

Roj: SAP GC 1192/2013
Id Cendoj: 35016370042013100193
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 4
Nº de Recurso: 936/2011
Nº de Resolución: 218/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA ELENA CORRAL LOSADA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA SECCIÓN CUARTA

Rollo nº: 936/2011 Asunto: Juicio Ordinario nº 2063/10 Procedencia: Juzgado de Primera Instancia No 10 de Las Palmas.

Ilmos. Sres.- PRESIDENTE: Doña Emma Galcerán Solsona. MAGISTRADOS: Doña María Elena Corral Losada (Ponente). Doña María de la Paz Pérez Villalba.

SENTENCIA

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 7 de junio de 2013.

VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 18 de julio de 2011 pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas en el procedimiento referenciado (Juicio Ordinario nº 2063/2010) seguido a instancia de DÑA. Marina , D. Luis María y DÑA. María Dolores , partes apelantes, representados en esta alzada por la Procuradora doña RUTH ARENCIBIA AFONSO y asistidos por el Letrado D. OCTAVIO SUÁREZ SILVA, contra CAIXA DE AHORROS DE GALICIA DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA, parte apelada, representada por la Procuradora DÑA. Mª LOENGRI GARCÍA HERRERA, siendo ponente la Sra. Magistrada Doña María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 10 de Las Palmas, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: « Que desestimando la demanda formulada por el procurador de los Tribunales Doña Ruth Arencibia Afonso en representación de Doña Marina , Don Luis María y Don Héctor , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra, condenando a los actores al pago de las costas del juicio». SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 18 de julio de 2011, se recurrió en apelación por la parte demandante, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de DÑA. Marina , D. Luis María y DÑA. María Dolores . Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente, y seguidamente se elevaron las

actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. Habiéndose solicitado el recibimiento a Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -2-

prueba en esta alzada, se acordó la práctica de la admitida, señalando al efecto día y hora para la vista y deliberación, votación y fallo. TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora formuló demanda en la que se pretendía la declaración de nulidad del contrato "cobertura sobre hipoteca suscrito y que se acompaña como Documento nº 3", con carácter subsidiario la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en dicho contrato y consiguientemente la nulidad de éste, que en ambos casos se condene a la entidad demandada a abonar a los actores la cantidad de 1.672,93 euros, suma a la que ascienden las liquidaciones cargadas en cuenta a la fecha de presentación de la demanda (doc. Nº 4 a 6) así como reintegrar a los actores las liquidaciones que se efectúen tras la interposición de la demanda, restándose, en su caso los abonos que se puedan producir, con devengo sobre dichas cantidades del interés legal del dinero, y con carácter subsidiario de los anteriores pedimentos, que se declare la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado incluida en el contrato adjunto como documento nº 3, sin que ello afecte a la nulidad de éste, para que teniendo por instada la cancelación anticipada del contrato se acuerde la misma sin que de ello resulte obligación de pago de cantidad alguna para la parte actora y a favor de la entidad demandada y condenando a la actora a reintegrar a los actores las cantidades que la misma haya cargado en cuenta en concepto de liquidaciones devengadas a partir de la presentación de la demanda y respecto del contrato, restando, en su caso, los abonos que se pudieran llevar a cabo, más el interés legal del dinero desde la fecha de su cargo, solicitándose también con carácter subsidiario que se declarara resuelto el contrato con reintegro de las liquidaciones devengadas a partir de la presentación de la demanda y respecto del contrato, restando, en su caso, los abonos que se pudieran llevar a cabo, más el interés legal del dinero desde la fecha de su cargo. En la demanda, tras exponer que se firmó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el día 4 de abril de 2007 a interés variable (inicial del 5% para luego variar anualmente mediante la aplicación de un diferencial de 0,90 sobre el euribor hipotecario, aunque en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se estableció un doble límite a la variación del tipo de interés de forma que el mismo nunca pudiera resultar superior al 9,75% ni inferior al 3,25%), se explica que un empleado de la demandada se dirigió a ellos al formalizarse la operación de préstamo que alertó a los actores ante el riesgo que asumían al contratar una hipoteca a tipo variable en cuanto al incremento del tipo de interés a abonar y consiguiente aumento de la cuota mensual del préstamo" para a continuación aconsejarles la suscripción de un producto de cobertura del riesgo "que resultaría beneficios para su hipoteca, dadas las previsiones de evolución al alza de los tipos de interés que manejaba la entidad", indicándoles que era similar a un seguro, que del contrato era gratuito y del mismo no se derivaría pago alguno para ellos y exponiéndoles que "a pesar de que el producto contemplaba un plazo de vigencia determinado, ello no era óbice para que pudiera renovarse a su vencimiento; sin perjuicio de lo cual, si en un momento dado decidía cancelarlo (por ejemplo, por hacer lo mismo con la hipoteca), en ningún caso ello le supondría pagar cantidad alguna", explicaciones dadas verbalmente sin que se le facilitara o mostrara documento alguno que recogiera las características del producto, por lo que los actores suscribieron el producto "sin que entonces se les facilitara copia del contrato,

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

al indicárseles que la misma tenía que ser suscrita por la oficina en la que los actores tenían su cuenta corriente, que era la de calle Franchy Roca 11 bis de Las Palmas de Gran Canaria". Que durante 11 meses se les hizo un abono en la cuenta por importe de 31,51 euros bajo el concepto "Liquidación Coberturas T.I. 35137621" y que a partir de junio de 2008 la demandada procedió a Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -3-

efectuar mensualmente hasta septiembre cargos en cuenta por importes diferentes y en distintos días del mes sin que se giraran bajo el mismo concepto que los abonos precedentes, sucediéndose a partir del 1 de octubre de 2008 a abril de 2009 cargos por importe de 10,60 euros con el mismo concepto, y el 19 de mayo de 2009 se efectuó un nuevo cargo, esta vez por 10,68 euros por el mismo concepto que los cargos de los meses junio a septiembre de 2009. Se añadía que al reparar los actores en los cargos en cuenta se dirigió Dña. Marina en la oficina de la demandada requiriendo explicaciones sobre los mismos y ante dicha reclamación fue la entidad demandada la que propuso "reestructurar la operación" para lo cual "ofreció cancelar la operación anterior y suscribir un nuevo contrato, del que se aseguró que otorgaría una mayor cobertura para la hipoteca, de forma que con los abonos que recibiera de la entidad, se compensarían los intereses de más pagados en la hipoteca, así como los cargos en cuenta que se había efectuado hasta la fecha en la operación reclamada", "insistiendo a la Sra. Marina que en ningún caso se iban a producir esta vez pagos por su parte y que igualmente el contrato podía ser cancelado en cualquier momento, sin que le supusiera coste alguno", diciéndole que le remitirían la documentación para la firma a la oficina de Vecindario lo que se efectuó el 26 de mayo de 2009 "viéndose obligada Dña. Marina a suscribir la misma en nombre de su esposo e hijo, a requerimiento de la entidad y por encontrarse éstos de viaje por aquel entonces", entregándosele tan solo el documento número 3, copia de la documentación suscrita por la actora tal y como le fue facilitada. Que en los meses inmediatos no se produciría ninguna anotación en cuenta con relación al nuevo contrato y que fue transcurrido más de un año, el 22 de junio de 2010 cuando la entidad demandada comenzó a efectuar cargos en cuenta, cargando el 22 de junio de 2010 239,31 euros, el 2 de julio de 2010 238,91, el 1 de agosto 238,90, el 1 de septiembre 238,90, el 1 de octubre 238,90, el 12 de noviembre 239,11 y el 1 de diciembre 238,90 euros, por lo que los demandantes se dirigieron a reclamar siendo cuando se les explicó que la operación suscrita el 26 de mayo de 2009 se había visto "afectada" por la bajada experimentada por los tipos de interés y que como consecuencia del contrato se les podrían hacer cargos y no sólo abonos. Se solicitaba la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, señalando que no se le indicó a los actores en ningún momento que del contrato podían derivarse pagos por su parte y a favor de la entidad demandada, que además los distintos tipos o barreras establecidas en el contrato son fijados por la entidad demandada presumiblemente en base a un estudio previo realizado por la misma sobre la evolución de los tipos de interés, estudio que no pone a disposición de su cliente evidenciado una posición de ventaja de la entidad sobre su cliente que presta consentimiento sobre una relación negocial que ha predispuesto la parte contraria una vez ha fijado las condiciones del mismo en base a sus propios estudios y por tanto teniendo datos sobre el riesgo que para ella representa la contratación, sin que el cliente tenga capacidad para llevar a cabo sus propios estudios emitiendo su consentimiento en base a la confianza depositada en la entidad.

Resalta que además el tipo "mínimo" del 2,135% que la entidad demandada fijó para la primera anualidad del segundo de los contratos resultaba claramente perjudicial para el cliente en el momento de la suscripción (26 de mayo de 2009) pues el valor entonces del euribor hipotecario era

notablemente inferior al tipo mínimo que tenía que pagar el cliente (1,771%), pero que además la evolución del euribor hipotecario por entonces era claramente a la baja y se fijaba en el contrato un tipo mínimo incrementado para anualidades futuras (3,5%-4,15%). Que la entidad, siendo los actores clientes minoristas, no entregó documento alguno informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido, que en ningún momento se les informó de que cuando el índice de referencia se situara por debajo del "límite o barrera establecida por la entidad" sería el cliente quien tendría que compensar a la entidad. Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -4-

Se añadía que la cláusula relativa a la cancelación era nula, que al exponerse las características de la operación a la Sra. Marina la entidad demandada indicó que la misma podía ser cancelada en cualquier momento, sin que ello le supusiera el pago de contraprestación alguna, y de hecho, para cancelar la primera de las operaciones los actores no tuvieron que pagar nada. Que el contrato no concreta en absoluto cuáles serán las consecuencias de la resolución anticipada pues hace referencia tan sólo a "las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución", sin que en la información facilitada verbalmente se hiciera referencia a la existencia de un coste cancelación. Que en todo caso en la demanda se solicitaba la resolución anticipada del contrato (por cancelación anticipada pero sin coste) y que además la entidad demandada había incumplido sus obligaciones contractuales puesto que no había cumplido su obligación de informar al cliente acerca de los elementos esenciales del contrato entre ellos la posibilidad de que del mismo se deriven pagos por su parte a favor de la entidad demandada.

En los fundamentos de Derecho se invocan los arts. 1265, 1266, 1288 y 1303 del Código Civil, los artículos 8-d y 18 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (R.D. Legislativo 1/07), la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (MIFID 1), su transposición por la ley 47/2007 de 19 de diciembre que reforma la ley 24/88 del Mercado de Valores (citando el art. 79 de dicha Ley, así como los arts. 78 bis y 78 ter), el Real Decreto 217/2008 (citando sus arts. 60, 61, 62 y 64). La sentencia recurrida desestimó totalmente la demanda y contra su desestimación se alza la parte actora, que insistiendo en lo alegado en la demanda precisa que la juez a quo yerra en la valoración de la prueba, que la juez a quo "llega a la conclusión de que ambos contratos tienen por objeto estabilizar los riesgos del préstamo hipotecario", cuando esos riesgos y su fluctuación ya se preveían en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria al fijarse un suelo del 3,25% y se agravaban con la doble barrera introducida por el contrato de "rotación", que además el nuevo contrato se ofreció como una fórmula para compensar a los actores los perjuicios hasta entonces ocasionados a raíz de su reclamación y que lo ofreció la propia Caja "para dar una solución a un problema que ya tenía el cliente", planteándose a la actora como única alternativa sin coste alguno, como declaró el representante legal de la entidad, cuando lo que se ofreció al cliente para solucionar su problema comportaba condiciones aún más gravosas para los clientes que las contempladas en el contrato precedente (la barrera señalada para que las liquidaciones del banco fueran negativas para éste se subían del 4,55% al 5,75% y para la práctica totalidad de las anualidades sólo se reducía 0,4% (del 4,55% al 4,15%) la barrera a partir de la cual las liquidaciones resultaban negativas para la entidad, estableciéndose además una progresión al alza respecto del tipo mínimo cuando ya le constaba entonces a la demandada la acentuada evolución a la baja que estaba experimentando el tipo de referencia que había pasado de un valor del 5,248% al 1,771% en abril de 2009. Insiste en que no se informó adecuadamente del producto y en que las condiciones de éste eran incluso más gravosas que las fijadas en el contrato

anterior al fijarse un tipo mínimo y máximo que además hacía que el funcionamiento del contrato difiriera del anterior (contra lo que se les dijo a los actores) resultando mucho más complejo, teniendo los actores nulos conocimientos en materia financiera y consintiendo éstos bajo la indicación de que el nuevo contrato, ofrecido como solución, resultaría al menos más favorable que el anterior cuando claramente era más desfavorable. Insistiendo especialmente en la condición de minorista de los actores y en el incumplimiento de la obligación de información precontractual claramente impuesto por la ley, entendiendo que concurren todos los requisitos para apreciar la concurrencia del deudor y que además no puede calificarse a los actores como incumplidores cuando la parte demandada sigue adeudando en su cuenta mensualmente las liquidaciones derivadas del contrato suscrito. Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -5-

SEGUNDO.- Pese a que las entidades de crédito vienen sosteniendo en diversos procesos que no son de aplicación las normas de protección de inversores que se comprenden en la Directiva MIDIF 2004/39 y en la Ley del Mercado de Valores a los swaps de intereses que dichas entidades ofertaron a los prestatarios de préstamos hipotecarios (como son los dos contratos que se ofertaron por la entidad a los demandantes) y que la comercialización de swaps de intereses no comportaba servicio de asesoramiento al inversor (que reforzaba las exigencias de información al inversor sobre todas las circunstancias relativas al producto ofertado y la información de que la entidad disponía sobre el riesgo objeto de cobertura) por ofertarse de modo vinculado a contratos de préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que debe rechazarse totalmente dicha interpretación parcial y sesgada respecto a un producto de inversión complejo y cuya concertación comportaba extremado riesgo (hasta el punto de que de ser un pretendido instrumento de "cobertura de riesgos" se ha revelado en sus efectos prácticos como un instrumento financiero complejo generador de enormes riesgos - que es el inversor quien finalmente llega a "cubrir" a la entidad de crédito y no ésta a él, ya que la experiencia está demostrando que al menos respecto a los comercializados entre los años 2007 a 2010 el inversor está "cubriendo" el riesgo de bajada de los tipos de interés de la entidad de crédito en lugar de ésta "cubrir" el de alza de los tipos de interés para el inversor y como se refleja en el informe del Defensor del Pueblo obrante a los folios 60 a 62 de las actuaciones-). Las entidades de crédito venían entendiendo que la normativa MIDIF no era de aplicación por serlo la excepción contemplada en el apartado 9 del artículo 19 de la Directiva 2004/39, pero esa sesgada interpretación que vulneraba claramente las normas establecidas para la protección del inversor por la Unión Europea (transcritas en la modificación efectuada en el año 2007 de la Ley del Mercado de Valores) y que intentaron sostener también conjuntamente la CNMV y el Banco de España en su nota conjunta publicada el 20 de abril de 2010 -que ningún valor normativo tiene frente a lo claramente dispuesto en la Directiva y en la Ley- ha sido completamente rechazada por la reciente e importantísima sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11) que ha dejado claramente sentado (como ya había anticipado por otra parte la Comisión Europea) que:

1) La finalidad que se persigue con la Directiva MIFID 2004/39 y las normas nacionales de Derecho interno que la transponen es ofrecer a los inversores un alto nivel de protección (considerandos 2 y 31 de la Directiva 2004/39). 2) Son servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo. Entre dichos servicios y actividades de inversión se encuentra, en la sección A, el asesoramiento en materia de inversión, asesoramiento que consiste en

"la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros", encontrándose entre los instrumentos financieros enumerados en la sección C del anexo (punto 4 de dicha sección) los "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados". En suma: los swaps de intereses son instrumentos financieros complejos (por expresa mención de la Directiva entre ellos) y la oferta personalizada de dichos instrumentos financieros complejos comporta obligación de la entidad ofertante (necesariamente ESI, autorizadas y registradas) de clasificación del cliente, de realización del correspondiente test de idoneidad del inversor, de realización de juicio sobre la adecuación del producto o servicio para el cliente o posible cliente y de advertencia expresa al cliente de que el producto no es adecuado para el cliente, si así lo fuere. 3) El artículo 19 de la Directiva 2004/39, situado entre las "Disposiciones para garantizar la protección del inversor" y titulado "Normas de Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -6-

conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes dispone en sus apartados 4 a 6 y 9 que: "4.- Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. 5.- Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presente servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente. En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. 6.- Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios acuilares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener información o hacer la valoración mociónadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: - que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados, OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. 9.- En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitarias o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo". 4) El artículo 52 de la Directiva 2006/73 clarifica además que: "A efectos de la definición de "asesoramiento en materia de inversión" que figura en el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39/ CE, se entenderá por recomendación personal o una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor. Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar alguna de las siguientes acciones: comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico. Ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero. Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público" 5) La sentencia analiza las dos únicas situaciones de excepción a la necesidad de llevar a cabo la evaluación de la idoneidad del cliente y la conveniencia del servicio que ha de prestarse contempladas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. Rechaza totalmente que a las denominadas permutas de tipos de interés (swaps) se les pueda aplicar la excepción del apartado Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -7-

6 del art. 19 de la Directiva desde que la sola inclusión de dichos contratos en el anexo I, sección C, punto 4 de la Directiva excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. Y respecto a la excepción contemplada en el apartado 9 del artículo 19, a cuya aplicabilidad al caso de oferta separada de permuta de tipos de interés accesoria, vinculada o conjunta con préstamos con garantía hipotecaria se refieren algunas de las cuestiones planteadas al Tribunal, razona que: "39.- A este respecto, el precepto enunciado en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión por parte de las empresas de inversiones, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta. Esto es así con mayor razón puesto que, de conformidad con la rúbrica de la sección 2, que figura dentro del título II, capítulo II, de dicha Directiva, donde se encuentra ubicado su artículo 19, dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores, protección que como se indica en los considerandos 2 y 31 de la misma Directiva, es uno de los objetivos de ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2012, Nilas y otros, C-248/11, Rec. P. I-0000, apartado 48). 40.- Por otra parte, el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 precisa que el servicio de inversión "se ofrezca" como parte de un producto financiero. 41.- Dicho precepto señala asimismo que, si se ofrece un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas como las que allí se mencionan, "dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas" en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. Ahora bien, la utilización del término "además" da por sentado que dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso ÚNICAMENTE SI FORMABA PARTE INTRÍNSECA DE UN PRODUCTO FINANCIERO en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. 42.- En estas circunstancias, debe considerarse que un servicio de inversión sólo se propone como parte intrínseca de un producto financiero, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19, artículo 9, de la Directiva 2004/39, cuando forma parte de ese producto financiero en el momento en que éste se ofrece al cliente". ... 44.- A

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

este respecto, el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero". 6) Pero es que incluso cuando es de aplicación la excepción del artículo 19, apartado 9 de la Directiva 2004/39 porque sí se ha ofertado el servicio de inversión como parte intrínseca del producto financiero sujeto a otras disposiciones o normas en materia de evaluación o de información (en este caso la bancaria y específicamente la relativa a comercialización de productos hipotecarios) si bien esas evaluaciones pueden no coincidir con las enunciadas en los apartados 4 y 5 del artículo 19 de la Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se cuida de precisar que: 47.- Sin embargo, aun cuando el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 no exige que las disposiciones o normas mencionadas en dicho precepto conlleven exigencias idénticas a las obligaciones señaladas en ese artículo, dichas disposiciones o normas deben referirse no obstante, como se desprende del tenor del artículo 19, apartado 9, de la directiva 2004/39, a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. Ahora bien, habida cuenta del objetivo del artículo 19 de la Directiva 2004/39, que, como se desprende del apartado 39 de la presente sentencia es, entre otros, la protección de los inversores, dichas disposiciones o normas deben

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -8-

permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. 48.- Resulta de las precedentes consideraciones que el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004(39 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto DEBE PERMITIR UNA VALORACIÓN DEL RIESGO DE LOS CLIENTES O ESTABLECER REQUISITOS DE INFORMACIÓN que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19."· 7) Se plantea al Tribunal la cuestión de si ofrecer un contrato de permuta a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito es o no un servicio de asesoramiento en materia de inversión, partiendo el Tribunal para darle respuesta de que cuando una empresa de inversión presta asesoramiento en materia de inversión a un cliente dicha empresa debe llevar a cabo la evaluación prevista en el artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39, consistiendo el asesoramiento en materia de inversión en la "prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a los instrumentos financieros" (artículo 4, apartado 1, punto 4 de la Directiva 2004/39), concepto el de "recomendaciones personalizadas" que se precisa en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, con arreglo al cual, concretamente, "se entenderá que una recomendación es "personalizada" si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias

personales", sin que formen parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público. Y concluye el TJUE que: 53.- Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente. 54.- A falta de precisiones en la resolución de remisión respecto a la forma en que los contratos de permuta de que se trata en el litigio principal fueron ofrecidos a Genil 48 y a CHGV, corresponde al tribunal remitente apreciar el posible carácter personalizado de las recomendaciones en relación con dichos contratos, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 y, por lo tanto, la necesidad o no de que la empresa de inversión de ue se trate lleve a cabo la evaluación prevista en el artículo 19, apartado 4, de la Directiva 2004/39. 55.- Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". 8) Por último se plantea al TJUE cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respondiendo el

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -9-

Tribunal que si bien la Directiva no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuales podrían ser esas consecuencias, y que a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10, Rec. P. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). Pues bien, los apartados 27, 28, 31,32 y 33 exponen los conceptos y consecuencias que se derivan de dichos principios (que para DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS están relacionados además con principio de interpretación conforme desarrollado por el TJUE que en innumerables sentencias ha dejado sentado que el aplicador de los diversos Derechos nacionales, sea un juez o una Administración, debe hacer todo lo posible para interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario): "27.- A falta de normas en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las condiciones en que deben abonarse tales intereses, incluido lo referente a su tipo y modo de cálculo (interés simple o interés compuesto). Dichas condiciones deben respetar los principios de equivalencia y efectividad, es decir, no ser menos favorables que las que se aplique a reclamaciones similares basadas en normas de Derecho interno ni estar estructuradas de una forma que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias San Giorgio, antes citada, apartado 12; Weber's Wine World y otros, antes citada, apartado 103 y de 6

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

de octubre de 2005, My Travel, C-291/03, Rec. P. I-8477, apartado 17). 28.- Conforme a reiterada jurisprudencia, el principio de efectividad prohíbe a los Estados miembros hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, Wells, C201/02, Rec. P. I-723, apartado 67, y de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germary y Arcor, C-392/04 y C-422/04, Rec. P. I-8559, apartado 57). . 31.- Al comprobar si se ha respetado el principio de equivalencia en el asunto principal, procede recordar que el respeto de ese principio exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. Sin embargo, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito jurídico. Para comprobar si se respeta este principio le corresponda al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que conoce directamente la regulación de los recursos para obtener una restitución dirigidos contra el Estado, verificar si la regulación procesal destinada a garantizar, en Derecho interno, la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión otorga a los justiciables se atiene a este principio, y examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos de carácter interno supuestamente similares. A este respecto, el órgano jurisdiccional debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Pontin C-63/08, Rec. P. I-10467, apartado 45 y jurisprudencia citada). También recientemente el Tribunal Supremo, en una sentencia dictada el 18 de abril de 2013 en relación con la prestación de servicio de gestión de cartera de inversión (que se equipara por el apartado 4 del artículo 19 de la Directiva en cuanto obligaciones de información y de recomendación personalizada del producto conveniente al cliente a los demás servicios de asesoramiento) ha conocido de una acción de reclamación de responsabilidad contractual por incumplimiento de los Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -10-

deberes de información que la entidad de crédito había de cumplir en relación con la adquisición para la cartera de valores del inversor, aconsejada por el banco, entendiendo el Tribunal Supremo que incurre en dicha responsabilidad la entidad de crédito que ni suministró información completa y clara al inversor ni actuó de buena fe "cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones." es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta". Y añade que "no se acepta la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial que justifica la corrección de la actuación de BBVA en que la normativa reguladora del mercado de valores no impide a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo. Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

y ha sido entendida". Entiende el Tribunal Supremo que "la obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad" y que el cliente "confía, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible". En suma, el banco no informó al cliente cuya cartera gestionaba del riesgo que comportaba la inversión en preferentes de Lehman Brothers y "no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión".

TERCERO.- En el supuesto que es objeto del presente recurso de apelación son hechos probados de los que debe partirse para resolver el litigio los siguientes: El 4 de abril de 2007 los actores suscribieron con la caja el préstamo hipotecario adjunto como documento número 1 a la demanda, en el que se fijaba un tipo inicial del 5% para luego variar anualmente mediante la aplicación de un diferencial de 0,90 sobre el euribor hipotecario, aunque en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se estableció un doble límite a la variación del tipo de interés de forma que el mismo nunca pudiera resultar superior al 9,75% ni inferior al 3,25%. En día no precisado en el contrato (folios 249 y siguientes) pero que los demandantes afirman fue el mismo día que firmaron la escritura pública en que se les ofreció sobre la marcha por un empleado de Caixa Galicia firmándolo allí mismo sin que se les entregara copia, se firmó por los demandantes con Caixa Galicia un contrato de swap o permuta de tipos de interés, sin que la parte demandada haya acreditado que hiciera test de idoneidad del cliente para el producto financiero complejo y derivado, Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -11-

que hiciera test de adecuación del producto financiero a las necesidades y hábitos de inversión del cliente y especialmente (dado que aún no había concluido el plazo de transposición de la Directiva MIDIF 2004/39 en esa fecha) que hubiera ofrecido información previa, clara y comprensible a los demandantes sobre las características y riesgos del producto, sobre su objeto y sobre sus consecuencias, sobre la adecuación de este producto para protegerle de subidas y bajadas del tipo de interés (máxime cuando ya en el contrato de préstamo existían barreras de este tipo por la inserción de cláusula suelo y techo, por lo que en principio la protección "adecuada" para el cliente contra la subida de tipos se le habría ofertado como cláusula techo en el mismo contrato), ni sobre la entidad y cuantía a la que podían ascender las pérdidas de los clientes en los distintos escenarios posibles de evolución del tipo de interés ni sobre las previsiones que pudiera tener la entidad de crédito sobre la evolución previsible y razonable de los tipos de interés según la información de que dispusiera la entidad de crédito en el momento de la firma (la cliente manifiesta que le dijeron que era gratuito y que se preveían inminentes subidas del tipo de interés), ni sobre la muy elevada cuantía que podría suponer la cancelación del producto (cancelación anticipada o resolución

anticipada de la que simplemente se dice que se hará una liquidación "en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución" conforme a la fórmula que se establece en la condición general 7ª, sin que ni en la cláusula 5ª ni en la 7ª se advierta que dicha liquidación podría tener un importe muy elevado, superior al coste de cancelación de la mayoría de los productos bancarios y financieros existentes en el mercado). Tampoco consta que se informara a los actores con claridad de que Caixa Galicia por la firma del contrato tenía un conflicto de interés con los inversores a los que estaba ofreciendo el producto, desde que cualquier escenario de pérdida para el cliente comportaba la correlativa ganancia de la Caja (que quedaba al obtener la firma de los demandantes del contrato de swap protegida contra el riesgo de bajada de tipos -bajada que perjudicaría al cliente y beneficiaría a la Caja, que blindaba así el interés que percibiría ante un escenario previsible de bajada de los tipos de interés-), ni que se le informara con claridad de el escenario alcista o bajista de los tipos de interés objeto de la permuta que se planteaba la propia Caja desde los informes y datos que en el mercado financiero se manejaban (y la Caja tuviera a su disposición- sobre dicha posible evolución que es lo que haría conveniente el producto para el cliente -si el escenario era alcista-, porque si el escenario era bajista para quien sería conveniente y a quien cubriría realmente el riesgo el producto sería a la Caja). La demandante declaró en el juicio que lo único que se le explicó era que era inminente una subida de tipos, que era un producto gratuito que no le comportaría coste alguno y que sólo se lo ofrecían a los mejores clientes. Pero no consta información precontractual alguna por escrito, cuya falta no puede perjudicar a la parte actora y comporta la aceptación de la versión de la parte actora sobre lo que se le informó antes de firmar el contrato, pesando la carga de la prueba sobre qué información concreta se le dio a los clientes sobre la entidad de crédito -clasificables como minoristas con máximo grado de protección como inversores-. Firmado dicho contrato de swap desde el primer mes (el de junio de 2007) y durante 11 meses la Caja abonó cantidades fijas mensuales de 31,51 euros en la cuenta de los demandantes, pero a partir de junio de 2008 comenzaron a hacerse cargos por importe de 10,60 euros. Como eso no era lo esperado por los demandantes, Dña. Marina se dirigió a la oficina pidiendo explicación de esos cargos y, cuando se le dijo que eran consecuencia del swap firmado y que seguirían cargándosele, exigió una solución a la situación porque lo que se le aplicaba no coincidía con lo que se le había dicho de que era un producto para los buenos clientes que le protegería ante las subidas de tipos de interés. La entidad de crédito le dijo que la cancelación del producto comportaría un coste elevado. Según declaró el representante de la Caja en el acto del juicio, la Caja ofreció como "soluciones" a los demandantes o

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -12-

bien la cancelación con el coste que correspondiera hasta la finalización del producto o bien la "reestructuración" o "rotación" del producto, manteniendo según el comercial declarante la misma "cobertura". Ofertas claramente personalizadas y que se plantearon a los demandantes como "solución" al problema causado con el otro contrato. Sin embargo esa "solución" no era tal, puesto que la cancelación comportaba un coste elevado (y no era más que imponer el cumplimiento del primer contrato) y en cuanto a la rotación se trataba del mismo producto, con aún mayor complejidad (al introducir doble barrera de tipo mínimo y máximo y establecerse cuatro años más de vigencia -hasta el año 2016 cuando el contrato inicial era hasta el 2012-). El contrato de rotación se firmó por Dña. Marina, en su nombre y en nombre y representación de los otros dos demandantes, el 26 de mayo de 2009, obra a los folios 47 y siguientes de las actuaciones y es el contrato cuya nulidad se pretende en la demanda que sea declarada. De nuevo no consta que se facilitara

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

previamente al segundo contrato de "rotación" información precontractual alguna, ni sobre el producto (que era distinto al inicial, al introducir nuevos factores de complejidad por la doble barrera) ni sobre las razones por las que sería más beneficioso para el cliente (al que se le ofreció como "solución") el nuevo contrato, ni consta que se le ofrecieran distintos escenarios del funcionamiento de este nuevo contrato según escenarios futuros posibles y razonables (por encontrarse dentro de la información de que dispusiera la entidad de crédito sobre previsiones de evolución de las variaciones del tipo de interés en el tiempo de duración del contrato), siendo relevante que ya se encontraba vigente a la fecha de su concertación tanto la Directiva MIFID como su transposición al Derecho interno por la modificación de la Ley del Mercado de Valores por ley 47/2007 de 19 de diciembre. Durante el primer año del contrato inicialmente celebrado no se devengaron liquidaciones negativas ni positivas pero a partir de junio de 2010 los cargos negativos pasaron de ser de 10,68 euros al mes que había sido el más alto del contrato inicial a, como consecuencia del segundo contrato cuya nulidad es la que se solicita, más de 238 euros todos los meses (en la liquidación de solo un mes se comprendía así un importe similar al que había sido la liquidación de todo un año con el contrato anterior). La única información precontractual que existe para la "rotación" del producto es la firma de la "solicitud de reestructuración de cobertura sobre hipotecas" (folio 267) redactada y predispuesta por la entidad de crédito (como se aprecia claramente al tratarse de un formulario en el que lo que se "solicita" se encuentra formulado como "condiciones generales") sin que exprese ni indique en modo alguno en qué puede resultar beneficiosa la nueva cobertura al cliente (salvo que la resolución anticipada de la cobertura vigente no comportará la liquidación del cargo por cancelación anticipada del anterior contrato -que como se observa al contrastar con el contrato firmado en la "rotación" no es tal beneficio ni ventaja puesto que en el nuevo contrato se seguía incluyendo una cláusula en la que se mencionaba que la "resolución anticipada" daría lugar a la liquidación del contrato, sin presentar escenario alguno del coste que podría suponer esa cancelación anticipada del nuevo contrato, y además las condiciones pactadas en las que se produciría resolución anticipada -y su coste- condicionaría gravemente las decisiones que pudiera tomar el cliente para intentar reducir el importe de las cuotas del préstamo en supuestos en que fueran muy elevadas -lo que tampoco se explicaba con claridad al cliente- ya que se provocaría la cancelación y el devengo de esa importante cantidad en los casos de subrogación en el préstamo de otra entidad -en ejercicio de derechos reconocidos al prestatario hipotecario por ley imperativa-, modificaciones del importe del préstamo -por cancelación anticipada parcial o total o ampliación del importe prestado- o incluso modificaciones del plazo pactado. Es decir: en lugar de "cubrir" el riesgo de subida de tipos de interés al cliente, lo que le supondría es que en supuestos de alza del tipo pero por debajo del tipo fijo considerado no podría adoptar las medidas de cobertura de ese riesgo que el contrato de préstamo pudiera ofrecerle sin

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -13-

coste o con costes mucho menores -ampliación de plazo, cancelación anticipada total o parcial, subrogación en el préstamo de otra entidad que ofreciera condiciones de tipo más beneficiosas para el cliente-). La única actividad previa a la firma del contrato de 26 de mayo de 2009 realizada por la Caja que pudiera referirse a un cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva MIDIF y en la Ley del Mercado de Valores son las "solicitudes de datos económicos/patrimoniales" obrantes a los folios 268 a 270 de las actuaciones, hecha el mismo día que se firmó la "solicitud" predispuesta de nueva cobertura del riesgo obrante al folio 267 de las actuaciones. De ella claramente resulta que los clientes ni eran en 2009 ni fueron nunca clientes que por sus circunstancias económicas, hábitos de

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

inversión y exposición al riesgo fueran "idóneos" para adquirir un producto de alto riesgo de generación de pérdidas como lo es un swap de intereses, que los demandantes eran indudablemente clientes minoristas y que merecían el más alto grado de protección y respecto a los que las obligaciones de información eran especialmente relevantes dada la asimetría de conocimiento con la contraparte sobre los elementos relevantes para calibrar la conveniencia del producto (en particular, previsiones de evolución del tipo de interés que les permitieran apreciar si tenían efectivamente algún riesgo que cubrir y la entidad que dicho riesgo podría comportar -esencial para determinar el tipo fijo que con la información disponible en el momento de contratación sería conveniente a sus intereses asumir-). De los folios 268 a 270 de las actuaciones resulta que los demandantes son una camarera de piso (obrero especializada en hostelería) de ingresos netos mensuales de 894,67 euros, un empleado agrícola con ingresos netos mensuales de 990,79 euros y un "autónomo" de hostelería -camarero- con ingresos variables mensuales netos de 2000 euros. Sin embargo la entidad de crédito ni les pregunta por su formación, ni sobre sus conocimientos financieros y sobre productos financieros, ni sobre las inversiones que pudieran haber realizado con anterioridad. La demandante, camarera de piso y firmante del contrato "rotado" (en su propio nombre y en representación de los otros dos demandantes, su esposo e hijo) ha declarado que nunca había invertido en nada y que sólo tenía la cuenta en la Caja y préstamos, y a ello habrá de estarse. Y sobre ello resulta evidente que la entidad de crédito no debió siquiera ofertar a los clientes un producto de esta complejidad y riesgo de pérdida (otros instrumentos de cobertura de riesgos de alza de tipos de interés existen -seguros, tipo fijo, flexibilidad de condiciones de pago en plazo y cancelación anticipada, etc.- que no precisarían un conocimiento de la evolución previsible y actualizada del mercado de tipos de interés en el cliente, y que no comportaran un conflicto de interés tan claro como el presente entre el ofertante del producto -beneficiado cuando el cliente pierde- y el cliente -perjudicado cuando el ofertante gana-, asegurando el riesgo del cliente sin necesidad de que éste asegurara el de la entidad de crédito). Omitió el test de idoneidad en el contrato de rotación que habría obligado a la entidad a clasificar al cliente como minorista de conformidad con lo dispuesto en el art. 78 bis de la LMV (test sustituido por los formularios obrantes a los folios 268 y 270 de cuyas respuestas no cabía otra clasificación para los clientes que las de minoristas sin experiencia alguna en productos derivados -y en particular en swaps- alguna salvo el contrato del que querían "salir" y para el que la rotación se les ofreció como "solución"), omitió también el test de conveniencia exigido por el art. 79, bis 8 LMV y el art. 73 del RD 217/2008 de 15 de febrero incluso cuando la iniciativa de contratar parta del cliente y les ofreció personalmente un producto financiero complejo sin que conste acreditado qué información precontractual pudo dar sobre el objeto y contenido del mismo y sobre el alcance económico al que podrían ascender las obligaciones contractuales que aceptarían los clientes, sin presentarle "simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual" (en palabras literales del fallo del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 19 de marzo de 2013 dictada en Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -14-

relación con acción de cesación de cláusula suelo -de similar estructura, aún integrada en el préstamo, al swap-), en una actividad que ha de calificarse de asesoramiento de inversión y de asesoramiento personalizado, y prestado en claro conflicto de intereses con el ofertante del producto que debía haber asesorado al cliente recomendándole un producto adecuado a sus intereses y favorable a éstos (lo que no se ha acreditado cumpliera, sino que más bien como

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

consecuencia de esa falta de información completa, clara y adecuada, logró obtener el consentimiento para la concertación por los clientes de un contrato que resultó finalmente claramente perjudicial para los intereses de éstos y favorable para la entidad de crédito, que percibía así un interés, el interés variable más el "complemento" por consecuencia del swap, mucho más elevado que el que le hubiera correspondido percibir de no haberse firmado el contrato y que así colocando el producto protegió su propio riesgo de bajada de tipos de interés sin informar claramente al cliente de si tenía información o no sobre previsiones bajistas del tipo de interés que comportarían que el contrato, en lugar de cubrir escasos riesgos de subidas de tipos le harían asumir con un coste elevado riesgos de mucha más entidad que no tendría que afrontar de no haber firmado el contrato). Los clientes por tanto firmaron el contrato, sin una información clara y comprensible sobre el producto y sus riesgos (ni siquiera por la firma del primer contrato, respecto al cual las liquidaciones negativas producidas eran sólo de unos 10 euros mensuales -asumibles para su economía- y por tanto no les podían hacer prever que pudieran llegar a producirse liquidaciones de más de 289 euros mensuales como sucedió con el nuevo producto "ofertado") y lo firmaron sin que la entidad de crédito les hubiera advertido en ningún caso que el producto no era adecuado para su perfil inversor y no lo era por ser complejo y derivado, precisamente porque no se limitaba a cubrir el riesgo del cliente de subida de tipos (que es lo que hubiera cubierto un seguro) sino que hacía asumir al cliente el riesgo que la entidad de crédito tenía de que los pagos por intereses fueran inferiores en un escenario razonablemente previsible de bajada de tipos de interés. Y sin informarles en qué podía resultarles más beneficioso el nuevo contrato respecto al inicialmente concertado. E incurrieron por ello en error, error esencial (puesto que la comprensión de que su interés era totalmente opuesto al de la entidad de crédito en la contratación era esencial para prestar su consentimiento, así como la comprensión clara y cabal de la importancia de la pérdida que podrían llegar a tener en caso de bajada de tipos y también en caso de cancelación del producto cuando los tipos estuvieran a la baja) y excusable (porque fue inducido por la entidad de crédito que no les proporcionó la información necesaria e indispensable para comprender el alcance de sus obligaciones y que, sobre todo, les ofertó el producto como "la solución" al conflicto provocado por la contratación anterior sin informarles de sus previsiones sobre evolución del mercado de tipos de interés, sin asegurarse de que comprendían cabalmente que en ese contrato el banco sólo ganaría si ellos perdían en la contratación -puesto que era contraparte directa y no un mero intermediario de productos ajenos-, sin informarles que el producto no era adecuado para su perfil inversor -lo que no consta conocieran los clientes ni con el primer contrato ni con la rotación- y, tratándose de producto complejo cuya comercialización comporta en todo caso la prestación de servicios de inversión, sin hacerles recomendación alguna del producto más conveniente para sus intereses -que en caso de previsión de escenarios bajistas de tipos de interés según la información de la entidad de crédito obligaría a la entidad a no recomendar el producto-).

CUARTO.- Como señala el profesor D. SERGIO NASARRE AZNAR en su artículo "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria" publicado en el número 727 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, "los swaps provocan una técnica financiera de hedge u ocultación para paliar o minimizar determinados riesgos que son asumidos por el otro contratante (la swap counterparty) a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación". En los Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -15-

contratos objeto del presente procedimiento el banco asumía el riesgo de subida de tipos a cambio de que los clientes asumieran el de bajada de tipos, sin ofrecer a los clientes información alguna sobre la entidad de los riesgos asumidos por cada parte y sin que se informara claramente a los clientes de que la estructura misma de los contratos que les ofreció podía suponer que fuera el interés de la entidad financiera que les vendía el producto el que más se "aseguraba" ante la evolución previsible a la baja de los tipos de interés (para cuya evaluación la entidad de crédito contaba con departamentos completos especializados en valoración de riesgos, examen diario de la evolución actual de los tipos de interés y formulación de previsiones sobre su previsible comportamiento futuro) y que se "aseguraba" precisamente a costa y contra el interés del propio cliente al que se le ofertaba como beneficioso para él (cuando de no prever que las liquidaciones futuras serían favorables para la entidad difícilmente ésta asumiría y desde luego no ofertaría un contrato que por sus propias condiciones comportaba que para que fuera beneficioso para el cliente debía ser perjudicial para la entidad). D. FERNANDO ZUZUNEGUI, en el artículo "Negociación de swaps por cuenta propia" publicado en el número de junio de 2012 de la Revista de Derecho del Mercado Financiero, señala respecto a este tipo de swaps ofertados por las entidades de crédito en relación con la cobertura de riesgos de fluctuación de tipos de interés de los préstamos hipotecarios que les vinculaban con el cliente contraparte, que "se trata de una venta asesorada en la que el banco diseña y recomienda el producto y lo negocia dando al cliente la contrapartida". Que la obligación legal de ofrecer productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés impuesta por el art. 19 de la Ley 36/2003 lo era con el fin de "atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés propios del mercado financiero", pero que dicho precepto nada dice sobre que deba ser un swap el instrumento ofrecido y que "de hecho hay otros instrumentos que cumplen más fielmente el mandato legal como la compra de una opción (cap), a cambio del pago de una prima" y que "de ofrecerse un swap habrá que advertir al cliente que hay otros instrumentos que ofrecen una mejor cobertura, y que el swap tiene el riesgo de tener que asumir pagos cuando bajen los tipos, y que la cancelación anticipada en esas circunstancias tiene un coste que puede ser muy elevado". Añade que la existencia de asesoramiento se presupone en la contratación de derivados OTC como los swaps y que "desde la perspectiva del cliente hay un riesgo de mal asesoramiento y deslealtad, de que le ofrezcan productos de cobertura que resultan ser de especulación, o incluso de fraude cuando el producto no cumple una función ni de cobertura ni de especulación", pero que además cuando no se intermedia en el ofrecimiento del swap (supuesto en el que actúa por cuenta y en interés del cliente teniendo prohibido actuar en interés propio, en conflicto con el del cliente, bajo sanción por violación del art. 79 de la LMV, según lo dispuesto en el art. 99 z bis de la misma ley) sino que la entidad de servicios de inversión el ofertante negocia por cuenta propia (servicio de inversión identificado en el apartado c del art. 63,1 de la LMV), y en ese caso genera un conflicto de interés al colocar un producto propio, creado por el propio banco, "autoentrada del comisionista" o asesor en el negocio que, como señala el autor citado, "queda condicionada a la mejor ejecución de la operación de conformidad con su política de ejecución de órdenes, y a la comunicación al cliente del conflicto que supone la autoentrada del comisionista". Y es que, continúa, "según dispone el art. 79 sexies de la LMV, los prestadores de servicios de inversión están obligados a "adoptar las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para las operaciones de sus clientes teniendo en cuenta el precio, los costes, la rapidez y probabilidad en la ejecución y liquidación, el volumen, la naturaleza de la operación y cualquier otro elemento relevante para la ejecución de la orden"" y "esta obligación rige para la negociación por cuenta propia de swaps. El banco prestador del servicio sólo puede dar contrapartida con un producto

propio cuando dicha ejecución suponga la mejor ejecución de la operación. De tal modo que si
Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -16-

en el mercado puede encontrarse una mejor contrapartida debe ser la elegida. Por esta razón, la negociación por cuenta propia de swaps con simultánea contratación de operaciones espejo por parte del banco que da la contrapartida, con un margen no comunicado al cliente puede generar la responsabilidad del banco prestador del servicio. En estos caso, lo correcto, conforme a la obligación de mejor ejecución sería cerrar la operación directamente entre el cliente y el tercero que ofrece la operación espejo, cobrando el banco prestador del servicio la comisión de intermediación publicada en el folleto de tarifas" de modo que se evitara multiplicar las transacciones de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente. Pero es que es más "contratado el swap, el banco continúa vinculado con el cliente como prestador del servicio de inversión de negociación por cuenta propia" y "debe realizar un seguimiento del producto, con una valoración continua que permita avisar al cliente ante una evolución desfavorable que ameace con multiplicar las pérdidas", sin que pueda olvidarse que estamos ante productos derivados que ante ligeras variaciones de los subyacentes, en un efecto leva, multiplican las pérdidas y que "este seguimiento y los correspondientes avisos deben hacerse en interés del cliente, que el interés que debe ser protegido en la relación de intermediación" y que "de hecho, la banca realiza un seguimiento diario de las posiciones y propone continuas reestructuraciones, aunque no siempre lo haga en interés del cliente". Debiendo destacarse que "en la contratación de los instrumentos financieros derivados y en particular los swaps existe una asimetría informativa más elevada que en la contratación de valores negociables por su complejidad, por su iliquidez y por la falta de transparencia que rodea su contratación. De tal modo que su contratación por un cliente minorista presupone la confianza en el intermediario como su asesor financiero" y "es un claro ejemplo de vulnerabilidad del cliente frente al profesional" más cuando "son instrumentos de alto riesgo, productos "rojos" en la terminología de la industria, que sólo se pueden ofrecer a empresas capaces de comprender los riesgos" y que siendo el cliente la parte débil, más cuando es minorista, "el haber adquirido con anterioridad otro swap mal asesorado por el banco no determina la existencia de experiencia a los efectos de considerar adecuado el producto" y que la condición predispuesta que se incluye en el CMOF por la que el cliente declara que actúa por cuenta propia y que para celebrar las operaciones ha realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculos de riesgos y por la que declara ser capaz de valorar los riesgos de las operaciones y conocer y aceptar los riesgos es una "condición predispuesta por la asociación de banqueros y asumida por el banco" por la que "el cliente reconoce algo que no se corresponde con la realidad, que tiene la misma cualificación y los mismos medios que el banco para identificar y comprender los riesgos de los instrumentos financieros derivados en que se van a concretar las operaciones, y que sus decisiones son independientes y están al margen de la información recibida del banco", "cuando la realidad es que se trata de un instrumento ofrecido por el banco en el marco de una prestación de servicios, en la que el cliente minorista carece de "experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos" (art. 78 bis.2 LMV). Y añade que "nunca se advirtió en estos casos a los clientes que el producto podía generar importantes pérdidas y de que éstas eran predecibles atendiendo a las previsiones sobre evolución de los tipos de referencia en el momento de la contratación, previsiones conocidas por los bancos y ocultadas a los clientes" y es que "el banco, tiene medios y cualificación para conocer las previsiones de evolución de los tipos de interés, frente al cliente que carece de esas previsiones. Es

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

obvio que los bancos no saben el futuro, pero son profesionales de las previsiones financieras" y que "en la propia oferta está implícita la previsión del banco sobre la evolución de los tipos".

QUINTO.- En el momento de inicio de vigencia del primer contrato (no obra en él la fecha de firma) no estaba aún en vigor la directiva MIFID (aunque sí estaba aprobada y publicada, y se encontraba próxima la fecha límite de transposición de la Directiva, 1 de noviembre de 2007). Pero incluso Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -17-

entonces estaba en vigor el RD 629/1993 de 3 de mayo y especialmente el clarísimo código de conducta de entidades financieras establecido en el Anexo I de dicho Real Decreto en el que se establecen las obligaciones de las entidades de crédito en la identificación de las necesidades de clientes, información previa del producto y de sus riesgos y especialmente comportamiento en el caso de que pueda existir conflicto de intereses entre la entidad financiera y sus clientes, código de conducta que no consta se hubiera cumplido fielmente. Sin embargo en el momento de firma del segundo contrato, el de rotación, cuya nulidad se postula en la demanda, se encontraba plenamente vigente dicha directiva y la modificación de la LMV operada por la ley 47/2007 de 19 de diciembre, y también eran de aplicación los arts. 64 y siguientes del R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión, sobre información precontractual a clientes minoristas que entre otras cosas exige que se describan la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros incluyendo una explicación de las características del tipo de instrumento financiero y de los riesgos inherentes a ese instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Dadas las características de los clientes y su absoluta falta de experiencia sobre los productos derivados y su falta de información y desconocimiento sobre el objeto mismo del contrato, la entidad del riesgo concreto de subida de tipos de interés (o de la mínima entidad de dicho riesgo de subida por una razonablemente previsible bajada del tipo de interés que se pudiera deducir sobre la información disponible sobre el subyacente), falta de información que no se acredita por la entidad de crédito que se hubiera subsanado diligentemente por ella mediante la exposición clara y comprensible al cliente de los escenarios razonablemente previsibles de subida o bajada de los tipos de interés según la información de que dispusiera la propia entidad de crédito, no cabe sino concluir que el producto financiero ofertado era inadecuado para el cliente (incluso en el caso de escenarios razonablemente previsibles de alza de tipos de interés, pero mucho más cuando el escenario razonablemente previsible lo fuera de bajada de esos tipos, que le favorecería, haciendo en ese caso el producto no sólo inadecuado para el cliente sino totalmente inconveniente para él y contrario a sus intereses - aunque en ese caso, favorable y mucho para la entidad de crédito- y haciéndole asumir riesgos superiores a los que supuestamente se trataba de conjugar con la concertación del contrato). La entidad de crédito, en suma, estaba obligada por norma imperativa a informar al cliente (en este caso 3 personas sin estudios y sin perfil inversor alguno) de que el producto no era adecuado para él y a no firmar el contrato en ningún caso sin haber recibido expresa orden de ejecución del mismo por el cliente en momento posterior a que el cliente hubiera recibido la completa información precontractual referida y una vez la entidad de crédito le hubiera puesto en conocimiento además que el producto no era adecuado para su perfil inversor incluso habiendo recibido la información (información y que no consta recibiera en este caso, pesando la carga de la prueba sobre la entidad de crédito). Si además de lo anterior el escenario de evolución de tipos de interés se hubiera presentado como previsiblemente bajista desde el conocimiento que del mercado tuviera la entidad

de crédito (entidad que a estos efectos presta servicios de inversión) la entidad de crédito ni siquiera podría haber recomendado al cliente la suscripción del producto, sino que debía habérsela desaconsejado expresamente (por muy favorable que fuera para la entidad de crédito, que en el concreto supuesto del swap que se contempla en estos autos era la contraparte en franco conflicto de interés con su cliente, ese escenario de evolución previsiblemente bajista) -sin que en este supuesto se haya acreditado cuales fueran las concretas previsiones que la Caja pudiera haber tenido en el momento de suscripción de los contratos sobre la previsible evolución del mercado de tipos de interés, que es notorio que finalmente ha tenido un comportamiento claramente bajista al menos desde septiembre de 2008 hasta la actualidad-. Es más, para recomendar el producto de Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -18-

"rotación" tendría que haber expuesto y razonado la entidad de crédito a los clientes el porqué dicho nuevo producto era más beneficioso para el cliente que el anteriormente suscrito, lo que no sólo no hizo, sino que ni siquiera la Sala puede concluir de la sola comparación del clausulado de ambos contratos. No alcanzamos a poder afirmar o negar siquiera que este segundo contrato pudiera ser más beneficioso para los demandantes que el inicialmente firmado por ellos (y lo cierto es que vistas las liquidaciones mensuales que generó, en sus consecuencias prácticas acreditadas les resultó mucho más gravoso que el primero). El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2009 (relativa a otros productos financieros, depósitos estructurados de alta rentabilidad) declaró la nulidad de los contratos por infracción de los requisitos de claridad y sencillez exigida por los artículos 5,4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10,1,a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por no haberse ajustado la contratación bancaria realizada a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto dicha contratación había vulnerado las obligaciones de información y transparencia previstas en la misma, confirmando la posibilidad de que una vulneración de normativa administrativa es susceptible de conllevar la nulidad del negocio jurídico estipulado por aplicación de lo previsto en el art. 6,3 del CC en atención a la normativa de dicha normativa administrativa. En el mismo sentido se han pronunciado las STS de 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010. Y es que las normas de conducta establecidas en la LMV ya desde 1993 (y mucho más desde la entrada en vigor de la Directiva MIDIF desde la transposición de dicha normativa al Derecho interno español) constituyen, como expone FRANCISCO REDONDO TRIGO en "La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID", publicado en el número 723 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, "un mandato imperativo destinado a proteger a los inversores que actúan en los mercados financieros", puesto que su función reside "en la disciplina del mercado de valores, protegiendo a los inversores como hemos visto, así como evitando posiciones de abuso o de dominio que pudieren darse por empresas con un alto conocimiento de las reglas y funcionamientos de dichos mercados frente, en determinadas ocasiones, a inversores desconocedores casi por completo de dichos aspectos, así como de la reglamentación no sólo jurídico-pública sino también jurídico privada del negocio jurídico estipulado, donde por propia definición del instrumento financiero en el seno de su marco regulatorio, el ámbito de la autonomía de la voluntad queda constreñido en aras de la propia transparencia y claridad que ha de presidir la contratación en tales mercados de valores". Es desde esta perspectiva, desde la función que persigue la regulación de las obligaciones de información y asesoramiento en la prestación de servicios de inversión impuesta por la Directiva MIFID y por la Ley del Mercado de Valores, desde la que ha de valorar el juez nacional, como se indicó por la sentencia del TJUE inicialmente citada, de 30 de mayo de 2013, los recursos jurídico

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

privados que ofrece el ordenamiento jurídico interno al contratante minorista que firmó un contrato de inversión en productos financieros complejos sin cumplimiento por la entidad de crédito de las obligaciones contractuales que permitirían asegurar que el cliente efectivamente prestó su consentimiento sin error, las acciones que el ordenamiento jurídico interno pueda poner al alcance de dicho contratante interpretado y aplicado del modo más conforme posible al Derecho comunitario y a las finalidades perseguidas por su normativa, de modo que su aplicación permita garantizar los principios de equivalencia y efectividad. Lo que supone, a juicio de la Sala, que cuando es manifiesto como en el supuesto que nos ocupa que no se ha cumplido la normativa de información precontractual y de asesoramiento de inversión leal e imparcial establecida con carácter imperativo para las entidades de crédito con carácter previo a la oferta personalizada de alguno de los productos financieros complejos, como lo es el swap de tipos de interés, pueda anularse el contrato por infracción de lo dispuesto en norma imperativa (art. 6,3 del CC) como ha hecho el Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/> -19-

Tribunal Supremo en los supuestos citados, pero también por estimación de la demanda en la que se alega error como vicio del consentimiento en que ha incurrido quien consintió la celebración del contrato sin disponer de la información necesaria para calibrar cabalmente el alcance de las obligaciones y consecuencias económicas que para él comportaría el mismo, más aún cuando, como en el supuesto que nos ocupa, quien saldría beneficiada por una suscripción del producto contraria a los intereses del cliente sería precisamente la entidad de crédito que se lo ofertó, que de ese modo blindó su préstamo contra el riesgo de una posible (y quizá hasta previsible) futura bajada de los tipos de interés. Concorre en consecuencia el error en el consentimiento alegado por la parte demandante (e incluso infracción de normas imperativas que justificarían la declaración de nulidad del contrato, como se ha expuesto) y debe por ello estimarse la demanda y con ella el recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- La estimación del recurso y de la demanda comporta la imposición de las costas causadas en la primera instancia a la entidad de crédito demandada sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada, de conformidad con lo que disponen los arts. 394 y 398 de la LEC. Y en virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D^{ña}. Marina , D. Luis María y D. Héctor . contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario nº 2063/201 por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de los de Las Palmas que revocamos, y en su lugar, debemos estimar y estimamos la demanda formulada contra CAIXA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA declarando la nulidad del "Contrato Cobertura sobre Hipoteca" suscrito entre las partes el día 26 de mayo de 2009 acompañado como documento número 3 a la demanda, condenando a la parte demandada a abonar a los actores la cantidad de 1672,93 euros, suma a que ascienden las liquidaciones cargadas en la cuenta de los demandantes en relación con este contrato a la fecha de presentación de la demanda, debiendo igualmente reintegrar los importes que cargue en cuenta a los actores, como consecuencia de las liquidaciones que se efectúen tras la interposición de la presente demanda, restándose, en su caso, los abonos que se pudieran producir, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde las respectivas fechas de cargo o abono, que se verá incrementado en 2 puntos desde la sentencia, con imposición a la parte demandada de las

costas causadas en la primera instancia. No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada. Lévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento. Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra., Dña. María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

RODOLFO