que el plazo de caducidad, contado desde la consumación del contrato, ya había transcurrido por completo cuando el demandante se da cuenta de su error; de ahí que la Sentencia diga que en tal caso, a efectos del cómputo del plazo, la consumación del contrato no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Pero lo que no dice, ni podría decir esa resolución, es que se modifica el criterio legal del art. 1301 CC. Por tanto, mientras no haya transcurrido el plazo legal de cuatro años contado desde la consumación del contrato, puede ejercitarse la acción de anulabilidad.

En el caso presente, la consumación del contrato tuvo lugar el 19 de diciembre de 2012 (f. 44), fecha en la que se produjo el vencimiento del mismo, y se interpone la demanda con fecha 24 de julio de 2015 (diligencia de Decanato, folio 2), por lo tanto antes de que transcurriera el plazo de cuatro años desde la consumación (recordando que si los plazos están fijados por años se computan de fecha a fecha, ex art. 5 CC); por lo que la demandante ejercita la acción dentro del plazo legal, y no estaba caducada la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento.

Consecuentemente, procede desestimar el motivo del recurso de apelación, y confirmar la desestimación de la excepción de caducidad alegada por la parte demandada.

No se desconoce, que la reciente STS de 3 de febrero de 2017, Pte: Arroyo Fiestas, nº 153/2017, recurso 1797/2014, dictada con relación a un swap o permuta de tipos de interés, introduce una duda respecto a cuál deba ser el día inicial cuando se ejercita la acción de

anulabilidad de un negocio de adquisición de productos financieros complejos, si “desde la consumación del contrato”, como establece el art. 1301 CC, que es una norma vigente, o cuando “el cliente percibió la primera liquidación negativa, o en su defecto, tuvo conocimiento concreto del elevado coste de la cancelación anticipada del producto”, como dicen la Sentencia del Tribunal Supremo citada y la posterior STS de 9 de junio de 2017, Pte: Parra Lucán, n° 371/17, insistiendo en lo anterior (aunque esta segunda después argumenta que en el caso enjuiciado el plazo contado desde la consumación del contrato no había transcurrido).

Esta Sentencia de 3 de febrero de 2017 es susceptible de crítica pues el momento que fija como *dies a quo* (día inicial) para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento puede ser anterior en el tiempo a la consumación del contrato, lo que supondría, en la práctica, acortar el tiempo para el ejercicio de la acción en detrimento del cliente minorista (o de cualquier otro contratante; p.ej., piénsese en un contrato de compraventa con precio aplazado en el que el comprador puede darse cuenta del error antes de la consumación del contrato), y contravenir claramente lo dispuesto en el art. 1301, CC. Por ello, entendemos que debe seguir aplicándose el criterio legal y contar el plazo desde la consumación del contrato, salvo en aquellos casos en que, consumado el contrato, el contratante no hubiera podido aún tener conocimiento del error.

En materia de prescripción de acciones, debe partirse de lo establecido en el art. 1969 CC, según el cual “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. El precepto es muy claro; hay una norma general, que fija como día inicial para el ejercicio de toda clase de acciones cuando estas pueden ejercitarse (teoría de la *actio nata*, acción nacida: no puede comenzar a contarse los plazos de la prescripción en tanto no haya nacido la acción). Pero hay también una excepción a esa norma general, pues el artículo dice que cuando haya una disposición especial que establezca un criterio distinto habrá de estarse a esa otra disposición especial, como es el art. 1301 CC, que nos indica cuándo los interesados pueden ejercitar la acción. Y esto es lo que ocurre cuando del ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento se trata, si ese vicio consiste en error o dolo, pues en este caso el art. 1301, CC dispone que el tiempo para el ejercicio de la acción empezará a correr “desde la consumación del contrato”, lo que significa claramente que a partir de ese

momento puede ya ejercitarse la acción.

A lo anterior puede añadirse, tratándose de examinar la caducidad de la acción en contratos de swap, que resulta contradictorio entender en ocasiones que el hecho de haber pagado liquidaciones negativas no constituye actos de confirmación del contrato viciado (p.ej., STS de 3 de febrero de 2016, n° 19/15), especialmente en supuestos de contratos de swap “encadenados” en los que ya en el primer contrato hubo liquidaciones negativas (p.ej., STS de 10 de noviembre de 2015, Pte: Vela Torres; STS de 6 de abril de 2017, Pte: Arroyo Fiestas, n° 235/2017 ; STS de 8 de junio de 2017, Pte: Orduña Moreno, n° 365/2017, relativa a cuatro contratos de swap encadenados, con liquidaciones negativas, siendo el primero de mayo de 2004 y el último de marzo de 2007, presentando la demanda en 2010, y la STS casando la sentencia de la Audiencia, confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la nulidad de los cuatro contratos), y considerar en otras que el hecho de percibir la primera liquidación negativa supone ser consciente del error padecido al contratar y computar a partir de esa primera liquidación negativa el plazo para ejercitar la acción de anulabilidad.

Además, la práctica nos muestra que muchas veces el cliente aceptaba la posibilidad de que el contrato de swap pudiera tener liquidaciones negativas, porque entendía que se compensaban con las liquidaciones positivas que pudiera presentar, y el saldo a pagar o a percibir no era de importe elevado; lo que no aceptaba era que pudieran producirse unas liquidaciones negativas, para él, desproporcionadas con relación a las liquidaciones positivas (p.ej., STS de 1 de junio de 2017, Pte: Sancho Gargallo, n° 344/2017, en la que precisamente el recurrente funda su error en el hecho de que contrató un tercer swap bajo la creencia de que por las condiciones ofrecidas no se producirían liquidaciones tan negativas como las que se habían generado con los dos primeros).

TERCERO.- En segundo lugar, denuncia la recurrente, la incorrecta valoración de la prueba, al entender que no ha existido error en el consentimiento de la , administradora de la mercantil actora, cuestión que resolveremos con el tercero de los motivos de apelación esgrimidos por la apelante, consistente en el perfil de la referida administradora, por una mera cuestión de sistemática procesal dada la estrecha relación entre ambas cuestiones.

Así las cosas, la entidad demandada, defiende que la actora era plenamente consciente de lo que firmaba, al haber recibido la información adecuada y a la sencillez y claridad de los términos del contrato. Esta información fue ofrecida de forma verbal, lo que viene refrendado, según expone la apelante, por las testificales de la- y el , ambos empleados de la mercantil recurrente, y que adveran que un técnico de la dirección regional del banco se reunió con la y le dio la información necesaria, no siendo obstáculo para la apreciación de dicho motivo la incomparecencia del referido técnico en el acto del juicio, puesto que la también estuvo presente en las reuniones mantenidas, tal y como testimonia. Además, alega, que no hubo mala fe por parte de la entidad financiera, ya que, pese a que la intentó contratar un nuevo swap, se le desaconsejó por parte de la

A todo ello añade la apelante que se hicieron las pertinentes simulaciones, las cuales constan manuscritas, por el cliente, en el propio contrato, advirtiéndole de la evolución del Euríbor y de cómo ello afectaría a la evolución del swap. Concluyendo que como quiera que se le facilitó toda la información necesaria, no hubo error en el consentimiento, siendo imposible confundir un seguro con un contrato de permuta financiera, ya que en el propio contrato y en las definiciones en él contenidas se deja claro; por lo que la entidad financiera, según la demandada, cumplió con todos los requisitos legales de comercialización del producto.

Asimismo, entiende la recurrente, que el perfil de la , administradora de la mercantil actora, la cual ostenta varios cargos sociales de relevancia, hacen inviable el desconocimiento de lo que firmaba, y aunque no tuviera experiencia profesional, ello no es dato suficiente como para entender cometido el error, más aun, cuando antes ya había contratado un producto financiero de gran complejidad y riesgo vinculado a la evolución del Banco Popular e Iberdrola, siendo los conocimientos y experiencia de la suficientes como para comprender el producto.

Al respecto la STS de 17 de enero de 2018 determina que “1. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE,

conocidas como normativa MiFID. Cuando se firmó el primer swap litigioso todavía no estaba en vigor, pero sí regía ya cuando se suscribió el segundo.

No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

2.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a ambos contratos de permuta financiera, 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: «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.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, 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; 458/2014, de 8 de septiembre; 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; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 96/2017, de 15 de febrero; 132/2017, de 27 de febrero; y 163/2017, de 8 de marzo).

4.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en las fechas de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara al cliente de los riesgos del producto contratado, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Afirma que en el contenido del contrato constaban sus características y que el cliente, dada su actividad mercantil, estaba en condiciones de comprenderlas, o en su defecto, debería haberse procurado asesoramiento a tal efecto.

Sin embargo, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, ni que conociera los

riesgos del producto contratado. Tampoco en que en la propia documentación entregada por el banco se resalta que lo ofrecido era un producto que aseguraba frente a las oscilaciones al alza de los tipos de interés, sin mención alguna a las bajadas.

De manera que tanto la información precontractual como la propia presentación de los productos estaban orientadas a hacer pensar al cliente que lo que contrataba era una cobertura frente a las subidas de los tipos de interés, lo que en modo alguno era así, como pudo comprobar en cuanto el euribor comenzó a bajar de manera continuada, a partir del segundo semestre de 2008.

Las advertencias contenidas en los contratos sobre su volatilidad y la posibilidad de fluctuación de los tipos de interés son lo que, en diversas sentencias, hemos calificado como ilustración sobre lo obvio, es decir, que se explica que, en función del euribor, puede pagar una u otra parte, pero ello no supone una información completa sobre los riesgos en los términos exigidos legalmente.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Hemos afirmado también en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con

un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo.

5.- Si contrastamos la información ofrecida con los estándares que hemos expresado, resulta claro que los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el nivel de información exigible, porque no se advierte propiamente de las consecuencias de una bajada abrupta y sostenida en el tiempo de los tipos de interés ni tampoco de las posibles consecuencias negativas para el cliente derivadas del coste por cancelación anticipada.

Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara a las exigencias legales. El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 porque se explique 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 el banco 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.

6.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, por más que lo negara en una cláusula de estilo predisuelta en los contratos, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el

cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.”

Partiendo de lo expuesto, y trasladado al presente caso, no podemos dar por suficiente la información prestada a la actora en el momento de proceder a la contratación del contrato litigioso, ya que no ha quedado acreditado que el técnico que supuestamente informó a la

le diera la información requerida para comprender productos de la complejidad como el que es objeto de la *litis*, aunque la demandada niegue dicha complejidad, más aun cuando ni siquiera acudió al acto del juicio, quedándose en meras manifestaciones de los propios empleados de la demandada sobre el contenido de la información verbal prestada, no superando, por tanto, los estándares requeridos por la jurisprudencia para entenderla como suficiente.

Respecto a las anotaciones manuscritas insertas en el contrato (f. 45), de ellas no se deduce, en ningún caso que la ~~Sra. Cedeñer~~ entendiera lo que estaba contratando, sino más bien todo lo contrario, puesto que simplemente se anota un ejemplo muy básico de lo que le intentaban vender, siendo muy distinta la realidad financiera del producto adquirido, lo que se puede deducir del resultado final del mismo.

Respecto a la complejidad del producto, la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre ésta, tal y como se refleja en la resolución transcrita, lo cual, a su vez queda refrendado por la pericial obrante en autos y unida a los folios 46 y ss.

Por último y respecto a la imputación que realiza la demandada en cuanto al perfil de

la ya ha dicho claramente el Alto Tribunal, entre otras en la referida Sentencia de 17 de enero de 2018, que tampoco cabe concluir que la supuesta consideración del cliente como profesional, exima a la entidad financiera de sus obligaciones de información, puesto que el mero hecho de tener determinados cargos en varias empresas, no acreditando la entidad financiera que estemos ante una experta financiera, produce que la administradora comprendiera lo que realmente se le estaba ofreciendo.

En consecuencia de lo expuesto, no cabe más que desestimar los motivos de apelación estudiados, quedando, por ende, vacío de contenido el último de los motivos alegados y que se refería a las acciones ejercitadas de manera subsidiaria por la actora, por lo que confirmamos la resolución de primer grado en todos sus extremos.

CUARTO.- En cuanto a las costas de la alzada, la desestimación del recurso de apelación determina que se impongan a la parte apelante, a tenor de lo establecido en los artículos 398.1 y 394.1 ambos de la LEC.

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

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Banco Popular Español, SA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valencia en fecha 24 de febrero de 2017, en autos de Procedimiento Ordinario seguidos con el número 1458 de 2015, **CONFIRMAMOS** la resolución recurrida con imposición de costas de alzada al apelante.

Dese al depósito constituido el destino legal procedente.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el

ROLLO N° 358/17

artículo 477.2.3° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Con fecha _____, una vez firmada por todos los Magistrados componentes de la Sala, ha sido leída y publicada la presente Sentencia, estando celebrando Audiencia la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia y expidiéndose testimonio para el Rollo de su razón, con esta fecha. Doy fe.