

VALENCIA

NIG: 46250-42-1-2019-0022633
Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL] Nº395/2020- R -**
Dinamía del Juicio Ordinario [ORD] Nº 000672/2019
Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE VALENCIA

A apelante: BANCO SANTANDER S.A..
Procurador.- Dña. PAULA CARMEN CALABUIG VILLALBA.

A apelado:
Procurador.- Dña. MERCEDES MARTINEZ GOMEZ.

SENTENCIA Nº 202/2021

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA

Magistrados/as

D. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA

D. MANUEL JOSE LOPEZ ORELLAN

En Valencia, a veinticinco de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA, los autos de Juicio Ordinario [ORD] 672/2019, promovidos por SANTANDER S.A. sobre "Incumplimiento contractual e indemnización por daños y perjuicios", pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador Dña. PAULA CARMEN CALABUIG VILLALBA y asistido del Letrado D. ALVARO ALARCON DAVALOS contra IDP LAMP SHADES, S.A., representado por el Procurador Dña. MERCEDES MARTINEZ GOMEZ y asistido del Letrado D. DIEGO SOLE MARTINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE VALENCIA, en fecha 24 de febrero de 2020 en el Juicio Ordinario [ORD] 672/2019 que se tiene dicho, dictó sentencia conteniendo el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Que desestimo la excepción planteada por la parte demandada y entrando en el fondo del asunto ESTIMO LA DEMANDA formulada por de la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Martínez Gómez en representación de la entidad financiera Banco de Santander representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Paula Calabuig Villalba, asistida de letrado, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia, DECLARO el incumplimiento contractual por parte de la demandada por los motivos referenciados en el cuerpo de la presente resolución y condeno a la demandada a que indemnice por los daños y perjuicios causados a la actora en la cuantía de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA EUROS (155.790 euros) más los intereses legales. Con expresa imposición de costas al demandado."

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de BANCO SANTANDER S.A., y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación de la Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 19 de mayo de 2021.

TERCERO.-

Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

a, entabla en este procedimiento demanda contra Banco Popular Español SA (sucedido posteriormente por la entidad Banco Santander SA), ejercitando la acción de rescancimiento de daños y perjuicios por incumplimiento contractual conforme al artículo 1101 del Código Civil respecto a

un contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) suscrito en fecha de 4-4-2007, interesando la condena de la entidad demandada al pago de 155.790 euros.

La entidad demandada contestó a la demanda alegando la concurrencia de cosa juzgada; estar cancelado voluntariamente dicho negocio, implicando la acción deducida un retraso desleal; prescripción de la acción de daños y perjuicios; inmovilidad de la acción entablada por no haber incumplimiento de una obligación contractual; no concurrencia de los requisitos de la acción ex artículo 1101 del Código Civil, no siendo de aplicación la normativa Mifid por ser un producto bancario y no de inversión.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia tras rechazar la cosa juzgada y la prescripción de la acción, estima la demanda y el incumplimiento contractual de la entidad demandada condenando al pago de 155.790 euros en concepto de daños y perjuicios.

Banco Santander SA interpone recurso de apelación sustentado en los siguientes motivos que ahora meramente se enuncian en: 1º) Existencia de cosa juzgada material (artículo 222 Ley Enjuiciamiento Civil) en relación con la preclusión del ejercicio de nuevas peticiones en procedimiento posterior conforme al artículo 400 Ley Enjuiciamiento Civil; 2º) Improcedente acción de responsabilidad contractual con indemnización de daños y perjuicios como artificio procesal para salvar la institución de la caducidad de la acción de anulabilidad; siendo en todo caso inviable por supuestos incumplimientos de deberes precontractuales; 3º) Estar la acción entablada prescrita; 4º) No ser viable una acción de responsabilidad contractual en un contrato vencido; 5º) No aplicación al caso de la normativa MIFID; 6º) No concurrir los requisitos exigibles del artículo 1101 del Código Civil para prosperar la acción entablada; porque no concurre un perjuicio económico imputable a la demandada; falta de nexo causal entre la conducta culpable o negligente y el daño; cumplimiento de todas las condiciones contractuales; solicitando la revocación de la sentencia por otra que desestime la demanda.

La parte demandante interesó la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia.

SEGUNDO.-

La primera cuestión para analizar por este Tribunal radica en la cosa juzgada que la parte demandada apelante reitera con apoyo en el artículo 222 en relación

con el artículo 400 de la Ley Enjuiciamiento Civil, en atención al procedimiento judicial que previamente había tenido lugar entre las mismas partes y por igual relación contractual.

Dicha excepción fue rechazada en el acto de la audiencia previa y este Tribunal va a ratificar tal decisión de la Juez de Instancia.

El Tribunal observa que

L planteó ante los Juzgados de Quant de Poblet una acción de anulabilidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) concertado en 4-4-2007 por error vicio en el consentimiento contra Banco Popular Español SA tramitándose el proceso ordinario nº 330/2016 ante el Juzgado Primera Instancia nº 2 Quant de Poblet que concluyó por sentencia nº 179/2017 desestimatoria de la demandada por apreciarse la caducidad de la acción.

En el actual procedimiento, si bien las partes son las mismas (Banco Santander SA es causahabiente por sucesión universal de Banco Popular Español SA) y refiere al mismo contrato, en cambio la acción y pretensión resulta diferente, porque se ejercita una acción de incumplimiento contractual y una pretensión de daños y perjuicios, no una restitución de prestaciones a causa de los efectos de la nulidad estructural del contrato.

Por tanto, no es de aplicar el artículo 222 de la Ley Enjuiciamiento Civil dado que la acción y causa de pedir es diferente de la deducida en el anterior proceso y tampoco la preclusión en el ejercicio de la acción y pretensión actual, ex artículo 400-2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, al no haber sido deducida en el anterior proceso y la deducida ante el Juzgado Primera Instancia de Quant de Poblet, resulta totalmente diferente a la actual.

La interpretación más acorde con dicho precepto en relación con el artículo 222 de la Ley Enjuiciamiento Civil y el instituto de la acumulación de acciones en la Ley Enjuiciamiento Civil, que es meramente potestativa, para el demandante que no preceptiva o imperativa, dada la clara referencia enunciada a la pretensión que se deduce, como diáfana y literalmente inicia el artículo 400, es que las alegaciones fácticas y fundamentos de derecho de lo que se pide, deben ser planteados en la demanda que fija dicha pretensión; pero ello no significa que en la demanda deban plantearse todas las pretensiones que puedan deducirse contra la misma demandada y que de no hacerse estas pretensiones ya no podrán ser reclamadas judicialmente. Por eso como ha afirmado el Tribunal Supremo (Sentencias 21/2/2015; 4/2/2016 y 21/6/2016, entre otras), el artículo 400 afecta a "Las causas de pedir no

deducidas pero deducibles, no a las pretensiones deducibles, pero no deducidas". la preclusión no se extiende a las pretensiones deducibles, pero no deducidas, porque el precepto refiere a la prohibición de plantear nuevos hechos o fundamentos respecto a una misma pretensión. Por tanto, si la acción entablada es distinta y la pretensión diferente a la entablada, peticionada y resuelta en el anterior proceso, aunque se hubiese podido acumular (incluso subsidiariamente), no viene afectada por la preclusión del artículo 400 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Precisamente en este sentido se alinea y posiciona la sentencia invocada por la parte apelante -por más reciente- del Tribunal Supremo 5/2020 de 8-1-2020, donde claramente expone (además de venir resaltado y subrayado por la parte apelante) que la preclusión del precepto impide de forma negativa deducir de nuevo la misma pretensión apoyándose en hechos y fundamentos jurídicos que si bien diversos están vinculados por el efecto preclusivo, pero resaltando que siempre que la pretensión sea la misma que se dedujo en el proceso precedente.

TERCERO.-

Siguiente motivo refiere a la inviabilidad de la acción del artículo 1101 Código Civil sustentada en el incumplimiento de un deber de información ex contractual. El motivo no es de aceptar.

Para dar contestación a los argumentos de la parte demandada, sobre la viabilidad de esta clase de acción es de señalar que el Tribunal Supremo ha admitido el ejercicio de esta clase de acción en la contratación del mercado de valores, ante el incumplimiento del deber legal informativo y muestra de ello es la sentencia de 30/12/2014, precisamente fallando la acción indemnizatoria de daños y perjuicios (ex artículo 1101 Código Civil) en un contrato de inversión al decir:

<< No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad>>.

Tal criterio ha sido seguido por las sentencias de 10/7/2015, 20/7/2017 y la de 16/11/2017. Se destaca la del Pleno del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017 que aleccionó, claramente, que la infracción de los deberes informativos en el campo de la contratación en el marco del Mercado de Valores puede signar tanto

una acción de nulidad, como de indemnización de daños y perjuicios al decir:

<<No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.>>

Por más reciente la sentencia del Tribunal Supremo de 11-5-2021 dice:

<< ..en otras ocasiones hemos admitido la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios provocados por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento de la empresa prestadora de servicios de inversión que comercializa un producto financiero complejo, cuando como consecuencia de esa información y asesoramiento se conduce al cliente a contratar algo que era inadecuado al perfil inversor y no deseado>>

Que la acción de anulabilidad por error vicio en el contrato esté caducada y por esta razón haya sido desestimada, no elimina como alega la recurrente la viabilidad del ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones ex artículo 1101 Código Civil, dada la diferente causa de pedir entre ambas, su distinta regulación y diversos efectos: la acción del artículo 1101 Código Civil se basa en incumplimiento obligacional, en este caso de la entidad que promueve la contratación del producto de inversión complejo y de riesgo en el mercado de valores; mientras que aquella se asienta en un error estructural en la perfección del contrato. Más aún cuando la sentencia del Juzgado no rechaza esta última acción por entender que la información prestada fue adecuada y suficiente para el entendimiento del producto de inversión, sino por caducidad.

Una cosa es que por ese déficit informativo el cliente no sepa realmente el producto que está contratando y otra diferente es que por el incumplimiento de ese deber u obligación legal (inmerso también en el artículo 1101 del Código Civil, pues las obligaciones también derivan de la ley por mor del artículo 1089 Código Civil) se promueva un contrato que no debió ser realizado y ello genere pérdidas patrimoniales.

CUARTO.-

Paso siguiente es la invocación de la prescripción de la acción por mor del transcurso del plazo de un año ex artículo 1968 en relación con el artículo 1902 del

Código Civil o en su caso por el plazo de tres años del artículo 945 del Código de Comercio.

La Sala va a rechazar el motivo, ratificar el razonamiento y precepto legal aplicado en la sentencia del Juzgado Primera Instancia y va a deslindar las diversas opciones que invoca la parte demandada recurrente.

4.1 No resulta de aplicación el plazo de un año del artículo 1968-2 del Código Civil, porque no nos encontramos en una acción de responsabilidad extracontractual, pues no es ese el ámbito que se relacionan los litigantes sino en un negocio propio del mercado de valores, consumado en sendos contratos que exigen preceptivamente que antes de su perfección se cumplan unos deberes legales informativos.

4.2 Igual suerte debe acarrear la invocación del plazo de tres años fundamentado en el artículo 945 en relación con el artículo 95 ambos del Código de Comercio y la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23/2/2009.

No nos encontramos en un contrato de intermediación; Banco Poplar no intervino en los mentados contratos como agente de Bolsa, corredor de comercio, sino que Banco Popular colocó a la sociedad actora (cliente del Banco) un producto del que es el emisor y por tanto no intermediaria, sino que directamente comercializa un producto propio no de tercero.

QUINTO.-

Alega la parte apelante la inviabilidad de la acción deducida por estar extinguido el contrato, no siendo razonable la interposición de tal acción.

El motivo debe llevar la misma suerte que los precedentes; bastando reproducir lo expuesto, precedentemente, sobre la viabilidad de la acción entablada que es diferente y diversa a la de anulabilidad por vicio en el consentimiento.

La tesis afirmada por la recurrente no tiene apoyo en la cita jurisprudencial colacionada dada se apoya en la acción del artículo 1124 del Código Civil (ámbito de la acción de resolución del contrato o de su cumplimiento) y nada impide aunque este cancelado el inicial producto, exigir con la acción entablada los daños y perjuicios padecidos por el incumplimiento del deber u obligación legal de preceptiva información por mor del artículo 1101 del Código Civil, pues no se exige el cumplimiento del contrato sino la indemnización por transgresión de esa obligación.

SEXTO.-

Paso siguiente en el iter del recurso de apelación es la alegación del error de

la Juzgadora al aplicar la normativa Mifid que invoca no aplicable al swap y no ser un producto de inversión.

La Sala, dada la mezcolanza de la normativa del mercado de valores desplegada en la sentencia recurrida, debe matizar que el contrato se concierne en abril de 2007, época en la que ciertamente no había sido incorporada al ordenamiento interno la Directiva 2004/39/CE denominada MIFID que modificó la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y por tanto no resultaba exigible a Banco Popular los rigores de información más estrictos impuestos tras dicha reforma en el deber de información, en concreto la práctica de la clasificación de sus clientes o los denominados tests de conveniencia e idoneidad.

Ahora bien, a tal fecha el contrato de permuta financiera de tipos de interés estaba bajo la aplicación directa de la normativa del mercado de valores conforme a su artículo 2 y la norma que lo desarrollaba, Real Decreto 629/1993 de 23 de mayo (artículo 5 de su Anexo) que imponían a la entidad comercializadora de esa clase de producto el deber de información para que el cliente perfeccionase el contrato con pleno conocimiento de causa, como además ha sido aplicado en numerosas sentencias el Alto Tribunal precisamente en productos como el ahora enjuiciado (sentencias Tribunal Supremo 13-1-2017,19-2-2018).

SEPTIMO.-

El último motivo del recurso se centra en la no concurrencia de los requisitos del artículo 1101 del Código Civil para poder estimar la acción entablada.

La Sala va a deslindar cada uno de ellos y tratarlos de forma independiente.

7.1. Incumplimiento del deber legal de información.

Siendo un contrato de inversión de riesgo y complejo, inmerso en la normativa específica y especial de la Ley del Mercado de Valores, corresponde a la entidad que lo comercializa cumplir con un exigente deber informativo impuesto por ley (expuesto supra) precisamente para protección del cliente.

La Sala, ex artículo 456 Ley Enjuiciamiento Civil, revisado el contenido de los autos ratifica las valoraciones y apreciaciones de la Juez en el FD Segundo de la sentencia y ratifica tal como afirma y no está desvirtuado por la apelante (siquiera atacado) que el producto (IRS) fue ofrecido y propuesto por la entidad bancaria, en concreto, por su interventor, por tanto, con una clara labor de asesoramiento

(recomendación personalizada) tal como fue fijada y definida por el TJUE en la interpretación de la mentada Directiva en la sentencia de 30-5-2013 (Caso Genil).

No consta información alguna sobre el funcionamiento y riesgo del producto previa a la contratación y muestra de ello es que ante la primera liquidación negativa surge la protesta del cliente.

La parte apelante afirma haber prestado dicho deber y se apoya en la declaración del testigo y la Sala entiende -ex artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil- que tal prueba resulta por completo insuficiente para justificar el cumplimiento de tal deber (que corresponde acreditar a la parte demandada), no solo por la relación directa con la entidad bancaria sino porque, además, fue el responsable directo de la prestación correcta y debida de la información y resulta completamente desajustado y contradictorio, sus contestaciones en el acto del juicio con la "bonanza" del producto, con un dato harto revelador de la disfunción de este producto y por ende de la incorrección de esas explicaciones "verbales" (pero negadas por el representante de la actora), pues estando el IRS relacionado con un préstamo hipotecario, causa de su proposición y colocación, con objeto de equilibrar los riesgos financieros por las posibles subidas de tipo de interés y por ende costes financieros, se observa que el préstamo tenía durante un primer tramo un coste financiero fijo, por ende, no necesitaba de esa operación al no haber tipo de interés variable, como así fija el dictamen pericial aportado con la demanda.

Ese asesoramiento, exija el despliegue de una información previa al contrato para que la entidad (cliente) entendiese y comprendiese el funcionamiento y riesgo concreto del producto. Este deber fue incumplido por Banco Popular Español (como con tino concluye la sentencia recurrida) pues no consta explicación alguna antes de suscribir el contrato, no cumplido por una frase final que dice "la firma del presente documento implica el conocimiento y aceptación por parte del Cliente de las condiciones precedentes como de los específicos apartados para la liquidación de la operación" pues amén de no referir tal frase a información alguna ni a su funcionamiento ni riesgos, no es más que mera declaración de bondad que no real.

Tampoco resulta viable excusar ese incumplimiento en el conocimiento del producto de riesgo por parte de la entidad demandante porque el conocimiento que se exige para tal efecto es el del sector del Mercado de valores, no definido por la mera cualidad de sociedad mercantil o su volumen de negocio y el otro contrato invocado suscrito por otra empresa de la que el Sr. es administrador resulta ser con la misma entidad bancaria y del mismo día, no anterior.

Por tanto, resulta palmario el incumplimiento de la obligación impuesta por la ley.

7.2. El daño

Afirma la parte apelante no haber perjuicio porque lo que abonaba la actora por el IRS se compensaba con lo abonado en el préstamo hipotecario por la bajada de tipos de interés.

Ya se ha expuesto supra que ello no fue enteramente así, y claramente relatado por el dictamen pericial en que se apoya igualmente la sentencia del Juzgado Primera Instancia del Perito economista Sr. Gálvez.

El daño es la cantidad fijada por la sentencia, pérdida patrimonial que tuvo la demandante, porque debió abonar para su cancelación (ante la realidad funcional de dicho producto no informado) el importe establecido unilateralmente por Banco Popular.

Dicha cantidad sustentada en el dictamen pericial está integrada por el resultado global de todas las liquidaciones más el importe de cancelación, luego ya ha se tenido en cuenta en su fijación la liquidación positiva.

7.3. Nexo causal

La parte recurrente afirma no concurrir tal elemento negando el requisito del nexo causal entre la conducta dolosa o negligente y la cantidad reclamada y se apoya en que el supuesto daño deriva de la impredecible variación de tipos de interés, así como de la propia conducta de cancelar anticipadamente el contrato de permuta financiera de tipos de interés.

Pese a tal argumento, igualmente queda acreditado el mentado requisito. No siendo un producto adecuado para la actora, por ende, no debió serle aconsejado, propuesto ni colocado, resulta inadmisibles pretender en esa tesitura que el responsable del daño sea la sociedad actora (cliente del banco) que actuó confiada por la actuación de la entidad bancaria, con lo que la pérdida patrimonial está vinculada directamente a dicha trasgresión legal porque trae consecuencia de ese incumplimiento obligacional.

OCTAVO.-

La desestimación del recurso de apelación conlleva imponer las costas de la demanda a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander SA contra la sentencia de 24-2-2020 dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 1 Valencia en proceso ordinario nº 672/2019 confirmamos íntegramente dicha resolución, imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes, y, a su tiempo, devuélvanse los autos principales al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma, debiendo acusar recibo.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, de conformidad con la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre en su Disposición Adicional Decimoquinta, ordinal 9º, procede la pérdida del depósito, quedando éste afectado a los destinos especificados en el ordinal 10º.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplen las exigencias del art. 477 de la L.E.C., y, en su caso y acumuladamente con el anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, y a tenor de lo establecido en la Ley 37/11 de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal, dichos recursos, habrán de interponerse en un solo escrito ante esta Sala en el plazo de los 20 días contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, con las formalidades previstas en aquélla.

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma. Cértilico.

DILIGENCIA.- Para hacer constar que seguidamente se notifica la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de lexnet a los Procuradores intervinientes en el recurso, haciendo saber a las partes, que en caso de interposición de recurso de casación y en su caso acumuladamente con el anterior recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de VEINTE DIAS y ante este mismo Tribunal, de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J. publicada en el B.O.E. de 4 de noviembre de 2009, la necesidad de constitución del depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 € por cada uno de los recursos que se preparen en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4510 abierta a nombre de este Tribunal en la entidad Santander, acreditando la constitución de dicho depósito al tiempo de interponer el recurso. Doy fe.