



Sección: M.E

Sección Cuarta de la Audiencia Provincial
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 00
Fax.: 928 42 97 74

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000656/2013
NIG: 3501642120120024550
Resolución: Sentencia 000133/2015

Procedimiento origen: Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0001732/2012-00

Órgano origen: Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Testigo
Testigo

Testigo
Perito

Prosper Lamothe
Fernandez
Pablo Martinez Pina

Perito
Apelado
Apelado
Apelante

Banco Santander S.A.

Alejandro Valido Farray

Francisco Javier Perez
Almeida

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D^a. EMMA GALCERÁN SOLSONA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

D./D^a. JUAN CARLOS SOCORRO MARRERO

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de mayo de 2015.

VISTO, ante Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 12 de septiembre de 2013, seguidos a instancia de

representados por el Procurador D. ALEJANDRO VALIDO

FARRAY y y dirigidos por el Letrado D. Fernando Zunzunegui Pastor contra

BANCO SANTANDER S.A. representado por el Procurador D. FRANCISCO

JAVIER PEREZ ALMEIDA y dirigido por el Letrado D. JAVIER GILSANZ

USUNAGA.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Las Palmas de Gran Canaria, se dictó Sentencia en el referido procedimiento cuya parte dispositiva literalmente establece:

“Que estimando la demanda interpuesta por

. contra BANCO SANTANDER S.A., debo condenar y condeno a la demandada a pagar la cantidad de 1.480.143 euros por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos con las actoras, enumerados en la tabla 1 de la pagina 5 de la demanda, al no haber aplicado el precio de mercado, tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 23 de enero de 2009, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado desde la percepción indebida; y todo ello imponiendo a la parte demandada las costas de esta primera instancia.”

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia la Ilma. Sra. Presidenta Dña. EMMA GALCERÁN SOLSONA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO.- Se interpone por la parte demandada recurso de apelación contra la sentencia que estimó la demanda, condenando a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad reclamada en la demanda, por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes litigantes, relacionados en la tabla 1 de la página 5 de la demanda, al no haber aplicado el precio de mercado, tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 23 de enero de 2009, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, todo ello con los intereses legales devengados desde la percepción indebida, con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia; solicitándose en el recurso la desestimación de la demanda, y en la oposición al recurso, la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la alegación primera del recurso de apelación, relativa a la prueba testifical propuesta por la parte apelante, hay que estar a lo resuelto en el Auto de la Sala, de fecha 8 de mayo de 2014, que confirmó en reposición el Auto de fecha 8 de enero de 2014, deviniendo el mismo firme, por el cual se acordó inadmitir la prueba testifical referida, obrante a los folios 11 a 13, y 34 y 35 del presente rollo, por lo que se considera innecesario reproducir su argumentación en la presente resolución.

Entrando en el análisis de las restantes alegaciones del recurso de apelación conviene consignar como antecedentes de interés, que se ejercita por la parte actora acción “ por la que reclama la condena a Banco Santander por un importe total de 1.480.143 euros, por haber incumplido los contratos de permuta financiera (swaps) suscritos con la actora, al no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos tanto en el cálculo de la





cancelación anticipada, como en el momento de contratar cada uno de los productos. Se ejercita por tanto por la parte actora acción de reclamación fundada en el incumplimiento por parte del Banco Santander de los contratos de permuta financiera suscritos con la mercantil actora, señalando que han sido dos los incumplimientos contractuales por parte del banco demandado; en primer lugar, el incumpliendo la obligación de aplicar el precio de mercado en el momento de la liquidación anticipada de los productos, argumentando que el la entidad demandada se ha prevalido de su actuación de hecho como agente de cálculo para apropiarse en la cancelación de los contratos de 361.284 euros, diferencia entre el precio de mercado ofrecido por el banco al momento de la cancelación y el que en estricta aplicación de lo pactado debió ser. En segundo lugar, se reclama por el incumplimiento contractual atribuido a la entidad demandada en el momento de la contratación inicial de cada uno de los productos, la parte actora denomina tal extremo como «comisiones implícitas» en el momento de la contratación inicial. En resumen termina la parte actora solicitando que se condene a Banco Santander, S.A., al pago de 1.480.143 euros por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos con las actoras, enumerados en la Tabla 1 de la página 5 de la demanda, al no haber aplicado el precio de mercado, tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 23 de enero de 2009, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, y todo ello junto con los intereses legales.”

“En la sentencia de instancia se argumenta: “La parte demandada no explica ni defiende con argumentos jurídicos que efectivamente en aplicación de lo pactado en el contrato el coste de cancelación por cuantía total de 2.438.437 euros era correcto. Los términos contractuales pactados no son





precisamente claros, se señala que la cancelación anticipada del producto se realizará “a precio de mercado”. Tal concepto puede ser preciso cuando se habla de mercados simples como puede ser el precio de la vivienda, o cualquier otro precio de mercado que aparezca referenciado o se trata de una operación sencilla para descubrir cual es el exacto coste del precio de mercado a una concreta fecha, cosa que el presente supuesto no ocurre. No deja de ser una cuestión técnica pericial, concretar si liquidaciones del producto y coste de cancelación a la fecha en la que se realizaron eran conformes o no a lo contractualmente pactado, esto es si se ajustaban o no “a precio de mercado”. El informe pericial aportado por la demandada no realiza cálculos, ni explica como se llegó a concretar al coste de cancelación fijado por el Banco en su momento. Resulta evidente y de igual modo los testigos declararon en tal sentido que para el cálculo del coste de cancelación se requiere el acceso a programas informáticos y métodos técnicos de cálculo que no están al alcance de la clientela bancaria, por otro lado debe tenerse en cuenta que el método de valoración de los productos derivados se caracteriza por una complejidad, la conclusión resulta clara, quedaba fuera del alcance de las actoras la valoración del coste de cancelación de los productos. De la prueba practicada en los autos debemos mencionar y valorar la declaración del primero de los testigos, resulta interesante comprobar que el coste exacto de cancelación no se supo hasta el momento exacto de estar en la notaria y firmar el acuerdo de contenido muy amplio, el coste de cancelación en ningún momento pudo ser objeto de negociación, nunca se supo de manera exacta, los propios empleados del Banco radicados en Las Palmas y que en consecuencia realizaron las negociaciones en nombre del Banco desconocían el coste de cancelación, afirmaron los





testigos que el coste de cancelación era calculado por los servicios centrales en Madrid. Por tanto en las negociaciones previas en ningún momento se supo el coste exacto de cancelación. El testigo manifestó recordar que pregunto por el coste de cancelación de los productos, extremo por otra parte lógico, y le contestaron que es al momento de cancelar cuando se le da el valor de mercado y por tanto de cancelación.”

“En relación al coste de cancelación en un supuesto similar al ahora analizado la S.A.P. de Las Palmas (Sec. 5ª) de 30 de marzo de 2012 o la S.A.P. de Ávila de 4 de mayo de 2012 , señalando la primera que tal cláusula indeterminada y oscura genera incertidumbre ya que no se indica cuál es la "forma objetiva" de determinar los precios de mercado y qué referencias se habrían de tomar para establecer los precios de mercado. En términos más generales, la S.A.P. de Álava (Sec. 1ª) de 21 de noviembre de 2011 acentúa el aspecto de la desinformación contractual que acompaña de modo casi intencionado a esta clase de contratación, destacando que las cláusulas de este contrato "no son de fácil comprensión. Su extensión, la subordinación de las largas oraciones y la introducción de elementos financieros la dificultan. Además contienen conceptos jurídicos y económicos que no son de uso habitual ni de fácil entendimiento. Al respecto hemos dicho [continúa diciendo esta sentencia] en nuestra SAP 143/2009 Álava (Sec. 1ª) de 7 de abril de 2009 , analizando un contrato de intercambio de intereses (CLIP de interés), o en la SAP 217/11 (Sec. 1ª) Álava de 14 de abril de 2011 , que esta clase de operaciones, que un swap no es de fácil comprensión, ya que «los expertos definen este tipo de contratos como propios de la ingeniería financiera, propios de grandes empresas, son contratos especulativos y de inversión,





con un tremendo riesgo»."

“Como se ha dejado anteriormente reseñado ,no deja de ser una cuestión técnica pericial, concretar si liquidaciones del producto y coste de cancelación a la fecha en la que se realizaron eran conformes o no a lo contractualmente pactado, esto es si se ajustaban o no “a precio de mercado”; pero igualmente debe tenerse en cuenta que la parte contratante responsable de la redacción de la cláusula contractual relativa a la concreta forma de valorar el coste de cancelación es la entidad financiera, debe por tanto soportar las dudas interpretativas que sobre tal concreto extremo existen. Llegados a este punto deben contraponerse ambos informes periciales, tanto el aportado por la actora como el de la parte demandada. Se estima en este punto como mas razonado y fundamentado el de la parte actora, es mas el de la demandada no explica como se llega al coste de cancelación, que teniendo en cuanta el principio de mayor facilidad probatoria, lo hubiera sido mas fácil. En este sentido al ser la entidad demandada la que calculo el coste de cancelación que en su momento se exigió, perfectamente podría haber facilitado a los peritos por ella designados las operaciones que en su momento se practicaron para alcanzar el valor abonado por el cliente como coste de cancelación. Por el contrario se sitúa el informe pericial de la parte actora en el que se explica los pasos dados para alcanzar el correcto valor de mercado al momento en el que el producto se cancelo. Con respecto al análisis de la estimación del valor de cancelación que realizó Banco de Santander sobre los dos swaps bonificado flotantes de 24.000.000 euros y 5.000.000 de euros que aparece reflejado en el anexo 4 del informe pericial aportado con la demanda, debemos comentar lo





siguiente: Banco de Santander no proporciona elementos relevantes utilizados en la valoración como las curvas de tipos cupón cero y las volatilidades empleadas en el cálculo de las primas de opciones. No está claro como se valora el componente de opcionalidad del FLOOR implícito; de igual manera en el anexo 6 el perito de la parte actora explica las diferencias entre nuestra valoración y la del banco.”

“En relación con la cancelación anticipada del producto no se concreta el método que se utilizaría para determinar el coste de cancelación ni se ilustra con una estimación aproximada de dicho coste. No se incluye ninguna referencia específica al criterio de cálculos de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada. No especifica el criterio de cálculo que se utilizará, ni hace referencia a que, velando por el interés de su cliente, algo a lo que está obligada, además de por los suyos propios, esta liquidación sería la mejor posible para el cliente, en el momento que decida cancelar la cobertura. Ejemplo de ello lo representa la S.A.P. de Cuenca de 16 de abril de 2012 al señalar que "Los Tribunales vienen considerando que hacer simplemente mención el banco en el contrato al precio de mercado (como ha ocurrido en el caso que nos ocupa), supone ocultar a los clientes la manera de saber aproximadamente el coste de la cancelación anticipada de sus productos bajo una expresión oscura, indeterminada, pese a tener perfectamente fijado el mecanismo o fórmula para su cálculo, y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 febrero 2012 ; habiéndose también indicado por los Tribunales que la simple mención en el contrato a las condiciones, situación de mercado (que también se usa en el caso que analizamos), es una expresión inconcreta con





la misma consecuencia de ocultación antes indicada, (y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 14 febrero 2012)". “

“Se defiende la entidad demandada argumentando que tales comisiones se trata del margen del Banco, en relación al sobrecoste de cancelación, pero resulta evidente que cuando estas liquidando una operación no tiene sentido que se cobre un margen, el margen es por el riesgo de la operación misma, riesgo que ante un escenario de cancelación de la operación, por pura lógica no existe riesgo al momento de cerrar la operación. Por tanto tampoco es justo que haya margen, teniendo en cuenta igualmente los principios generales de la contratación y el principio de equivalencia de las prestaciones. En todo caso, no es cuestión de si era procedente o no cobrar margen por parte del banco, en el contrato se pacto una forma concreta de liquidar que era el PRECIO DE MERCADO, no siendo posible aplicar un precio superior o al de mercado para la cancelación del producto obteniendo un beneficio injustificado para el banco. “

“Se argumenta igualmente por parte de la demanda que al momento de cerrar la operación ambas partes estaban en condiciones de igualdad, se trata de una negociación amplia entre la entidad financiera y el cliente. No es posible defender que la parte actora estaba en situación de igualdad a la entidad demandada al momento de determinar y concretar el coste de cancelación, el coste exacto de cancelación se supo el mismo día en el que se firmaba la operación; y ello independientemente de que fuera a las 9.30 horas o a las 15.00 horas, cualquiera de las posibilidades supone que el coste





de cancelación necesariamente debía ser asumido por la parte actora, sin que existiera el mas mínimo margen de negociación respecto al coste de cancelación. Para llegar al coste exacto se reconoce que el mismo proviene de Madrid, de los servicios centrales del Banco, el propio representante del Banco en la Notaria, afirma que el no sabe ni la formula ni como se obtiene el coste exacta de cancelación, se trata de operaciones matemáticas complejas, se debe tener en cuenta el estado del mercado, por pura lógica con la definición que consta en el CMOF, el día exacto en el que se cancela. Partiendo de tal lógica y realidad y el modo normal de suceder las cosas, resulta imposible que la parte actora o se representante pudiera conocer que tal cantidad se ajustaba o no a la realidad de lo pactado contractualmente.”

“ En resumen y en conclusión resulta plenamente acreditado que las actoras y sus representantes en las negociaciones previas para cancelar los productos no fueron informados por el Banco de la fórmula de cálculo del precio de mercado, ni con carácter previo al momento de contratar, y en todo caso de haberla conocido no les habría servido de nada, pues solo las tesorerías de los bancos y algunos expertos en derivados, son capaces de utilizarla para valorar los productos, circunstancias que no concurren en las actoras. Fue el banco el que realizo los cálculos concretos para fijar el coste de cancelación, se lo comunicaron al cliente al momento de cerrar la operación sin que pudiera ser objeto de negociación y por ultimo por haber incumplido, aprovechándose de su posición profesional, los contratos de permuta financiera al no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos para el cálculo de la cancelación anticipada. Según el perito de la parte actora, teniendo en cuenta lo cálculos realizados por el Perito, que no





son contradichos por el informe pericial de la parte demandada, el coste de cancelación abonado por el Cliente el 29 de enero de 2009, no se corresponde con el valor de mercado pactado contractualmente. Existen desviaciones a favor del Banco entre el coste de cancelación pagado por el Cliente y el valor de mercado, lo que determina que por parte de Banco Santander ha habido un incumplimiento contractual cobrando indebidamente las cantidades señaladas por el perito en su informe, debiendo en consecuencia estimar en este punto las pretensiones de la parte actora.”

“En relación a la segunda de las cuestiones que se plantean en la demanda, esto es las denominadas comisiones implícitas, una vez más debe ser acogido el criterio manifestado por el perito de la parte actora. De la prueba practicada en el acto del juicio, así como de la documental obrante en los autos se desprende que al cliente nunca se le informó que el banco iba a cobrar comisiones, los cálculos los realizaba el banco, era la demanda el agente de cálculo, quien hacía los cálculos, resulta evidente que únicamente era el banco el encargado de calcular las liquidaciones. Frente al razonado y argumentado criterio del perito de la parte actora se sitúa el informe pericial de la demandada, así se comprueba como el informe pericial aportado por la demandada no realiza cálculos que contradigan los cálculos realizados por el perito de la parte actora. Se les cobraron comisiones implícitas tales comisiones están ocultas en los precios de los productos, los clientes las desconocían y teniendo en cuenta el perfil del cliente en el presente supuesto se llega a la clara conclusión de que las entidades actoras carecían del conocimiento financiero y medios técnicos necesarios para su cálculo. La falta de transparencia actúa claramente en contra de los intereses de los clientes.





En todas las operaciones analizadas BANCO SANTANDER no informo sobre las comisiones implícitas y/o explícitas cobradas a los clientes.”

“Señala el perito que el método de valoración del swap, aplicando el precio de mercado, se utiliza durante toda la vida del mismo. De tal modo que en el momento inicial de contratación del producto la valoración de lo que recibe cada parte debe ser igual a lo que paga, pues de otro modo la apuesta nacería desequilibrada a favor de una de las partes. Como recoge el Perito Prosper Lamothe en su Dictamen, el valor de mercado en el momento inicial debe ser cero para que el producto nazca equilibrado con la misma probabilidad de ganar o perder para cada una de las partes. Pero en los productos objeto de la presente litis, la entidad demandada, tal y como resulta acreditado por la prudente valoración de la prueba pericial aportada por la parte actora, ha alterado a su propio beneficio los tipos de mercado que deberían haberse fijado en la operación, con la consiguiente ventaja patrimonial y la consiguiente desventaja de la contraparte. Las explicaciones del perito al respecto aparecen debidamente justificadas, perfectamente explicadas y ampliamente razonadas, tanto en el contenido de su informe, como de las explicaciones ofrecidas en el acto del juicio; así concluye que tras la alteración de los tipos subyacentes el Banco tiene más probabilidades de ganar que el cliente. Por ese desequilibrio el banco debería pagar un precio, que no paga, se apropia de él, y esa es la forma de cobrar su comisión implícita, margen oculto o cualquier otro nombre que se le quiera dar a tal importante desequilibrio contractual. Las cosas son lo que son y no el nombre que se le quiera dar, el concreto nombre que le demos no afecta a la realidad e ilicitud de su cobro. Las comisiones implícitas imputadas en las





diferentes transacciones de swap contratadas por el grupo aparecen en los cuadros 3, 4 y 5. El precio de mercado de un swap en el momento inicial debe ser igual a cero, pues por propia naturaleza se trata de un producto que intercambia flujos futuros, y de existir un valor negativo del swap en el momento inicial el swap estaría naciendo con un desequilibrio favorable al banco. Se asume por tanto íntegramente el criterio manifestado por el perito e la parte actora y su clara conclusión al señalar que la apuesta en que consiste el swap nacía trucada a favor del banco, sin que el banco haya abonado al Cliente el precio a pagar por ese desequilibrio, por un importe total de 1.118.859 euro, estimándose en consecuencia íntegramente la demanda presentada.”

TERCERO.- En el caso de autos, la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de instancia fue completamente acertada, a juicio de la Sala, sin que exista errónea interpretación, ni tergiversación, ni una valoración irracional ni contraria a la lógica, y en este sentido debe indicarse que en el presente proceso quedó debidamente probado que en las cancelaciones anticipadas de los contratos, la parte demandada incumplió sus obligaciones contractuales, en concreto, incumplió el pacto según el cual los swaps se cancelarían a precios de mercado, presentando a la parte actora unas liquidaciones que no se correspondían con el valor de mercado de los productos a esa fecha, quedando asimismo probado en el proceso que, como consecuencia de ello, la parte demandada se embolsó a costa de la actora la cifra de 361.284 € , quedando acreditado debidamente en el proceso que dicha cifra total corresponde al siguiente desglose:

1º) Modalidad Swap Flotante Bonificado, , importe 256,519€,





vencimiento 29/05/2013, nocional 24.000.000 €.

2º) Modalidad Swap ligado al Inflación, , importe 61.616€,
vencimiento 27/04/2012, nocional 1.000.000€.

3º) Modalidad Swap Flotante Bonificado, importe 43.149€
vencimiento 29/05/2013, nocional 5, 000.000€.

Por otra parte, quedó debidamente probado asimismo, en el presente proceso, que la parte demandada incumplió” sus obligaciones contractuales, al haberse imputado en el momento inicial una ganancia por un total de 1.118.859€, conllevando ello una pérdida para el cliente por el mismo importe (en lugar de atribuirle un valor cero en el momento inicial, o producto equilibrado, al haber apostado las partes contratantes sobre un subyacente a futuro, dado la naturaleza de los swaps contratados), sin haber reestablecido la parte demandada el equilibrio posteriormente, quedando probado que la cantidad total antes referida, queda desglosada del modo siguiente:

1º) Swaps , subtotal, 938.267€, desglosado a su vez en la siguientes partidas:

- Swap Bonificado con Barrera Knock-In In Arrears, importe 424.127€, fecha 02/03/2005, comisión inicial 2, 806%.

- Swap Bonificado 3x12 con Barrera K-I.I.A., importe 20.760€, fecha 22/04/2005, comisión inicial 0,346%.

- Swap Bonificado Escalonado con Barrera K-I.I.A., importe 13.020 €, fecha 07/06/2005, comisión inicial 0,434 %.





- Swap Bonificado 3 x 12 con Barrera K-I.I.A., importe 2.400€, fecha 11/11/2005, comisión inicial 0,080%.

- Swap Bonificado Escalonado con Barrera K-I.I.A. importe 49.500 €, fecha 18/01/2005, comisión inicial 1,650 %.

- Swap B.E. con Barrera K-I.I.A., importe 28.800 €, fecha 18/01/2006, comisión inicial 0,480 %.

- Swap B. Reversible Media, importe 176.400 €, fecha 19/01/2007, comisión inicial 1,470 %.

- Swap Ligado a Inflación, importe 69.420 €, fecha 25/04/2007, nominal 1.000.000 €, comisión inicial 6,942 %.

- Swap Flotante Bonificado, importe 153.840 €, fecha 27/05/2008, comisión inicial 0,641%.

-2º) Swaps , S.L., subtotal, 114.617 €, desglosado en las siguientes partidas:

- Swap In Arrears 3x12, importe 2.134 €, fecha 08/11/2004, comisión inicial 0,25 %.

- Swap I.A. 3x12, importe 378 €, fecha 08/11/2004, comisión inicial 0,06 %.

- Swap B. 3x12 con Barrera K-I.I.A., importe 1.821 €, fecha 20/01/2005, comisión inicial 0,289 %.

- Swap B. 3x12, importe 4.080 €, fecha 20/01/2005, comisión inicial 0,48 %.

- Swap B. Escalonado, importe 11.544 €, fecha 19/01/2006, comisión inicial 1,480%.

- Swap Bonificado, importe 22.715 €, fecha 17/03/2006, comisión inicial 0,65 %.





- Swap B. Reversible Media, importe 18.900 €, fecha 19/01/2007, comisión inicial 0,54€.

- Swap B.R.M., importe 20.995 €, fecha 07/03/2007, comisión inicial 0,929 €.

- Swap Flotante B. importe 32.050 €, fecha 27/05/2008, c. inicial 0,64%.

-3º) Swap Proyectos I. , importe 65.975 €, fecha 01/12/2004, c. inicial 1,89%.

Sentado lo precedente, quedó probado en el proceso que no se informó con carácter previo al cliente en el caso de autos, es decir, con carácter previo a la contratación de los swaps, del método de estimación de una hipotética cancelación anticipada, ni se le proporcionó las bases del cálculo del coste de cancelación de las operaciones para poder verificar su corrección, habiendo quedado acreditado que la entidad demandada se imputó una ganancia determinada, con los detalles antes consignados al no haberle atribuido un valor de cero, o carácter equilibrado, a los productos en el momento de contratación, sin conocimiento ni consentimiento del cliente, sin haber sido negociado tampoco entre las partes contratantes.

Asimismo quedó probado en el caso de autos que la entidad demandada no informó previamente a la parte actora acerca de las cantidades o cargos que iba a realizar, y a cuyo pago ha sido condenada la parte demandada, e igualmente que los cargos referidos, al pago de cuyo importe total ha sido condenada en la sentencia de instancia, no fueron objeto de negociación por las partes, habiendo sido realizados sin conocimiento ni consentimiento de la parte demandante en el caso examinado, habiéndose





acreditado por la parte demandante los hechos constitutivos de la pretensión, conforme a las reglas del art. 217 LEC, sin que por la parte demandada se hayan acreditado hechos impeditivos, obstativos o extintivos de la pretensión deducida en la demanda (art. 217 LEC).

A este respecto, en relación con las expresiones de la sentencia (F.D.4º), referentes a las comisiones implícitas, margen oculto o cualquier otro nombre que se le quiera dar a tan importante desequilibrio contractual, debe tomarse en consideración que, cuando la sentencia alude en el último párrafo del F.D. Cuarto a la pretensión relativa a las denominadas “comisiones implícitas”, en el escrito de demanda, dicha resolución de primera instancia debe entenderse, y así resulta con claridad de su dicción literal, en el sentido de que tal pretensión ha sido estimada porque la parte demandante ha sufrido un daño patrimonial, como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte demandada, daño patrimonial que asciende a determinada cantidad, y a cuyo pago se condena a la parte demandada, remitiéndonos a lo antes argumentado, pero no debe interpretarse evidentemente, ni lo expresa así la sentencia, que el sentido del fallo, estimatorio o desestimatorio de dicha pretensión, dependiera de que el término aplicable al caso, desde un punto de vista técnico, o el más correctamente aplicable al caso, pudiera ser el término de comisión con exclusión y en contraposición con el término de margen, o viceversa, o de cualquiera de estos dos términos en contraposición con otro término, como el de coste, u otros, toda vez que la sentencia estimó dicha pretensión al considerar probado un determinado perjuicio (con acreditación de su existencia y de su cuantía), para la parte actora, como consecuencia del incumplimiento contractual de la entidad demandada, todo ello de conformidad con la consolidada jurisprudencia interpretativa del art.





1124 CC.

CUARTO.- Llegados a este punto, cabe añadir que carece de relevancia, en orden a resolver esta alzada, la circunstancia de que las entidades bancarias no estén obligadas a informar a sus clientes acerca de los márgenes o de los beneficios que aquéllas obtienen en sus operaciones con otras personas, distintas de la parte demandante, evidentemente, toda vez que esta cuestión es ajena a la cuestión objeto del presente litigio y es ajena a las pretensiones deducidas en la demanda, consistentes en la reclamación de determinada cantidad por el perjuicio patrimonial ocasionado a la demandante por los dos incumplimientos contractuales en que se fundamenta la demanda, analizados ambos en la sentencia de instancia y en la presente resolución; y por otra parte, cabe agregar que la consecuencia lógica de la argumentación con base en la cual se deduce la procedencia de estimar la demanda, es que en el caso de autos carece de relevancia, no tuvieron trascendencia las circunstancias de que la actora tuviera un Director Financiero, la experiencia previa, o que en los clientes profesionales, se presuma que pueden tomar sus propias decisiones de inversión valora sus riesgos, y similares, pues la irrelevancia en orden a resolver esta concreta alzada, resulta ser consecuencia lógica, como se indicó, de la argumentación fundamentadora de la estimación de la demanda, expresada en la sentencia de instancia y en la presente sentencia, y que damos por reproducida en este punto, en evitación de inútiles reiteraciones, todo lo cual implica la desestimación de las restantes alegaciones del recurso, referentes a los arts. 1124 y 1101 CC, a los arts. 1895 a 1901 CC y al art. 217 LEC, haciéndose hincapié, a este respecto, en el hecho de que no es óbice a la confirmación





de la sentencia estimatoria de la demanda, la circunstancia de que no sea de aplicación la doctrina de la acción de repetición por cobro indebido (requisitos, pago efectivo con animus solvendi, inexistencia de vínculo obligatorio entre solvens y accipiens, y error por parte de quién hizo el pago), toda vez que lo decisivo es la existencia de relaciones contractuales entre las partes litigantes así como los dos incumplimientos de sus obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada, con los detalles antes consignados, y la reclamación del perjuicio ocasionado como consecuencia de ambos incumplimientos.

QUINTO.- Se alega en el recurso la existencia de serias dudas de hecho y de derecho, en orden a impugnar el pronunciamiento judicial sobre las costas, con base en el art. 394-1 LEC, considerando la parte que estamos ante una cuestión esencialmente pericial, siendo la resulta del pleito una cuestión relegada a la interpretación de los informes de los peritos.

Ahora bien, no cabe apreciar la existencia de serias dudas de hecho o de derecho pues en el caso de autos los cálculos de la pericial de la parte actora no fueron contradichos ni desvirtuados, en realidad, por la pericial de la demandada, remitiéndonos en este punto a lo ya consignado en la presente resolución; de manera que no nos encontramos en la hipótesis de varias periciales radicalmente contradictorias entre sí, en extremos de esencial trascendencia, argumentación a la que cabe añadir la consideración de que la circunstancia de no haber suscrito un único producto, sino un elevado número de productos, puede conllevar cierta prolijidad, pero no una especial complejidad de la litis, a la vista del contenido de la demanda (s/t. pags. 5 a 14, fundamentación fáctica homogénea)

En consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento sobre costas por





ajustarse a lo dispuesto en el art. 394 LEC.

SSEXTO.- De lo anteriormente argumentado se deduce la procedencia de confirmar íntegramente la sentencia, con desestimación del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Procede imponer a la parte apelante las costas de la alzada, al haberse desestimado el recurso, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad BANCO SANTANDER representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER PEREZ ALMEIDA y dirigido por el Letrado D. JAVIER GILSANZ USUNAGA ., contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2013. dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Las Palmas de Gran Canaria, confirmándola íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

La presente sentencia esta sujeta al régimen de recursos previsto en el art. 477 y ss LEC.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.





Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. /as Sres. /as Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. /a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario/a certifico

