

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
LEON**

SENTENCIA: 00323/2018

Modelo: N10250
C/ EL CID, NÚM. 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52
Equipo/usuario: YFD
N.I.G. 24089 42 1 2017 0004840

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000363 /2018

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 de LEON

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000520 /2017

Recurrente: BANKINTER, S.A.

Procurador: J Abogado:

Recurrido:

Procurador: SERGIO FERNANDEZ-CIEZA MARCOS, SERGIO FERNANDEZ-CIEZA MARCOS

Abogado: JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN, JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN

SENTENCIA Nº 323/18

Ilma. /os. Sra. /es:

D^a. Ana del Ser López. – Presidenta

D. Manuel García Prada. – Magistrado

D. Ricardo Rodríguez López. – Magistrado

En León, a 14 de septiembre de 2018

VISTO ante el Tribunal de la **Sección Primera** de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el **recurso de apelación civil núm. 363/2018,**

en el que han sido partes **BANKINTER, S.A.**, representado por el procurador D. José–Miguel Ramos Polo bajo la dirección de la letrada D.^a María–José Cosmea Rodríguez, como **APELANTE e IMPUGNADA**, y **D. x y D. ^a x**, representada por el procurador D. Sergio Fernández– Cieza Marcos bajo la dirección del letrado D. Juan–Luis Pérez Gómez– Morán, como **APELADOS e IMPUGNANTES**. Interviene como **Ponente del Tribunal** el **ILTMO. SR. D. Ricardo Rodríguez López**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – En los autos núm. 520/2017 del Juzgado de 1^a Instancia número 2 de LEÓN se dictó sentencia de fecha 19 de marzo de 2018, cuyo fallo, literalmente copiado, dice:

«1. Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Fernández Cieza Marcos en nombre y representación de x contra BANKINTER S.A. DEBO:

a) Declarar la nulidad del contrato de “intercambio de tipos de interés” suscrito el 20 de septiembre de 2005.

b) Debo condenar a la demandada al abono a los actores de 1.673,89€ más gastos y comisiones generados por la operatividad el contrato, y el interés legal desde el devengo de cada cuota.

2. Debo condenar a la demandada al pago de las costas procesales».

SEGUNDO. – Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por BAKINTER, S.A. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a D. x, que

solicitaron su desestimación e impugnaron la sentencia. Admitida a trámite la impugnación, se dio traslado a la apelante, que solicitó su desestimación. Se sustanció el recurso por sus trámites, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se designó Ponente del tribunal al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López.

TERCERO. – Las actuaciones se recibieron en la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal el día 4 de septiembre de 2018, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia recurrida estima la demanda, declara la nulidad del contrato de permuta financiera y condena a la demandada a restituir el saldo resultante de la anulación de dicho contrato.

La entidad financiera demandada interpuso recurso de apelación, y alegó como motivos, la caducidad de la acción, la inexistencia de vicio del consentimiento e incongruencia de la sentencia, que no se pronuncia sobre la improcedencia de la acción por ejercicio antisocial de la acción y prescripción.

Los demandantes impugnan la sentencia para que se fije la cuantía del procedimiento en 30.964,16 euros.

SEGUNDO. – Sobre el recurso de apelación.

1) Caducidad de la acción.

Tal y como se indica en el recurso de apelación, el contrato de permuta financiera venció el día 26 de octubre de 2015, por lo que, al momento de presentación de la demanda, no había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil para la caducidad de la acción.

Tal y como se indica en la sentencia 89/2018 del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de febrero:

«De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr “desde la consumación del contrato”.

» 3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato».

2) Sobre el error invalidante.

No aprecia este tribunal error en la valoración probatoria de la sentencia recurrida, que comparte este tribunal.

En el recurso de apelación se hace mucho énfasis en el carácter fijo de las cuotas para justificar la comprensión del producto, cuando, precisamente ese especial énfasis, es el que lleva a presentarlo como “seguro”. La cuota sí es fija, pero la consecuencia es que el inversor puede recibir liquidaciones positivas o tener que pagarlas negativas. Se trata de un producto especulativo que puede llegar al inversor a perder toda o gran parte de la inversión realizada, de carácter complejo y de alto riesgo, según calificación que resulta de la Ley del Mercado de Valores y así se refleja, entre otras muchas, en la sentencia antes citada.

La comercialización del producto se realizó sin cumplir con elementales deberes de información, y así se pone de manifiesto en la sentencia recurrida:

«Valorando la prueba practicada no tanto el interrogatorio, del que se puede concluir que se indujo los demandantes a aceptar incluso a empezar a pagar mensualmente 15€ más bajo el temor de subidas de tipos, sino la documental y la testifical de la empleada de la demandada que refiere igualmente la transmisión de información de tendencia alcista de tipos, refiere también la utilización de términos confusos como “seguro” aun a sabiendas que no lo era, y declarar no haber puesto sobre la mesa las posibilidades de cancelación y sobre todo el coste de la misma, y sobre todo la documental que no permite considerar que aporte información suficiente y adecuada para comprender la dinámica efectiva del producto complejo contratado, que no fue acompañado con las oportunas explicaciones realizando diversas simulaciones de diferentes escenarios tanto de subidas como de bajadas, documental

que tampoco permite inferir la efectiva y suficiente información sobre el coste de cancelación del producto conforme al criterio jurisprudencial expresado anteriormente, premisas que permite inferir también la presunción de error como vicio de consentimiento, presunción no desvirtuada por la demandada y cuya carga probatoria a ella incumbe, art. 217 LEC, valoración probatoria que lleva implícita la presunción de error como vicio del consentimiento conforme a la previsión establecida en la Sentencia de 20 de enero de 2014 en la cual se establece, además de dicha presunción, que "El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV a la normativa anterior imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, 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 equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero ", sin que pueda ser considerado dicho error como inexcusable conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de mayo de 2016 al señalar "Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba».

Las genéricas valoraciones de recurso de apelación no desvirtúan, en modo alguno, las conclusiones expuestas en la sentencia recurrida. Se hace especial hincapié en el recurso en la información escrita, confundiendo contratación con información: lo que se suscribe es

el contrato. Y confundiendo información con mera entera de documentación: falta de antelación y transparencia en la transmisión de la información. En definitiva, se omite lo esencial: indicar que no es producto seguro, sino complejo y de alto riesgo, que las fluctuaciones de los tipos de interés son bastante acusadas, con información sobre la evolución de los tipos de interés en los (por ejemplo) últimos diez años, para que el cliente pueda comprender si el referencial fijado está o no está por encima de la media. En definitiva, no se le indica lo esencial: la concreta variabilidad de los tipos de interés; es obvio que el tipo de interés fluctúa, pero se ha de indicar cómo, y con ejemplos, para que el inversor sepa si el referencial de la permuta financiera se ajusta a un promedio razonable o si, por el contrario, se sitúa por encima, en perjuicio del inversor, lógicamente.

Ante la falta de una concreta información, clara y transparente, en lugar de otra enmascarada entre un cúmulo de farragosos documentos y facilitada sin antelación suficiente, no se puede entender transmitida la precisa y exigible información y, lo que es más importante, se confunde facilitar información con que esta pueda ser percibida por el inversor de modo que pueda evaluar la conveniencia de aquello que contrata.

3) Sobre la incongruencia en relación con el abuso en el ejercicio de acción y su prescripción.

En el recurso de apelación se alude a incongruencia de la sentencia, que no resuelve sobre las cuestiones planteadas en relación con el abuso en el ejercicio de la acción y su prescripción, pero a pesar de tal omisión no solicitó complemento de la sentencia.

Para hacer valer una infracción procesal a través del recurso de apelación es preciso denunciarla en el momento procesal oportuno (art. 459 LEC) que, en el caso de la incongruencia omisiva, es el trámite previsto para complemento de la sentencia. Tal y como se indica en la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2012 , para denunciar la incongruencia omisiva es preciso agotar previamente las posibilidades de subsanación mediante la solicitud de complemento de la sentencia prevista en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Así, la STS 11- 11-2010 establece que *"ante la incongruencia por omisión, la recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia esta infracción mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el artículo 215.2 LEC -que utilizó para otras cuestiones- y que hubiera permitido su subsanación"*.

En este sentido, la sentencia de la Sección 28ª de la AP de Madrid de fecha 8 de febrero de 2013, recurso 672/2011 , dice:

«Así resulta de una consolidada jurisprudencia, de la que cabe señalar como exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2010 , la cual, con cita de las de 12 de noviembre y 16 de diciembre de 2008, señala: "El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva. En el mismo sentido, con referencia al recurso extraordinario

por infracción procesal, las sentencias del Alto Tribunal de 11 y 28 de mayo de 2012, con abundante cita jurisprudencial, entre las más recientes».

Y, con base en lo expuesto, llega a la siguiente conclusión:

«La no utilización del mecanismo apuntado, por lo tanto, constituiría un óbice de índole procesal que impide entrar en segunda instancia al enjuiciamiento de la pretensión».

En relación con lo expuesto precisamos que la Jurisprudencia establecida no se refiere al recurso de casación como recurso extraordinario, sino por directa aplicación de normas generales de los recursos: las partes han de hacer valer las infracciones procesales mediante su denuncia en la forma prevista legalmente, porque si se arbitra un cauce procesal para evitar una situación de indefensión la nulidad no es imputable al órgano judicial sino a la parte no hace uso de él (artículos 215.2, art. 225.3º y artículo 228.1 de la LEC), conforme establece reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 217/98, 26/00, 45/00 y 274/00 entre otras muchas): la indefensión ha de tener una incidencia real y efectiva sobre la parte que la alega y no ha de ser debida a su propia pasividad o falta de diligencia.

En este caso, la parte apelante no solicitó complemento de la sentencia, por lo que no puede hacer valer la incongruencia omisiva mediante el recurso de apelación.

TERCERO. – Impugnación de la sentencia.

En el fallo de la sentencia no se emite pronunciamiento alguno acerca de la cuantía del procedimiento, pero, en los dos primeros párrafos del fundamento de derecho segundo se adopta una decisión sobre la cuantía del procedimiento.

Esta decisión, contenida en el fundamento segundo, es cuestionada en el escrito de impugnación de la sentencia. Aunque no se emita pronunciamiento en el fallo al respecto, la decisión adoptada no deja de ser un pronunciamiento contenido en la sentencia, por lo que el tribunal ha de resolver al respecto.

Tal y como se indicó en el acto de la audiencia previa por la juez de 1ª instancia, la cuantía no delimita ni el tipo de procedimiento, ni el régimen de recursos, ni la postulación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 255 LEC, no es procedente resolver sobre la cuantía porque el demandado solo puede impugnarla *“cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación”*. Por lo tanto, no es procedente resolver en el acto de la audiencia previa, y menos aún en la sentencia, que no tiene por objeto delimitar la cuantía del procedimiento.

La cuantía del procedimiento solo podría tener relevancia en relación con la tasación de costas, en tanto en cuanto los derechos del procurador se fijan en atención a la cuantía y los honorarios del letrado se guían por criterios que la tienen en cuenta. Ahora bien, cualquier controversia al respecto se ha de resolver con la tasación de costas o con su impugnación, pero la cuantía del procedimiento no se puede impugnar

en el curso del proceso salvo cuando de su concreta determinación dependa el procedimiento a seguir o la procedencia del recurso de casación.

Dado que en la sentencia recurrida se adopta una decisión sobre la cuantía, aunque no sea en el fallo, el apelante tiene derecho a impugnar cualquier decisión de la sentencia que le pueda afectar, aunque no tenga correspondencia en el fallo. En este caso, se solicita fijar la cuantía del procedimiento conforme a la cuantía indicada en la demanda. Este tribunal no puede acceder a ello por las razones apuntadas, pero sí puede dejar sin efecto la decisión adoptada sobre la cuantía que ha sido impugnada. Por ello, se puede afirmar que la estimación de la impugnación es parcial, en tanto en cuanto se deja sin efecto la cuantificación impugnada, pero tampoco se resuelve sobre el fondo de la cuestión por inadmisibilidad procesal: la impugnación de la cuantía no es admisible y, por ello, se revoca la decisión adoptada en la sentencia al respecto, sin entrar a resolver sobre la cuestión controvertida, por no ser el momento procesal oportuno.

La decisión de este tribunal se sitúa en el ámbito de congruencia exigible: se revoca la decisión adoptada –como así se solicita, y por razones procesales de orden público– pero sin resolver sobre el fondo; precisamente, para no incidir en la misma infracción procesal a la que se ha aludido anteriormente.

CUARTO. – Sobre las costas del recurso de apelación.

A) En relación con el recurso de apelación.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Rige, por lo tanto, el principio de vencimiento objetivo que implica la condena del apelante al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto y totalmente desestimado.

B) En relación con la impugnación de la sentencia.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará al pago de las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

III. FALLAMOS

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por **BANKINTER, S.A.**, y **se ESTIMA EN PARTE** la impugnación de **x y D. ^a**

x

, deducidos ambos contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2018, dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, **se REVOCA únicamente para suprimir y dejar sin efecto los dos primeros párrafos del fundamento de derecho segundo de la sentencia**, confirmándola en todo lo demás, con expresa condena del apelante al pago de las costas generadas por el recurso de apelación y sin expresa imposición de las costas generadas por la impugnación de la sentencia.

Se declara perdido el depósito que pudiera haberse constituido por la apelante, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea:



beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.