

Roj: SAP LU 238/2014
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lugo
Sección: 1
Nº de Recurso: 636/2013
Nº de Resolución: 154/2014
Fecha de Resolución: 16/04/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO VARELA AGRELO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00154/2014

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

Doña. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO.

Lugo, a dieciséis de abril de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000170/2012**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000636/2013**, en los que aparece como parte apelante, **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA EUGENIA IGLESIAS PENELAS, asistido por la Letrada Sra. FERNANDEZ AMADO, y como parte apelada, **Doña. Marcelina, D. Hugo, Doña. Mónica, D. Jaime y D. Julio**, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. ANDRES CORRAL ALVAREZ, asistido por la Letrada Doña. SILVIA MIGUEZ PEREIRA, sobre nulidad contractual, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha *30 de Septiembre de 2013 el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Lugo, dictó sentencia* en los referidos autos cuya parte dispositiva dice: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Corral Álvarez en representación de D^a Marcelina , D. Hugo , D^a Mónica , D. Jaime y D. Julio frente a la entidad Banco Popular Español S.A. debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (IRS) suscritos por la entidad demandada con los demandantes, en las fechas que refiere en el suplico de la demanda y condeno a la entidad demandada a pasar por esta declaración con los efectos que procedan, condenando igualmente a ambas partes a la restitución recíproca de las prestaciones de conformidad con las liquidaciones producidas con los correspondientes intereses legales. Con expresa condena en costas a la parte demandada."

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Se ejercitan en estos autos por varios clientes de Banco Popular sendas acciones acumuladas de nulidad contractual del producto IRS, permuta financiera o SWAP.

La sentencia de instancia estima la pretensión actora y contra dicha decisión judicial plantea recurso de apelación la entidad financiera demandada y civilmente condenada.

SEGUNDO.- El visionado del video permite a la Sala compartir la valoración probatoria efectuada con mejor inmediación por el juzgador "a quo" la cual explica en su sentencia en un razonamiento lógico, coherente con su resultado, y sin fisuras, sin que en los argumentos del apelante se encuentren motivos que finalmente lleven a la sustitución del criterio imparcial del Juzgador, por el legítimamente interesado del apelante.

En efecto, no ha quedado acreditado que la entidad bancaria advirtiese a los clientes, a los que ofreció este producto complejo, en debida forma, de los riesgos que llevaba aparejado.

TERCERO.- En el recurso de apelación se aduce en primer lugar la cuestión de la indebida acumulación de acciones, cuestión que ya fue resuelta por el Juzgador de instancia "in voce" en la Audiencia Previa en los términos exhaustivos que constan en la grabación de dicho acto procesal y que se dan por reproducidos para evitar reiteraciones.

En efecto, estamos ante un producto que se ofreció por determinadas sucursales, a determinados clientes, siguiendo un mismo patrón, lo que comporta una similitud sustancial que hace viable su acumulación en el mismo procedimiento, al amparo del *art. 72* (existe un nexo por razón de la causa de pedir), sin que el hecho de que sean distintas sucursales enerve tal conclusión al responder a directrices superiores de la entidad en donde radica la planificación de su comercialización indebida.

CUARTO.- En segundo lugar, se argumenta en el recurso que la acción se habría extinguido al haberse convalidado y ello al haberse procedido a la cancelación anticipada, en unos casos, y al no haber manifestado su disconformidad a las primeras liquidaciones, otros.

Es conocido que para para que un acto propio pueda tener efectos vinculantes ha de ser inequívoco en su interpretación.

Estos productos bancarios novedosos eran desconocidos para el público y resulta excusable y no puede entenderse como renuncia a ejercitar una acción como la presente, el que se cancelase para cesar el daño que el mismo comportaba, o que se demorase la reclamación. Ello se hace mas evidente si lo ponemos en relación con la defectuosa información previa, que lógicamente comporta, cuando aflora el daño, un periodo de confusión, consultas y gestiones perfectamente compatibles con el posterior ejercicio de una acción de nulidad contractual, cuando se toma conocimiento del engaño padecido.

QUINTO.- Pasando al fondo del asunto, ha de señalarse que el Derecho Privado clásico en el que la Autonomía de la voluntad constituía un pilar básico, ha ido evolucionando para dar respuesta a las nuevas realidades sociales que en el devenir histórico se han venido produciendo.

Así ocurrió en relación con los consumidores usuarios y en lo que ahora interesa con los consumidores de productos bancarios y de inversión.

Ya la *Constitución de 1.978 estableció en el art. 51* claras prevenciones a los legisladores en este sentido y posteriormente Leyes como la de las Condiciones Generales de la Contratación y la de Defensa de los Consumidores y Usuarios vinieron a desarrollar los principios de la buena fe y la proscripción del abuso de derecho, ya existentes en la Teoría General del Sistema Jurídico positivizada en el Título Preliminar del Código Civil.

En esa continua lucha por alcanzar la Justicia a través del Derecho el clamor social ante situaciones abusivas encontró en no pocas ocasiones la sensibilidad de sentencias judiciales pioneras que supieron abrir el camino para adecuarse a una realidad social mas rápida en su progresiva complejidad que la respuesta del legislador.

Tales consideraciones vienen a colación al analizar lo ocurrido en los años de la contratación de productos como el que nos ocupa. En efecto, solo desde la atalaya del momento actual se toma conocimiento para la mayoría de lo que entonces ocurrió, pues resulta llamativo comprobar como en los primeros años de la profunda crisis vivida afloró una explosiva comercialización de productos complejos y hasta entonces desconocidos para la gran mayoría de usuarios bancarios. Igualmente ilustrativo es ahora comprobar que lo que se vendía para proteger, favorecer, dar mas rentabilidad, o suscitar la sensación de elegido como cliente preferente, en realidad era una forma de asegurarse mas rentabilidad ante la tendencia descendente de los beneficios, dotarse de recursos propios, endosando el riesgo a humildes ahorradores, o favorecer una tranquilidad propia vendiéndola como ajena.

En efecto, se comercializaron como depósitos, lo que en realidad era deuda perpetua sin liquidez (preferentes y subordinadas), como seguros frente a subidas de tipos, lo que en realidad eran apuestas en unas condiciones unilateralmente impuestas ocultando información; productos estructurados, sin advertir de los riesgos y ocultando que muchos de ellos nacían con un valor liquidativo inicial ya negativo para el cliente; y se introdujeron en contratos tan sensibles socialmente como los destinados a la financiación de la primera vivienda, cláusulas abusivas como las cláusulas suelo, intereses de demora desproporcionados, redondeos, etc. con la única intención de asegurarse ganancias sin importar los perjuicios que ello pudiera suponer a los clientes.

Sabiendo lo que hoy sabemos porque así lo ha dicho ya el Tribunal Europeo, nuestro Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo y la mayoría de nuestras Audiencias, resulta explicable que el legislador haya tenido que ir apuntalando y perfeccionando ese ordenamiento consumerista tuitivo para tratar de evitar que, tales abusos, que tanta alarma han producido, vuelvan a repetirse.

Pues bien, esa realidad social que se acaba de describir viene a poner en cuestión el brillante, razonado y bien estructurado recurso de apelación, pues no podemos partir de la presunción de que lo que se vendía era una protección frente a las subidas del Euribor, sino que se vendía un producto complejo, que podía producir con mucha probabilidad graves pérdidas a clientes minoristas sin perfil inversor y que no sabían lo que en realidad estaban contratando.

El Jefe de Estudios de BBVA en Octubre de 2.007 ya pronosticó la curva descendente de tipos que se avecinaba, confirmando lo que en la misma línea había indicado el entonces Ministro D. Pedro Solbes, unas semanas antes.

Pero es que no se explica de otro modo esa repentina comercialización de este y otros productos si no fuese porque los analistas de las entidades anticipaban la recesión y consiguiente tendencia a la bajada de los tipos para luchar contra la desaceleración.

Por tanto, se comparte con la apelante que los contratos de permuta financiera de tipos de interés tienen causa y objeto, pero se discrepa en que tales elementos del contrato versasen sobre la protección del cliente, sino del banco, que fue el que ofreció los mismos, y aconsejó una apuesta desde una posición informativa privilegiada.

SSEXTO.- La reciente *sentencia del pleno de la Sala 1ª nº 840/2013 de 20-01-2014* de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo ya señaló que la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista, no experimentado, en su relación con el proveedor de servicios financieros.

Además la sentencia confirma la calificación del SWAP como producto financiero complejo que se deduce de la exclusión contemplada en el *art. 79 bis a) de la L.M.V.*

Interesa también traer a colación la *STS nº 244/2013 de 18-4-2013* de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá sobre la aplicación de la MIFID (en la interpretación de las obligaciones de la empresa proveedora de servicios aunque no hubiera sido traspuesta en nuestro país), y ello porque ya el T.J.U.E. señaló que la interpretación del derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (*sentencia de 8 de octubre, de 1.987, caso Kolpinghuis Nijmegen - asunto 80/86*). Recuerda nuestro alto Tribunal que la Sala ya había utilizado directivas cuyo plazo de transposición no había terminado, como ocurrió en la *sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 8 de Noviembre de 1.996, que utilizó la Directiva 93/13 CCE, sobre cláusulas abusivas en contrato celebrado con consumidores para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

Pero es que además el *art. 7 del código Civil* establece el deber general de la buena fe, y en los principios del Derecho Europeo de Contratos, se recoge igualmente esa buena fe contractual con la consiguiente obligación de informar de los riesgos que tal contratación comporta. Se trata, en definitiva, que se produzca una "decisión informada", y no resulta de lo actuado que tal exigencia haya sido colmada por la entidad bancaria.

Especialmente interesante también para el caso que nos ocupa es la lectura del fundamento de derecho 9 de la *STS d 20-01-2014*, ya reseñada, pues viene a establecer que tendrá la consideración de asesoramiento financiero la recomendación de suscribir un SWAP con la consiguiente obligación específica de información que ello comporta.

Pero es que aunque se considere un derivado vinculado a un producto bancario, no por ello dejaría de ser aplicable la buena fe, y la lealtad en la contratación siendo significativa de su no concurrencia la existencia de cláusulas suelo en los productos hipotecarios aquí vinculados que limitaban los improbables beneficios para el cliente e incrementaban los probables beneficios del oferente.

SÉPTIMO.- En relación con la inexistencia de una supuesta inversión de la carga de la prueba en caso de infracción de normativa de mercado de valores, resulta nuevamente sugerente y brillante el contenido del recurso.

Pero dicho argumento no puede ser acogido por esta Sala que ya se ha pronunciado sobre la cuestión en múltiples ocasiones en sentido contrario.

En efecto, entiende la Sala que la ausencia de información como hecho negativo que aduce el demandante no tiene que ser probado por este atendiendo a las reglas del *Art. 217 de la LEC* pues la facilidad probatoria está en quien comercializa un producto de esta clase con

las exigencias explicativas que ello comporta, que, en consecuencia, ha de estar en condiciones de acreditar que cumplió con esa diligencia o soportar las consecuencias de la falta de prueba. En este mismo sentido puede verse la *sentencia de 418/2013 de la Sección 15* de la Audiencia de Barcelona precisamente en un supuesto de SWAP.

OCTAVO.- El siguiente argumento se proyecta sobre el incorrecto uso o aplicación de la interpretación jurisprudencial del error en el consentimiento como causa de nulidad.

La Sala no comparte la argumentación del recurso en cuanto proyecta la doctrina del error sobre el supuesto de hecho de forma legítimamente interesada.

La pregunta es si estas personas hubieran contratado de conocer los riesgos que el producto tenía, es decir, si supiesen las liquidaciones negativas y gastos de cancelación que podían generarse. Si la respuesta es negativa es evidente que el error se proyecta sobre la esencia del contrato e invalida el mismo.

La repetida sentencia del T.S. de Enero de este año, lo explica mucho mejor al señalar... "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocado y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero."

Se trata de un error excusable porque la complejidad del producto comporta que el Banco que es quien lo crea o comercializa tendría que explicar el significado del mismo en toda su amplitud, esto es, advirtiendo de las consecuencias que pueda llevar aparejadas, y poniendo encima de la mesa toda la información sobre tendencias de mercado que dispone. Mal se puede entender que un deudor hipotecario ordinario que únicamente pretende cubrirse contra un riesgo de subida de tipos pueda "motu proprio" acceder a la completa inteligencia de un contrato que, en no pocas ocasiones, los propios vendedores no saben explicar con claridad.

NOVENO.- Procede imponer las costas al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación.

Se confirma la sentencia apelada.

Se imponen las costas al apelante.

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

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los *artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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