

Abogado: OSCAR SERRANO CASTELL
Ref.:
Fuente:
Contra: BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA
Ref.: A126919

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1º
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

NOTIFICADO 02/12/1

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO Núm.

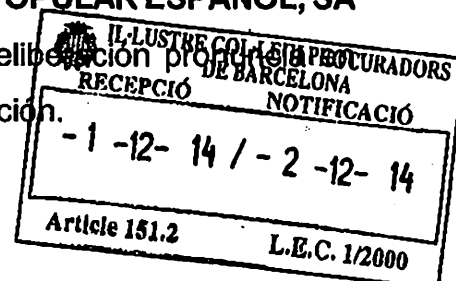
Procedimiento Ordinario núm.

Juzgado de Primera Instancia Núm. DOS de Berga

S E N T E N C I A Nº 548

Barcelona, a veintisiete de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Dª Mª Dolors PORTELLA LLUCH**, **Dª Maria Dolors MONTOLIO SERRA** y **D. Ramón VIDAL CAROU**, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación núm. , interpuesto contra la sentencia dictada el día 1 de octubre de 2012 en el procedimiento núm. , tramitado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. DOS de Berga en el que es recurrente **BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA** y apelado **D.** y previa deliberación propia de los señores magistrados, en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora ELENA GORGÁS, en nombre y representación de _____ contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, representada por la procuradora LOURDES SENSADA declaro la nulidad de pleno derecho del contrato de Permuta Financiera sobre Tipos de Interés de fecha de inicio 19 de septiembre de 2006, y la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de Tipos de Interés Bonificado Doble Barrera, de fecha de inicio de 1 de octubre de 2008, suscrito entre las partes con las consecuencias resolutorias inherentes a tal pronunciamiento y en consecuencia condeno a la demandada a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.L. a la devolución al Sr _____ la cantidad de 12538,44 euros, más todas las cantidades que se hayan devengado y pagado por el Sr. _____ a la demandada desde la interposición de la demanda, más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada"

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Ramón VIDAL CAROU.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

Por _____, que había suscrito un primer contrato de permuta financiera el día 19 de septiembre de 2006 y un segundo el día 1 de octubre de 2008, se presentó demanda frente a BANCO POPULAR para interesar la nulidad de ambos contratos alegando para ello falta de consentimiento atendido que fue inducido a su firma por el director de la sucursal bancaria en el que confiaba, que se lo ofreció como si de un seguro de cobertura frente a la subida de los tipos de interés se tratara, sin explicarle su verdadera naturaleza ni los riesgos que podía acarrear una eventual bajada de los tipos de interés ni los importantes costes que tenía la cancelación anticipada del mismo, contestándose por la entidad de crédito demandada que no era cierto el error en el consentimiento alegado pues el producto no era complejo y que en todo momento le había ofrecido una información adecuada y completa.

La sentencia de primera, tras recordar el marco normativo y los deberes informativos que pesan sobre las entidades de crédito, con cita de la sentencia de 27 de enero de 2010 de la Audiencia provincial de Asturias, y poner de manifiesto la nula experiencia inversora y escasos conocimientos financieros del demandante, terminó estimando la demanda presentada por cuanto de la prueba practicada, con especial mención a la testifical del propio director de la sucursal bancaria, no resultaba acreditado el cumplimiento de dichos deberes de información y, consecuentemente, el consentimiento prestado por el demandante se encontraba viciado por error invalidante.

La anterior sentencia es recurrida en apelación por la entidad de crédito demandada por cuanto (i) no se habían acreditado los requisitos necesarios para estimar la existencia del error, y la sentencia (ii) le atribuía erróneamente la carga de la prueba de dicho error; (iii) hacía suya la fundamentación de la sentencia de Asturias sin advertir que no era de aplicación porque la permuta de

autos no era un producto de inversión sino uno bancario. Asimismo, alegaba (iv) error en la valoración de las pruebas resultante en buena medida de atribuir plena eficacia probatoria a las declaraciones de la parte demandante y menospreciar la del testigo ; y por último, (v) error en la imposición de costas al existir claras dudas de hecho y de derecho en la materia.

SEGUNDO.- Contrato de permuta financiera

Conviene recordar, siquiera brevemente, que el contrato de permuta financiera o swap (del inglés, cambiar) puede definirse como un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado, pudiendo tomar como variables para formalizar dicho intercambio la cotización de tipos de interés (basics swaps), divisas (currency swaps), materias primas (commodity swaps), acciones (equity swaps), etc., de modo que en un swap o permuta financiera de intereses lo que las partes acuerdan es un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses calculados sobre un capital nominal de referencia (nacional), pero con tipos de interés distintos de modo que, por lo general, una parte pague conforme a un tipo de interés fijo y la otra lo hará conforme a uno variable en función de algún indicador, como puede ser el Euribor, tal y como sucede con el primero de los dos contratos de permuta financiera de 'Tipos de Interés (IRS)' que ahora nos ocupan pues, para unos periodo de tres años y un nacional de 166.000 euros, banco y cliente se comprometían a intercambiar pagos anualmente. Concretamente el cliente pagaba siempre el tipo fijo pactado (del 4,261%) y el banco el variable del Euribor (Euro Interbank Offered Rate) a doce meses. Por el contrario, en el segundo contrato que las partes contrataron por un nacional de 15.000 euros y una duración de cuatro años, denominado "Tipo de Interés (IRS) bonificado doble barrera", el funcionamiento es más complejo pues en la banda situada entre el 6,80% y el 3,80%, ambas partes pagan trimestralmente el mismo tipo de

interés, el Euribor a 3 meses pero con una bonificación a favor del 0,15% para el cliente, pero si el referido Euribor rebasa alguno de aquellos porcentajes, que funcionan como barreras en el contrato (de desactivación o 'Knock-out'), el cliente pasaría a pagar un tipo fijo del 6,65 % si el Euribor sobrepasa la barrera superior y otro del 4,80% si se sitúa por debajo de la inferior.

TERCERO.- El error como vicio del consentimiento

Son muchas las sentencias que exponen la doctrina jurisprudencial en esta materia. Entre las últimas encontramos la STS de 20 de enero de 2014: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (...) El art. 1266 del Cci dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (...) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 Cci). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (...) Por otro lado, el error ha de ser (...) excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida'.

Pues bien, la parte recurrente cuestiona en primer lugar que el error que se alega por la parte contratante pueda considerarse excusable pues acreditaba

unos ciertos conocimientos financieros como consecuencia (i) de haber contratado con anterioridad una media docena de productos bancarios, (ii) de haber firmado los dos contratos de permuta financiera en el corto plazo de dos años y (iii) en el hecho de que por el cliente nunca se formuló queja e incluso el primero de estos contratos, el de 19 de septiembre de 2006, le reportó beneficios por lo que no puede decir que desconocía la procedencia y causa de las liquidaciones, señalando asimismo que el actor se ha limitado a alegar la existencia de un error pero no ha desplegado actividad alguna en orden a su prueba y que la sentencia apelada, lejos de exigir al demandante haber observado la diligencia de un ordenado comerciante o cuando menos la de un buen padre de familia, lo trata cual si de un inimputable se tratara pues le hace garante de su actuación, objetivando de este modo su responsabilidad.

Ciertamente, la excusabilidad del error viene siendo el principal escollo a la hora de abordar la nulidad de los contratos de permuta financiera por causa del llamado error vicio pues aun cuando suele construirse a partir de la figura del error provocado y la defectuosa información recibida, la jurisprudencia siempre se ha mostrado rigurosa con su apreciación. La propia sentencia antes citada señala que "la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos" y la de 12 de octubre de 2004 exige que dicho error no pueda atribuirse a la negligencia de la parte que lo alega, es decir, que no fuera evitable con el empleo de una diligencia media o regular (STS 12/10/04) o con la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes (STS 21/11/12), resultando especialmente polémico cuando de contratos celebrados con profesionales o empresarios se trata, cualquiera que sea su actividad (en nuestro caso un estanco), pues la diligencia de un ordenado empresario parece obligar al contratante a recabar el asesoramiento, incluso de terceros, cuando no termine de comprender del todo el producto o servicio que está contratando.

Sin embargo, la citada STS de 20 de enero de 2014, tras señalar que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio" y que la previsión legal de estos deberes "se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas", sienta como doctrina de especial importancia para los contratos de permuta financiera como el que ahora nos ocupa, que los *"deberes de información que pesan sobre la entidad financiera inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente"*.

Y esta doctrina ha sido reiterada por la de 8 de julio de 2014 que resume la doctrina jurisprudencial en materia de contratos de permuta financiera en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.
3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento

del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

CUARTO.- Carga de la prueba del error

Se queja también la parte recurrente de que la sentencia apelada pone a su cargo la prueba del error en que incurre el empresario demandante, que hace una inversión de la carga de la prueba únicamente posible cuando la contratación de la permuta financiera hubiera tenido lugar en el marco de un servicio de asesoramiento financiero o de gestión de carteras, y que dichos servicios nunca llegaron a prestarse.

Sin embargo, este planteamiento tampoco puede compartirse. Al margen de que ofertar un swap jurisprudencialmente está considerado como un servicio de asesoramiento, es doctrina jurisprudencial consolidada que la prueba del error corresponde acreditarlo a quien lo invoca pero cuando la sentencia apelada reputa probado dicho error al no haber dado cumplimiento correcto la entidad de crédito a los deberes de información que la Ley le impone y, consecuentemente, no haber informado al cliente de la verdadera naturaleza del producto y de sus riesgos, entendemos que hace un uso correcto de las reglas sobre carga de la prueba señaladas por el art. 217 LECi por cuanto este Tribunal tiene reiteradamente declarado que corresponde a la entidad financiera acreditar que cumplió con los deberes de información que le impone la Ley y que, consecuentemente, informó de manera clara y suficiente al cliente aquellos extremos, así como que era idóneo para sus necesidades por cuanto esta distribución de la carga de la prueba resulta de la disposición contenida en el párrafo último de dicho artículo que matiza el reparto de las cargas probatorias en función de la disponibilidad y facilidad de cada una de las partes. Y es claro que la demandada se encuentra en mejor situación de acreditar los extremos indicados pues es quien conoce el producto y fue quien además llevó la iniciativa de su contratación. Pero además, y fundamentalmente, porque la expresada carga probatoria se infiere de la correcta aplicación de la Directiva 2004/39/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros ('Markets in Financial Instruments Directive' o simplemente MiFID) la cual fue trasladada a la legislación española mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), con el propósito confesado en su Exposición de Motivos de 'reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores' en atención precisamente 'a la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados'.

Y si en el caso de autos analizamos la prueba practicada en orden a acreditar que la parte demandante fue correctamente informada de la verdadera naturaleza y riesgos del producto ofertado, no podemos más que compartir la conclusión a la que llega la sentencia apelada pues, de entrada, ni tan siquiera hay constancia de que le hubiera facilitado información precontractual alguna con la antelación suficiente para que la parte demandante pudiera evitar su incorrecta interpretación (art. 5.3. Del Código general de conducta de los mercados de valores aprobado por RD 629/1993) o estudiar el instrumento financiero que se le ofrecía y, como dice el art. 79bis.3 de la LMV, tomar su decisión sobre dicha 'con conocimiento de causa'

De hecho, la entidad de crédito recurrente, excepción hecha del test de conveniencia al que luego se hará mención, no ha aportado a los autos ningún documento que acredite haber facilitado explicación alguna respecto de los riesgos asociados al funcionamiento del swap que, debe recordarse, es un producto de inversión intrínsecamente complejo, como lo son todos los productos derivados, por más que la parte recurrente intente restarle complejidad. Es más, aunque llegásemos a aceptar que un swap correctamente explicado resulta sencillo de entender, el problema en autos es precisamente que no consta que fuera correctamente explicado. Por el contrario, de la lectura de los contratos de permuta financiera firmados se desprende la poca claridad que ofrecen a la hora de explicar su objeto y tampoco incorporan o se complementan con las típicas simulaciones o escenarios en función de la esperada evolución futura de los tipos de interés. Señala la recurrente que el director de la oficina sí había proporcionado al demandante una información completa y explicado con gráficos el funcionamiento del swap en escenarios tanto alcistas como bajistas, pero de estos gráficos no existe tampoco la más mínima constancia en autos

Finalmente y en cuanto a los conocimientos financieros del cliente,

señalar que no hay la más mínima prueba de que el empresario demandante tuviera experiencia inversora en productos complejos o derivados como el que nos ocupa. Es más, consta que tan solo había contratado los clásicos productos bancarios de cuenta corriente, préstamos y créditos, y algún que otro leasing, seguro o plan de pensiones, pero no hay prueba alguna de que hubiera invertido en renta variable o en otros activos financieros de riesgo.

QUINTO.- La doctrina de la SAP de Asturias

Crítica la recurrente que la sentencia apelada haga suya la fundamentación contenida en la SAP de Asturias de 20 de enero de 2010 porque dicha doctrina no es de aplicación en autos pues la permuta contratada debía considerarse no un 'producto de inversión' al que resultara de aplicación la normativa MiFID sino un 'producto bancario' diseñado para cubrir el riesgo tipo de interés al que estaba expuesto el demandante por razón de su pasivo, señalando al efecto el acuerdo de la CNMV y el Banco de España de 20 de abril de 2010 que establecía dicha diferenciación y sus consecuencias a partir del art. 79 quarter de la Ley de Mercado de Valores (LMV).

Sin embargo, este motivo de impugnación tampoco puede tener favorable acogida pues la doctrina contenida en la referida sentencia entendemos que resulta perfectamente trasladable al caso que nos ocupa pues, de entrada, el SWAP o permuta financiera se encuentra relacionado en el artículo 2 LMV como uno de los instrumentos o productos de inversión comprendidos bajo su ámbito de aplicación. Además, la nota conjunta en la que la recurrente pretende fundamentar que tiene la condición de 'producto bancario' ha quedado desautorizada por la sentencia de 30 mayo 2013 del TJUE, precisamente dictada con ocasión de varias cuestiones prejudiciales planteadas por el JPI Número 12 de Madrid en relación a unos contratos de permuta financiera cuyo clientes habían contratado para protegerse frente a las

variaciones de los tipos de interés en los productos financieros que tenían suscritos con sus entidades bancarias. En esta sentencia, se deja muy claro que ofertar un contrato de permuta financiera a un cliente con dicha finalidad es un 'servicio de asesoramiento en materia de inversión' y, consecuentemente, deben siempre realizarse al cliente las evaluaciones de idoneidad y conveniencia previstas en la Directiva y que la excepción prevista en la misma, que vendría a corresponderse con nuestro art. 79.quáter, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de modo que dichas evaluaciones no serán precisas tan solo cuando el servicio de inversión forme 'parte intrínseca' del producto financiero y este último producto se encuentre sometido a requisitos de información similares, lo que claramente no acontece en el caso de autos en donde las exigencias informativas para los productos de inversión, -básicamente normativa MiFID- y los productos bancarios son tremendamente dispares y no puede decirse tampoco que el swap de autos forme 'parte intrínseca' del otro producto financiero contratado por el cliente, ya sea un préstamo, crédito o leasing, porque la sentencia del TJUE antes citada ya señala como 'datos indiciarios' de que el instrumento financiero al que se refiere dicho servicio de inversión NO forma 'parte intrínseca' de otro producto financiero cuando se ofrecen en contratos diferentes o la duración de uno y otro no son la misma, tal y como acontece en autos, en donde no consta correlación temporal alguna entre los swaps y los demás productos bancarios contratados por el demandante

En resumidas cuentas, que al swap de autos resulta de entera aplicación la normativa MiFID, en particular las exigencias informativas que impone el art. 79.bis para cuando se presta un servicio de asesoramiento al cliente, sin que el mismo pueda considerarse amparado en la excepción del artículo 79.quáter de la LMV por el mero hecho de haber sido ofertado en cumplimiento de lo dispuesto en los art. 19 del RDL 2/2003, de 25 de abril o de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica que, como es sabido, establecen la obligación para las entidades de crédito de

«informar a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de tipo de interés que tuvieran disponibles» y ofrecerles al menos uno de estos productos pues, en primer lugar, el swap de autos no formaba parte 'intrínseca' del otro producto contratado como ya hemos dicho y, en segundo lugar, porque el cumplimiento de dicho mandato legal resulta perfectamente compatible con la obligación del banco de proporcionar al cliente "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" la cual debía incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (art. 79.bis.3 de la LMV)

SEXTO.- Error en la valoración de las pruebas

Se queja también la recurrente del desigual tratamiento de los medios de prueba que hace la sentencia apelada pues, por un lado, atribuye plena eficacia probatoria a las declaraciones de la parte demandante y, por otro, infravalora gravemente las del testigo . Sin embargo, y como ya señala la propia recurrente, el interrogatorio de parte es un medio de prueba más y su valoración, al igual que los demás medios de prueba, se rige por las reglas de la sana crítica. Es verdad que la parte no tiene obligación de decir verdad y el testigo sí, pero no debe olvidar que el testigo Sr. es director de la sucursal bancaria donde se contrató el producto de inversión que nos ocupa e, indudablemente, acredita un interés en el procedimiento que obliga a tomar con las lógicas reservas sus declaraciones, no solo porque sea empleado de la parte demandada sino también porque fue quien ofertó el swap a la parte demandante y era por tanto la persona que materialmente debía informarle de las características y riesgos asociados a su contratación por lo que comprenderá la parte que no puede fundamentarse o acreditarse la observancia de los deberes informativos en las declaraciones que pueda haber prestado el mismo sino que

su cumplimiento debe resultar de pruebas objetivamente evaluables y ya hemos dicho que ninguna documental los acredita, excepción hecha de un test de conveniencia que, además de realizarse con posterioridad a la firma de los contratos de permuta que nos ocupan, resulta no ser ni tan siquiera la evaluación procedente pues cuando se presta un servicio de asesoramiento el test a realizar es el de 'idoneidad', mucho más completo y amplio que el de 'conveniencia', que fue el tardíamente realizado.

En efecto, el artículo 79.bis regula aquellos supuestos en los que las entidades deben realizar las evaluaciones de idoneidad (apartado 6º) y las de conveniencia (apartado 7º). Y dado que ofertar un swap es prestar un servicio de asesoramiento, el test que resultaba procedente era el primero de los dos citados, que es mucho más amplio y extenso que el segundo. Pues bien, en el caso de autos aun cuando la entidad recurrente afirma haber realizado la evaluación equivocada, el test de conveniencia, es lo cierto lo hizo con posterioridad a la contratación del swap por lo que sin entrar en mayores consideraciones acerca de las consecuencias que tendría haber pasado el test equivocado, lo que nos interesa ahora destacar ahora es que al tiempo de contratar el swap no se le pasó ninguna test y, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, la ausencia del mismo no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. Y esta presunción no ha sido destruida por la recurrente.

SÉPTIMO. – Costas y depósito para recurrir.

En cuanto a las costas de esta alzada, la desestimación del recurso presentado determina su imposición a la parte recurrente (art. 398.2 LECi) así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al cual se le dará el destino legalmente previsto, de acuerdo con el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ tras su reforma por la Ley

Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal.

En cuanto a la no imposición de costas que por la parte recurrente se interesa por razones de existir dudas de hecho o de derecho, baste decir que no procede la misma por cuanto la sola existencia de sentencias validando o anulando los diferentes swaps contratados no es suficiente porque hay que atender a las circunstancias concretas que rodearon su contratación. Y, en el caso de autos, entendemos que el déficit informativo es bastante notorio desde una perspectiva objetiva, vista la escasa documental que debería acreditar el cumplimiento de aquellos deberes de información y, lo que no es menos importante, que nos encontramos con un swap de doble barrera que nunca puede decirse cumpla las tan prometidas funciones de cobertura de riesgo que supuestamente justificaron su oferta al cliente.

FALLO

Que, con desestimación del recurso de apelación presentado por BANCO POPULAR, este Tribunal acuerda:

1º) Confirmar en su integridad la sentencia de 1 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número DOS de Berga.

2º) Imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Encontrándose la Ilma. Sra. Magistrada D^a. María Dolors Montolio Serra de baja por enfermedad y en consecuencia impedida para firmar, habiendo asistido a la deliberación del asunto y votado esta resolución, procede a firmar de conformidad con lo establecido en el artº 204,2º de la LEC, la Presidenta de esta Sección.