

**Roj: SAP LE 705/2012**  
**Órgano: Audiencia Provincial**  
**Sede: León**  
**Sección: 1**  
**Nº de Recurso: 122/2012**  
**Nº de Resolución: 240/2012**  
**Procedimiento: CIVIL**  
**Tipo de Resolución: Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

**SENTENCIA: 00240/2012**

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

1290A0

C/ EL CID, NÚM. 20

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 987 29 90 42 Fax: 987 23 33 52

N.I.G. 24089 42 1 2010 0017229

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000122 /2012**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4 de LEON

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001913 /2010

Apelante: BANCO SANTANDER, SA

Procurador: MARIA LOURDES DIEZ LAGO

Abogado:

Apelado: Bernardo

Procurador: MARIA SOLEDAD TARANILLA FERNANDEZ

Abogado: EMILIO GUEREÑU CARNEVALI

**S E N T E N C I A Nº. 240/2012**

**Ilmos. Sres.**

**Dº. ANTONIO MUÑIZ DÍEZ. Presidente Acctal.**

**Dº. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ. Magistrado.**

## **D<sup>a</sup>. ANA DEL SER LOPEZ.- Magistrada.**

En la ciudad de León, a 28 de Mayo del año 2.012.

**VISTO** ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil Nº. 122/12, correspondiente al Procedimiento Ordinario nº. 1913/10 del Juzgado de Primera Instancia Nº. 4 de León, en el que ha sido parte apelante la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Diez Lago, siendo parte apelada **DON Bernardo**, representado por la Procuradora Sra. Taranilla Fernández, actuando como Magistrada Ponente para este trámite la **Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ANA DEL SER LOPEZ.**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº. 4 de León dictó sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario Nº. 1913/2010, con fecha 30 de Noviembre de 2011, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " **FALLO:** Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María Soledad Taranilla Fernández en nombre y representación de D. Bernardo contra el Banco Santander respecto a su pretensión subsidiaria, debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, swap bonificación reversible media, de 13 de julio de 2007, por vicio de consentimiento, CONDENANDO a la entidad bancaria demandada a pagar la cantidad de 11.471,45 euros a la parte actora, más las cantidades que se carguen en sus cuentas desde la fecha de la demanda hasta que el dictado de la sentencia en virtud de las liquidaciones que se vayan produciendo como consecuencia del contrato, más los intereses que legalmente correspondan de las cantidades cargadas desde la fecha de sus respectivo cargos, con imposición de las costas a la parte demandada por la estimación de la demanda".

**SEGUNDO.-** Contra la relacionada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado del mismo se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación y fallo, el día 24 de Abril de 2012.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Resumen y cuestiones litigiosas planteadas en la alzada.

Por el actor se promovió demanda contra la entidad "Banco de Santander, S.A." en la que instaba la nulidad del contrato de Permuta Financiera de tipos de interés, Swap Bonificado Reversible Media de fecha 13 de Julio de 2007, firmado con posterioridad al préstamo de interés variable y al producto "estructurado tridente". La entidad demandada se opuso a estas pretensiones y solicitó la libre absolución de las peticiones de la demanda.

El actor en su demanda concreta sus relaciones con la entidad bancaria demandada desde la suscripción de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, participaciones en el fondo inmobiliario del Banco y otras inversiones tales como productos estructurados similares al "estructurado tridente" del 12 de julio de 2007. Señala que no deseaba firmar el producto estructurado tridente que le ofrecieron y el préstamo correspondiente por razón de los altos tipos de interés y el temor a la subida de los mismos y por ello el director de la oficina principal le ofreció un producto que cubriera la contingencia de la subida de los tipos de interés pero sin facilitar

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

información detallada del mismo. Sigue en su argumentación sobre el desconocimiento del producto y el grave desequilibrio entre las prestaciones que se produce en el contrato litigioso que no se trata propiamente de un swap sino de un combinado entre swap y un cap, fijando además un tipo Barrera (Knock in) creado a medida de las necesidades de la entidad bancaria, invocando la protección como consumidor de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, vigente en el momento de la firma, así como la Ley 7/98 de condiciones Generales de la contratación, argumentando sobre los requisitos exigidos por el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, incumpliendo la entidad bancaria la Ley de Mercado de Valores de 28 de Julio de 1988. Señala la complejidad del Swap con la dificultad añadida de la venta de un Cap Medio Trimestral con Knock in.

La entidad bancaria en el escrito de contestación afirma que ofreció al demandante la posibilidad de suscribir el Contrato de Permuta Financiera de tipos de interés cuando se encontraba negociando el contrato de producto estructurado tridente y que conociendo la experiencia y situación financiera del actor con un alto volumen de financiación le hizo una presentación detallada del producto ofrecido de forma que el 13 de julio se firmó el Contrato Marco y el de Permuta que en su anexo de "funcionamiento" recoge un escenario fácil de entender y se firma la cláusula adicional denominada "conocimiento de los riesgos de las operaciones" conteniendo al final la posibilidad de cancelación anticipada a precios medios de mercado.

La sentencia recurrida estima la demanda presentada declarando la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, swap bonificación reversible media de 13 de julio de 2007, por vicio de consentimiento, con imposición de costas a la entidad demandada. Esta resolución argumenta en torno al hecho de que el cliente del Banco es Notario y había mantenido diversas relaciones con la entidad, pero señala que ello no supone sin más que se le clasifique como un experto, un inversor cuasi-profesional y que implique que no se le informara de los riesgos y las consecuencias del producto que se le ofrecía, partiendo de la obligación del Banco de prestar una información al cliente de forma clara, comprensiva y personalizada y del análisis de la declaración del Director de la entidad Sr. Gaspar , deduciendo la falta de prueba sobre el ofrecimiento de una información completa y adecuada que produce como consecuencia la nulidad del contrato.

El Banco de Santander, S.A", interpone recurso señalando que los fundamentos iniciales de la Sentencia recurrida ponen de manifiesto un evidente perjuicio frente a las entidades bancarias, citando además legislación que no resulta de aplicación a un Contrato suscrito el 13 de junio de 2007. En la alegación cuarta hace un resumen del tratamiento jurídico del swap por distintas Sentencias de Audiencias Provinciales, especialmente citando la de la AP de Castellón de 26 de Septiembre de 2011. Expone datos sobre el actor que pretenden acreditar que es un inversor especulativo y de riesgo, con un alto volumen de financiación, cualificación y experiencia que le habrían permitido comprender el producto litigioso. Seguidamente la entidad recurrente explica la firma del contrato y los términos del mismo, con referencia a la actuación posterior del actor y a la fluctuación del Euribor. En definitiva niega la existencia de error en el consentimiento.

**SEGUNDO.-** Deber de Información y Normativa aplicable al contrato objeto de análisis.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de contratos de permuta de tipos de interés, conocidos como contratos "SWAP" (en inglés "permuta" o "intercambio"), y siempre se destaca que para resolver la cuestión litigiosa debía de partirse del deber de información exigible en la relación de una entidad financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión,

bien para suscribir un negocio jurídico, en el que es inherente el riesgo y así es preciso exigir una diligencia profesional específica a la entidad de inversión, con un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige.

Las ya muy numerosas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales y por este mismo Tribunal (Sentencias núm. 247/10, de 16 de junio; 18/11, de 21 de enero ; 265/11, de 15 de julio ; 274/11, de 15 de septiembre ; y 332/11, de 8 de noviembre ) permiten afirmar que en la mayoría de las ocasiones no se trata de contratos desligados de otros, sino que normalmente se ofrecen a los clientes como una forma de seguro ante las fluctuaciones de tipos de interés y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto a otras operaciones crediticias que el cliente ya tiene contratadas con la entidad bancaria. La forma normal es que el cliente se posiciona como pagador variable, y tal circunstancia fue favorable mientras el Euribor tuvo trayectoria alcista, ocurre sin embargo que en el momento que la tendencia se invirtió, lejos de obtener el resultado ideado en un principio, las liquidaciones empezaron a ser favorables a las entidades financieras. Es en este momento cuando proliferan las demandas sobre nulidad de los contratos por error en el consentimiento.

Estos contratos de permuta financiera se someten a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, conforme ya se disponía en el apartado b/ del artículo 2 de la citada Ley según redacción vigente a la fecha del contrato. Por su parte, el artículo 78 de la citada Ley (según redacción vigente a la fecha del contrato), establece en su apartado 1: *"Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito [...] deberán respetar las siguientes normas de conducta:..."* . Por lo tanto, la contratación se rige de manera imperativa por unas normas de conducta preestablecidas cuya vulneración comporta la nulidad del contrato (artículo 6.3 del Código Civil ).

Consideramos que cualquier vulneración de una norma imperativa sobre información a uno de los contratantes debe de ser considerada esencial, salvo que, de algún modo, se pueda entender que no guarda relación alguna con la formación de la voluntad para la contratación o que resulta irrelevante a tal efecto. Las normas de conducta se encuentran contenidas en el Título VII de la LMV y se remiten a los códigos de conducta que, en desarrollo de tales normas, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el apartado e) artículo 79 LMV (comprendido en su Título VII) se establece, como norma de conducta de las entidades de crédito asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, se incorpora un Anexo que desarrolla un "Código general de conducta de los mercados de valores". En su preámbulo dice: *"Con objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, así como de disponer de una ordenación más completa de las relaciones entre éstos y las entidades que actúan en los mercados de valores, se desarrollan en este Real Decreto las previsiones que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, contiene en sus arts. 38, 44, 78 y 86, estableciéndose las normas de conducta de los intervinientes en los mercados de valores y las normas que rigen las relaciones entre clientes y entidades en las operaciones contratadas por ambos"*. En el artículo 5 del citado anexo se regula la información a los clientes y se impone a la entidad de crédito que participe en operaciones sujetas a la LMV:

-Que ofrezca y suministre a sus clientes toda la información de la que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión (apartado 1 del citado artículo).

-Que la información sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación (primer inciso del apartado 3).

-Que la información se refiere de manera especial a los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (segundo inciso del apartado 3).

-Que ponga en conocimiento de sus clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida (apartado 6).

Por tanto, con independencia de que no fuera aplicable la nueva normativa de la LMV, aparentemente más tuitiva para el cliente, también de acuerdo con la derogada el banco tenía la obligación de dar una información clara, correcta, precisa y suficiente al actor para que pudiera formar su voluntad con el adecuado conocimiento y representación de las obligaciones y derechos que para cada una de las partes se derivaban del contrato, y de los riesgos inherentes al mismo, y que tal esfuerzo de información por parte del banco es inversamente proporcional a la formación y preparación de sus clientes. Al respecto la clasificación del actor como "inversor dinámico" no se corresponde con una categoría concreta que permita eludir las obligaciones de información.

Y puesto que la información al cliente es obligación legalmente impuesta a la entidad de crédito que participa en operaciones sujetas a la LMV, a ella corresponde demostrar que ha cumplido con las obligaciones que le incumben.

**TERCERO.-** Valoración Probatoria sobre la Obligación de Información. Vicio en el consentimiento: Error.

Para declarar la nulidad del contrato será relevante que la ausencia de información por parte de la entidad bancaria haya provocado error en el consentimiento emitido por el actor con los requisitos necesarios para invalidar el contrato.

Según reiterada jurisprudencia la anulación del contrato por error ha de ser excepcional, correspondiendo a quien lo invoca la carga de acreditar cumplidamente que recayó sobre "la sustancia de la cosa que constituyó su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración" (art.1266 Cc). Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que ha de tratarse de un error sustancial, ya recaiga sobre la cosa misma, sus condiciones relevantes o incluso las normas jurídicas, en su existencia o permanencia, que afecten a la cosa, en sus posibilidades importantes. Y como recuerda la S.T.S. 14-11-2005, en el contexto del tráfico de productos financieros, se exige un plus de información y de diligencia a la entidad financiera que los comercializa, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea éste consumidor o no.

Procede entonces determinar si, como concluye el Juez de instancia, en verdad ha existido una falta de información con relevancia para viciar el consentimiento contractual y sus consecuencias. Pero partiendo del contexto normativo expuesto en el anterior fundamento jurídico, corresponde al Banco la carga de la prueba (art. 217 LEC) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar.

La línea argumental expuesta por la entidad bancaria para justificar que se cumplieron las obligaciones de información se estructura en torno a dos hechos básicos: el contenido de las explicaciones que se ofrecieron al cliente y las características personales del mismo que le habrían permitido comprender el producto vendido.

En cuando al primer hecho y observando el contenido de las declaraciones testificales del director de la entidad bancaria y del empleado que llevó la negociación resulta preciso concluir con la falta de concreción respecto del producto objeto de litis. Las afirmaciones genéricas efectuadas por los testigos carecen de contenido concreto: no sabemos qué es lo que se explicó y las suposiciones sobre se le "daría la documentación" o "se le entregaría el contrato" no pasan de ser mera especulación; y tal vez el empleado del Banco considere que dio explicaciones suficientes, pero su subjetiva apreciación sólo se objetivaría con la expresa indicación de cuál fue la información que facilitó, lo cual por otra parte, en un ámbito de contratación escrito debería constar suficientemente documentado, sin que se haya aportado prueba alguna salvo el propio contenido del contrato con un escenario descrito en el anexo que resulta claramente confuso y la cláusula de estilo sobre conocimiento de los riesgos de la operación que consideramos insuficiente para excluir las obligaciones legales de la entidad bancaria.

Resulta claro que se celebraron varias reuniones entre las partes pero no se concreta en ningún momento la información ofrecida en cuanto al contrato marco y al de confirmación. La importancia de la inversión de un millón de euros con financiación obtenida de la entidad bancaria el día 12 de Julio hace lógico suponer que las negociaciones se centraron en el producto estructurado tridente firmado por el cliente y que el swap se ofreció como mero complemento para garantizar la subida de tipos de interés de los productos principales. Desde luego las explicaciones de los empleados del banco permiten esta deducción y las condiciones de la firma corroboran la misma. No podemos no obstante considerar la falsificación de la firma del cliente en el Contrato marco porque la prueba de este hecho correspondería al demandante y la prueba pericial caligráfica no concluye con dicha falsificación. No obstante es significativo el hecho de que ambos contratos se firmaran el día siguiente de la firma de los que hemos denominado principales y con las dudas advertidas en cuanto al lugar de firma, considerando que el actor se encontraba de vacaciones el día 13 y que el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera fue firmado en un documento remitido por fax y el Contrato Marco fue firmado en documento original, cuando el Sr. Bernardo ya no se encontraba en León.

Estos datos justifican el hecho de que la contratación del swap fue algo meramente adicional y accesorio y no se le dio importancia alguna en el conjunto de la negociación y así resulta de las indeterminaciones que se deducen de la declaración del Director de la oficina bancaria y del encargado de informar sobre el producto.

La remisión por fax el mismo día de la firma implica que no se entregó el contrato con anterioridad y la firma del Contrato Marco en documento original permitiría deducir que incluso pudo ser firmado con posterioridad a la fecha que el mismo recoge.

Señala igualmente el Banco que las características del cliente le convierten en un experto en este tipo de negociaciones y en consecuencia relajarían la necesidad de información que obligatoriamente debe prestar la entidad bancaria. En este apartado, si aplicáramos la LMV según su redacción actual el demandante sería un cliente minorista y, por lo tanto, sin experiencia inversora con unas reforzadas exigencias de evaluación, información e incluso recomendación de la idoneidad del producto. ( *A. Clientes profesionales ("aquéllos a quienes se presume la experiencia,*

*conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos" - art. 78 bis de la Ley 47/2007 -), especificando la misma en su apartado 3 quiénes tienen tal consideración, pudiendo clasificarse en cuatro apartados: uno relativo a entidades financieras, otro a organismos públicos, otro a empresarios individuales, que han de reunir, al menos, dos de las condiciones que especifica el precepto -1. que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros, 2. que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros, y 3. que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros-, y otro relativo a los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente minorista). Esta regulación no se encontraba en vigor en la fecha de la firma pero sirve para interpretar la normativa vigente en aquél momento pues también del artículo 4.1 antes citado se infiere la exigencia de información sobre el cliente para, a su vez, informarle de la idoneidad del producto (artículo 5.1 de las citadas normas de conducta).*

Las argumentaciones en torno a los conocimientos jurídicos como profesional del demandante no alcanzan a cumplir la definición de cliente profesional que ahora está expresamente recogida en la legislación vigente que sirve para interpretar los requisitos que deben exigirse al aplicar la normativa anterior. Por lo tanto, la excusabilidad del error ha de analizarse en el ámbito normativo indicado, del que se infiere que la posibilidad de conocer los términos de un contrato o incluso el riesgo de una operación no es exigible al cliente minorista. Y en el caso concreto, de las declaraciones testimoniales, no se infiere una información razonable del riesgo. Únicamente por el hecho de que el actor sea notario no se le puede considerar un profesional experto financiero ni las inversiones que se relacionan en el escrito de demanda son suficientes para su clasificación como experto en este tipo de productos. Resulta que como cliente del Banco efectúa sus inversiones a título particular aunque solicite inversión de la propia entidad porque su nivel de recursos económicos se lo permite y no se puede excluir que en este sentido sea un consumidor que invierte su dinero o el que recibe mediante financiación ajena para su propio beneficio.

Y a tenor de las exigencias normativas impuestas a las entidades financieras y de crédito en operaciones sujetas a la LMV, el error sería inexcusable sólo cuando aquellas han cumplido con sus obligaciones de información sobre la clientela y a la clientela. Y el párrafo del contrato de confirmación de permuta financiera sobre el conocimiento de los riesgos de la operación que señala "Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación", resulta insuficiente para entender cubierta la obligación de información que estamos analizando.

**CUARTO.-** Cuarta alegación del escrito de Recurso: Tratamiento jurídico del swap por las Sentencias de las Audiencias Provinciales.

La Sentencia citada por la parte recurrente de la AP de Castellón de 26 de septiembre de 2011 finalmente resuelve la controversia porque considera que la entidad bancaria cumplió con su deber de información y al respecto señala lo siguiente: *"...resulta que, con arreglo a lo acreditado en el proceso, la entidad bancaria no prescindió ni de la evaluación de los clientes, ni tampoco de hacer las advertencias consiguientes a dicha valoración. Los llamados tests de evaluación obran en autos (folios 304, 312, 326). En cada uno de los "questionarios MIFID" se hizo constar, respecto de cada mercantil actora, que.....Y, de forma coherente a dicha evaluación, a los folios 294, 302, 310, 318 y 324 obran, firmadas por los legales representantes de las actoras, sendas declaraciones escritas en las que el cliente declara haber sido informado por el Banco de los riesgos de la operación, pese a lo que decide formalizarla, así como que "El Cliente declara que ha sido informado por el Banco*

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

*Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto", declarando también que lo conoce y asume y que pese a ello asume los riesgos de la operación. No es de recibo para sustentar la pretensión anulatoria que los legales representantes de las dos empresas abriguen su pretendido desconocimiento en la confianza (muy ciega al parecer) que tenían depositada en la entidad bancaria o en el director de la sucursal, por lo que se relevaron de la elemental diligencia consistente en la verificación de cuáles eran los compromisos que contraían y los riesgos que asumían. Si esta fue la razón del error que alegan y este existió, no tendría el carácter de inexcusable en que puede fundarse la nulidad, pues era fácilmente vencible con un razonable cuidado".*

Al respecto puede señalarse que la exigencia de información que este Tribunal de Apelación mantiene en este tipo de contratos seguramente es mayor, pero el supuesto referido por la parte recurrente no es en modo alguno similar porque los clientes no podían calificarse de consumidores al ser pequeñas empresas y el Banco cumplió con sus deberes de información que documentó expresamente y así se consideró por el Tribunal en la valoración concreta de la prueba.

Debemos hacer referencia por otro lado a la Sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2011 dictada por esta Audiencia Provincial en un supuesto similar en el que la parte recurrente era la entidad Banco de Santander SA y el cliente un experto inversor, con un volumen de financiación no muy diferente del que tiene el ahora demandante y en aquel supuesto después de analizar la prueba practicada se concluye que existió error en el consentimiento que sirvió de base para la declaración de nulidad del contrato.

Finalmente podemos señalar sobre las "barreras aplicables" al tipo de interés y las cláusulas reguladoras del vencimiento anticipado y teniendo el actor la consideración legal de consumidor resultaría aplicable el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, respecto de las citadas cláusulas, siendo el examen de esta cuestión no relevante por la decisión que respecto del error se ha tomado en anteriores fundamentos jurídicos.

**QUINTO.-** Doctrina de los actos propios.

Dicho lo que antecede, debe de analizarse si concurren actos propios de la parte demandante que no formuló protesta alguna con posterioridad a la firma del contrato cuando las liquidaciones le fueron favorables.

Al respecto, procede señalar que a los efectos del art. 1266 CC, no constituye acto propio el hecho de que el cliente no pusiera objeción a liquidaciones anteriores en las que el saldo fue positivo a su favor, lo que no supone un acto de conocimiento y de aceptación del producto contratado en el año 2007.

El T.S. en S. de fecha 23-11-2004 estableció que: "Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada ( SS., entre otras, de 9 de mayo, 13 de junio y 31 de octubre de 2000, 26 de julio

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

de 2002 , 13 de marzo de 2003 ), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran ininidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho -fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias 9 mayo 2000, 23 julio y 21 diciembre 2001, 25 enero y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SS. 9 mayo 2000, 15 marzo y 26 julio 2002, 23 mayo 2003)."

En el presente caso, tal acto inequívoco no se ha producido, pues la percepción de cantidades a favor por el demandante podía ser explicada en razón a otros motivos distintos de la comprensión de lo contratado, mientras que es lógico que surgiera la reclamación cuando el saldo fue negativo. En este mismo sentido, se ha pronunciado la AP de Oviedo sección 4ª en St. del 22 de Febrero del 2011: "el que cuestionen la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión".

Lo importante era conocer el riesgo efectivo que se contrae antes de firmar y la corrección por la entidad bancaria de la información ofrecida de forma pre-contractual. Máxime, cuando el producto que se contrataba no es por sí mismo de fácil comprensión y cuando por su contenido y naturaleza era un "contrato de adhesión", redactado de forma unilateral, y entre las partes contratantes no concurría igualdad de condiciones en orden a predecir y valorar la evolución del mercado financiero. Resulta además que según el informe pericial emitido por el economista Sr. Santos, que se acompaña con la demanda " *el cliente está soportando un cap, mientras no existe un floor ante tendencias bajistas de los tipos de interés. No existe por tanto correlación ni correspondencia entre el riesgo asumido por el Banco y el riesgo asumido por el cliente*". Por lo que no concurría ni plena igualdad, ni plena proporción en las condiciones previas y coetáneas a la formalización del contrato, y no es determinante que el actor pudiera tener práctica en contratar otros productos financieros.

En definitiva, el tema del contrato de permuta financiera es complejo y la solución a los diferentes conflictos planteados ha dado lugar a jurisprudencia divergente, siendo mayoritaria la Jurisprudencia de otras Audiencias y unánime el criterio que mantiene esta Audiencia Provincial anulando este tipo de contratos. Así, por citar solo algunas de las más recientes: SAP de Zaragoza, Sección 5ª de 25-01-2011; SSAP de Álava, Sección 1ª de 28-01-2011 y 5-05- 2011; SAP de Badajoz, Sección 2ª de 17-05-2011 , SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª de 2-06-2011 y SAP de Asturias, Sección 5ª de 18 de Abril de 2012 . Y las de 15 de Septiembre del 2011, 13 de enero y 30 de marzo de 2012 de la Sección Segunda de esta Audiencia; 1 y 16 de Marzo y 18 de Abril de dos mil doce de esta Sección Primera.

Es decir, el Banco como contraparte asume un papel contrapuesto a los intereses del cliente. Con lo que siendo el Banco parte vendedora del producto financiero y también posible parte beneficiada se exige una especial diligencia en aportar información completa, veraz y exhaustiva al cliente comprador del producto, lo que como se ha motivado no concurre en este caso lo cual implica la desestimación del recurso de apelación.

**SEXTO.-** Costas del recurso.

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

Establece el artículo 398 de la L.E.C . que: "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 art. 394.2". Por tanto, las costas de esta alzada se impondrán a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad BANCO SANTANDER, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia Nº 4 de León, de fecha 30 de Noviembre de 2011 , en los autos de Juicio Ordinario nº. 1913/10 CONFIRMANDO íntegramente la resolución de Primera Instancia, con imposición de las Costas de esta alzada a la parte recurrente. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

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.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.