

Roj: SAP LU 641/2011
Id Cendoj: 27028370012011100433
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lugo
Sección: 1
Nº de Recurso: 407/2011
Nº de Resolución: 400/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE MARIA MORENO MONTERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

OTRAS MATERIAS CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1LUGO 00400/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

SECCIÓN PRIMERA

Sentencia nº 400/11

Rollo ap. nº 407/11

SENTENCIA

En la Ciudad de Lugo a trece de julio de dos mil once.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados infrascritos, ha examinado el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº Dos de Lugo en los autos nº 1.060/10, de juicio ordinario, promovidos por "Construcciones Neira Pérez S.L." (Abog. Sr. Torres Cascudo; Proc. Sra. Figueroa Herrero) contra "**Banco** de Galicia, S.A.", hoy "**Banco Popular** Español, S.A." (Abog. Sr. Sanz Hernández; Proc. Sra. Iglesias Penelas).

Es Ponente en el caso Su S.^a Itma. Don José María Moreno Montero.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero : El fallo de la resolución objeto de recurso, datada a 18-II-11, dice: "Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora doña Margarita Figueroa Herrero en nombre y representación de la entidad Construcciones Neira Pérez S.L. contra la entidad **Banco** Galicia S.A., y==Declarar la nulidad por inexistencia de la obligación por parte del la actora de abonar a la demandada cantidad alguna por desistimiento anticipado del contrato de permuta financiera suscrito 31 de enero de 2007, contenida en la condición general cuarta del mismo; y==Condenar a la demandada a que restituya a la actora la cantidad que en concepto de prestación de la obligación declarada nula, más los intereses.==Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las cosas causadas en esta instancia".

Segundo : Apela de la Sentencia dicha la parte actora, quien solicita su revocación y que, en lugar de lo dispuesto en ella, se estimen íntegramente sus precedentes pretensiones en el proceso. La parte demandada se opone al recurso.

Tercero : Formado el oportuno rollo, se continuó por sus trámites sin necesidad de vista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero : El recurso ha de ser estimado. De lo actuado en la instancia se desprende que, al igual que en diversos otros casos de "permuta financiera" examinados ya por esta Sección, la información efectiva suministrada por el **banco** a su cliente la actora acerca de tal contrato de "swap", contrato de adhesión, por su creación y redacción a cargo exclusivo del **banco**, y altamente aleatorio, en la medida en que su desarrollo depende de factores variables de difícil comprensión y cálculo por un profano, ha sido meramente formal, e insuficiente, ello a despecho de lo mantenido en el escrito de oposición al recurso, que se compecece mal con la ausencia de documentos de alguna clase en que se plasmasen ejemplos claros y concretos de alternativas y consecuencias de la ulterior fluctuación de los aludidos factores variables.

Como la operación financiera, "permuta financiera", como se la conoce, entra de lleno en las especificaciones y exigencias que se derivan de su inclusión, como instrumento complejo sobre cuyos riesgos el cliente no profesional ha de haber tenido a tiempo un pleno conocimiento de causa, en la legislación aplicable (*Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su actual redacción, debida a la 4/2007, de 19 de diciembre, arts. 2º, 79 y 79 bis; Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ; Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero*), se debe reputar nulo el consentimiento aparentemente prestado por la demandante al examinado contrato de permuta financiera de tipos de interés, ello en virtud de lo establecido en el *art. 1.265 del Código Civil*, toda vez que el error con que la cliente suscribió la operación recaía, sin duda, sobre lo que el siguiente artículo del mismo cuerpo legal denomina "sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato" (cf., por ejemplo, S. AP Burgos 3ª de 10-XI-10, S. AP Pontevedra 1ª de 14-IV-11, S. AP Barcelona 7ª de 17-V-11, S. AP Lugo 1ª de 26-V-11).

Aduce, razonablemente, la parte demandada que la actora y apelante posee amplia experiencia en materia de relaciones con la banca, así como que carece de la condición de consumidor. Cuanto a lo primero, no resulta discutido que, cliente del **banco** litigante desde 1994, "Neira Pérez" no ha contratado más permuta financiera que la aquí examinada. También, por más que no se trate de un consumidor, a los efectos de especial protección contractual dispensada por la ley a consumidores y usuarios, y aún cuando no se diesen los requisitos técnico-económicos para considerarlo un minorista, lo cual no consta en lo actuado en uno u otro sentido, la recurrente bien puede ser calificada de empresa personalista y de nivel pequeño, por lo que había de recibir del **banco** un asesoramiento específico, efectivo y cierto, cuya prueba, no lograda en el proceso, incumbía al segundo.

Segundo : En cuanto a las costas de segunda instancia, y visto lo que disponen los *arts. 398 y 394 de la LEC*, procede no hacer especial pronunciamiento respecto de ninguna de las dos instancias, y ello así, por lo que se refiere a la primera, y pese a la estimación de la demanda, porque, ciertamente, se está ante supuestos muy controvertidos y que vienen mereciendo pareceres varios de los Tribunales.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS:

Que estimando el recurso, debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° Dos de Lugo en los autos nº 1.060/10, y en lugar de lo dispuesto en ella, y con estimación de la demanda en su súplica principal, declaramos la nulidad del contrato de 31 de enero de 2007 entre las partes, condenando a "**Banco** de Galicia, S.A.", hoy "**Banco Popular** Español, S.A.", a restituir a la actora las cantidades a ésta cargadas por razón de dicho contrato, más intereses desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Sin especial pronunciamiento acerca de costas en ninguna de las dos instancias.

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

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos Don José Antonio Varela Agrelo, Don José Rafael Pedrosa López y Don José María Moreno Montero.