

Roj: SAP V 5264/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 9
Nº de Recurso: 567/2013
Nº de Resolución: 280/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO NÚM. 000567/2013
VTE

SENTENCIA NÚM.: 280/13

Ilustrísimos Sres.:
MAGISTRADOS
DON **GONZALO CARUANA FONT DE MORA**
DOÑA MARÍA ANTONIA GAITÓN REDONDO
DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a cinco de diciembre de dos mil trece.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000567/2013, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000824/2011, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE MONCADA, entre partes, de una, como apelante a BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, y asistido del Letrado don ANTONIO POVEDA BAÑON y de otra, como apelada a HORCHATA EL COSECHERO, S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales doña MARIA LUISA SEMPERE MARTINEZ, y asistida del Letrado don GABRIEL DUYOS LLEDO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A.

HECHOS

PRIMERO .- El auto apelado pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE MONCADA, en fecha 30 de enero de 2013, contiene la siguiente Parte dispositiva: "**Estimar parcialmente la demanda** interpuesta por la mercantil Horchata El Cosechero, S.L., contra la compañía mercantil Banco Español de Crédito, S.A., con los siguientes pronunciamientos: 1º.- Declaro la nulidad de pleno derecho del contrato sobre operaciones financieras suscrito en fecha 06 de febrero de 2007, con inclusión de su Anexo en que se formalizó la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable, por error -invalidante del consentimiento contractual producido a la demandante. 2.º No ha lugar a declarar la nulidad del contrato por contravenir la entidad demandada normas imperativas. 3º.- Declaro la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón del antedicho contrato, así como las demás que se perciban como consecuencia de las liquidaciones que de conformidad con el contrato hayan de realizarse hasta ejecución de sentencia, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los pagos efectuados. 4º.- Condenar a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos. 5º.- Condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO .- Que contra el mismo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER S.A., dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a

esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO. - Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La entidad Horchata El Cosechero SL presentó demanda contra Banco Español de Crédito SA (BANESTO) solicitando la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre litigantes en fecha de 6/2/2007 por concurrir vicio de error invalidante en la prestación del consentimiento y por vulneración de normas imperativas y se acuerde la restitución de las prestaciones recíprocas. La sentencia del Juzgado Primera Instancia estima la demanda y decreta la nulidad del contrato referido por concurrir error invalidante en la prestación del consentimiento con la obligación de efectuarse la restitución de las prestaciones. Se interpone recurso de apelación por Banesto por los motivos que a continuación meramente se enuncian: 1º) Vulneración de las normas reguladoras de la sentencia al concurrir incongruencia interna en la sentencia conforme a los artículos 216 y 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución Española; 2º) Infracción del artículo 1301 del Código Civil sobre la caducidad de la acción; 3º) Error en la apreciación de la prueba sobre la experiencia previa de la actora en la contratación de los productos y sobre la existencia del error como vicio en el consentimiento con infracción de los artículos 1265 y 1266 Código Civil ; 4º) Infracción de los artículos 1311 y 1313 Código Civil sobre la confirmación tácita al sanarse los vicios de que adoleciera el contrato y 5) Infracción de la doctrina de los actos propios razones por las que interesaba la revocación de la sentencia por otra que desestimase la demanda. La parte apelada solicita la confirmación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia añadiendo a los razonamientos del Juzgado Primera Instancia, que la demanda también se basaba en la infracción por Banesto de las normas imperativas.

SEGUNDO. El primer motivo de recurso de apelación invoca con apoyo en los artículos 216 y 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil, la incongruencia de la sentencia en cuanto falla la nulidad de pleno derecho por un motivo que no tiene tal carácter sino que es de anulabilidad que es precisamente la corrección que el propio Juez efectúa a la demandante. Con independencia que el recurrente no anuda efecto alguno a tal pretendido defecto procesal sobre la resolución recurrida es que tal motivo de apelación no puede ser estimado. Ciertamente existe al caso la contradicción de afirmar que concurre nulidad de pleno derecho por un vicio de anulabilidad y precisamente tal petición en ese sentido del suplico de la demanda, es corregida por el Juzgador en la fundamentación de la sentencia pero en cambio en el fallo se reproduce la leyenda suplicada en la sentencia, pero ello no resta un ápice a que la pretensión de la demandante ha sido estimada respetando la causa de pedir (hechos en que se funda la pretensión de la actora), vinculante para el órgano judicial no la literalidad con que se expresa la pretensión ejercitada y está suficientemente claro en la sentencia cual es el motivo (error) y causa (falta de información) que motiva el fallo de nulidad contractual y la parte no ha tenido inconveniente alguno en la formulación del recurso de apelación, acogiéndose a un mero punto excesivamente formal (literalidad de una expresión del fallo que además no se armoniza con su fundamentación) que no puede determinar la incongruencia de la sentencia, sino que es un mero error de transcripción, corrigiéndose por este Tribunal la dicción del primer pronunciamiento conforme posibilita el artículo 214-3 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

TERCERO. El segundo motivo de recurso de apelación es la infracción del artículo 1301 del Código Civil por cuanto la acción planteada está caducada por transcurso del plazo de cuatro años desde la fecha del contrato objeto de nulidad hasta la presentación de la demanda. El motivo no puede ser acogido en relación a la acción de anulabilidad y la sentencia del Juzgado Primera Instancia en su fundamento de Derecho Cuarto recoge el criterio ya adoptado por esta Sala en la sentencia de 11 de julio de 2011 (precisamente analizando un contrato y acción semejante al actual) basado en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo

en su sentencia de 11/6/2003, por lo que evidentemente se comparte la razón del Juzgador. Frente a dicha posición jurisprudencial la parte apelante invoca la sentencia de A.P. Vizcaya 30/9/2011 y de A.P. Tenerife de 18/5/2012 que no puede prevalecer sobre el criterio del alto Tribunal. El contrato es evidente que no se consuma en la fecha de su perfección dado el tiempo de vigencia y obligaciones de las partes pues las mismas finaban en 2012, y antes de tal año se interpone la actual demanda por lo que el motivo es de rechazar.

CUARTO. Invoca la parte recurrente el error de valoración de la prueba del Juzgador de la Instancia en cuanto a la experiencia financiera de la entidad actora, en cuanto a la información dada por el banco y en cuanto al error apreciado, al no concurrir los requisitos legales y jurisprudenciales para su apreciación. En cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil y dado que tales motivos versan sobre cuestiones de hecho, tras la revisión de los autos, pruebas practicadas y vistos los soportes de grabación audiovisual, este Tribunal, debe confirmar a salvo las precisiones fácticas que se dirán, la sentencia del Juzgado Primera Instancia y ya advierte que en este caso aparte de la documental reconocida por ambas partes, ha de cobrar especial relevancia, el testimonio del empleado de Banesto (a fecha de los hechos), Director de la Oficina sita en Alboraya donde se gestionaron los contratos y que personalmente medió en los mismos, Virgilio, de cuya declaración escasa referencia tiene la parte apelante porque de la misma se advierte que la entidad demandada desplegó una conducta plenamente contraria a las normas que en la promoción, oferta y contratación de esta clase de productos financieros complejos y de riesgo, impone la legislación sectorial del Mercado de Valores, desplegando una conducta falta de la necesaria transparencia y provocando, además, error en la prestación de consentimiento en la demandante. Para mayor claridad expositiva debe la Sala poner de relieve los siguientes apartados fácticos:

1º) La entidad demandante tiene por objeto social la fabricación, venta y distribución de horchata; no se decida al tráfico financiero y no consta que ostente productos de inversión financiera a salvo los concertados con Banesto; no siendo de recibo para concluir con tal experiencia en dicho sector financiero los años en que su administrador viene siendo empresario o que tenga negocios bancarios (préstamos o créditos) que no constituyen productos de inversión, carecen de complejidad técnica y por ende no son productos a los que se aplican las normas de conducta fijadas en la normativa de valores. 2º) El primer contrato (Doc.4 demanda) nominado de "Permuta Financiera De Tipos de Interés" se suscribe en 27/5/2004 con fecha de inicio de 28/5/2004 y vencimiento de 28/5/2007, con liquidaciones semestrales por un nominal de 256.000 euros (Doc. 4 de la demanda) y llama la atención la falta de firma de la demandante; consta en declaración expresa del Director de la sucursal de Banesto de Alboraya, Virgilio que fue él quien sugirió su concertación, (adverando por tanto la alegación de la demanda de que la actora fue incitada a contratar tal producto) no obstante estar impreso y prerredactado en el contrato que *"ninguna de las partes ha basado su decisión en alguna comunicación verbal o escrita de la otra parte que signifique una recomendación o asesoramiento de inversión"*. Los resultados de las dos primeras liquidaciones (28/9/2004 y 28/5/2005) son positivas para la demandante en 250,88 y 336, 64 euros, respectivamente. No se devengan más liquidaciones porque la entidad bancaria a principios de Julio de 2005 decide "reestructurar" (término expresado por los empleados de Banesto intervinientes en el acto del juicio) y ello porque el propio Virgilio, sugirió y aconsejó a la actora tal operación (adverando las alegaciones de la demanda de ser asesorada y aconsejada por el mentado Director), siguiendo las instrucciones de sus superiores (minuto 35 de grabación). Con tal declaración se desvirtúa por completo la respuesta del testigo Alfonso, Responsable de Mercado de la demandada, de ser el cliente quien pide la reestructuración. La entidad bancaria promotora de esa cancelación anticipada no abona cantidad alguna, ni practicó liquidación por esta cancelación (así afirmado en escrito presentado por Banesto a folio 86 del Tercer Tomo, ante el requerimiento para que aportase tales liquidaciones). 3º) Al tiempo de cancelar la precedente, en el mismo documento y de forma simultánea, sin solución de continuidad, por indicación del Director de la Oficina que sigue instrucciones de sus superiores, se suscribe una "Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente en Rango" con fecha de 5/7/2005 (Doc.5 demanda) con data de inicio en 12/7/2005 y vencimiento de 14/7/2008 por nominal de

256.000 euros con igual declaración impresa que la comentada supra y liquidaciones semestrales. El resultado de la primera liquidación es a favor de la entidad demandante en 839,60 euros y ya no se devengan más, porque la entidad bancaria en los mismos términos expresados en el anterior ordinal, decide cancelar ("Reestructurar") en fecha de 3/2/2006 (Doc. 7) (motivo no dispuesto en el pacto de vencimiento anticipado, cláusula segunda) y tampoco efectúa abono a la entidad demandante ni se practicó liquidación de cancelación por la misma razón expuesta en el ordinal precedente. 4º) En fecha de 3/2/2006 ante la decisión de Banesto de reestructurar la anterior permuta y por sugerencia y consejo de Virgilio, se firma a la vez en el mismo instrumento y de forma simultánea, sin solución de continuidad, la cancelación de la precedente permuta y la concertación de la "Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente en Rango Variable" (Doc.8) con data de inicio de vigencia de 7/2/2006 y vencimiento a 7/2/2009 por nominal de 320.000 euros y se dispone que *"Banesto abonará al cliente un importe fijo equivalente al 0,8040 % del importe Nominal de la Operación Cancelada, que se adjunta como Anexo I, dos días hábiles posteriores a la fecha de Inicio de la operación"*. Queda justificado con la declaración de los empleados de Banesto en juicio, en especial consideración al Director de la sucursal, que tal cantidad no se abonó. Las liquidaciones pasaban ahora a ser anuales. El día 6/2/2007, Banesto decide y promueve, al igual que los dos casos anteriores, "reestructurar" el producto y extinguirlo, siendo la liquidación primera a favor del banco de 3.270 euros que no se gira a la demandante. 5º) "Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable" (Doc. 9), sugerido por el Director de la oficina, plasmado en un único instrumento donde a la vez se cancela la anterior permuta y establece aquella. Lleva fecha de 6/2/2007 con inicio 8/2/2007, con vencimiento a 8/2/2012 por importe nominal de 600.000 euros y con barrera aplicable y liquidaciones semestrales. La cancelación del precedente y el nuevo contrato se remite todo ello en un solo documento, por Virgilio, en un único FAX de 6/3/2007 a "Everardo" (Doc 9) con la leyenda. "PASAME FIRMADOS LAS HOJAS 5 y 9", que Everardo remite con la firma en esas dos hojas cuarenta minutos más tarde. La primera liquidación negativa se produce en 1/8/2009 por 6.152,01 euros (previamente habían concurridos dos neutras y dos positivas de 190 y 287,35 euros) y el Director del Banco admite (adverando los hechos de la demanda) que producida la misma el Sr. Everardo acudió al banco a quejarse y si bien dijo no recordar si le pidió la cancelación, sí reconoció que solicitó al departamento pertinente de Banesto el coste de cancelación, admitiendo que el importe era elevado y por tal razón no se llevó a cabo, en lo que coincide con el testigo Alfonso, razón por la que no se reestructuró. En este contrato se dispone que la cancelación anticipada del tercer contrato obliga a Horchata El Cosechero a pagar a Banesto 4.354 euros que los empleados afirman no se abonó sino que pasó a engrosar el nominal de la última permuta financiera.

QUINTO. Es nota esencial y singular para la solución a este concreto litigio, como efectivamente pone de relieve el Juzgador en su Fundamento de Derecho Quinto, la relación de confianza entre el Director de la sucursal bancaria (Virgilio) y el administrador único de la demandante (Everardo) bajo cuyo prisma hay que analizar todo el proceso de contratación y forma de desarrollarse toda la contratación de la permuta financiera. Solamente por esta estrecha relación, cobra explicación y sentido lógico, la actuación de la entidad bancaria (consentida por al demandante), quien actúa de motu proprio en las decisiones de la inversión financiera de la entidad demandante, proponiendo y aconsejando no solo la inversión en permutas financieras sino de igual manera en todo los actos posteriores de reestructuración del producto que jamás fueron pedidos o solicitados por la entidad demandante. La actuación del Banco podemos afirmar siguiendo los criterios de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/11), dictada precisamente en productos -instrumentos financieros-(**swap**) semejantes al actual, indudablemente, constituye una auténtica y efectiva recomendación personalizada de la entidad bancaria y se califica de asesoramiento (tal como además en este caso se imputa en la demanda, Hecho Tercero, con reiteración a los consejos dados por el Director de la Sucursal que además ha declarado actuó por órdenes de sus superiores), siendo irrelevante para tal conclusión que efectivamente no exista un documento con tal clase de relación negocial, pues no es requisito constitutivo para esa clase de negocio. Es la única razón que otorga explicación cabal a que

teniendo Horchata El Cosechero SL resultados positivos a sus intereses, contrarios en cambio para la entidad bancaria, se cancelasen anticipadamente, es decir, de forma intempestiva en contra del contenido contractual, de forma inmediata ante dichos resultados, sin razón objetiva alguna. Los dos empleados de Banesto afirman en juicio se hizo por tener y evitar pérdidas al cliente, o en beneficio del cliente, declaraciones en el caso presente absolutamente insostenibles que ponen de manifiesto incluso la actuación contraria al fundamento expuesto de la reestructuración, no solo por esos resultados positivos devengados intangibles, sino también porque la pericial aportada por la demandante ha demostrado que las dos primeras permutas hubiesen seguido dando resultados positivos al cliente (dato no desvirtuado). La Sala pone de manifiesto que la conducta de la entidad bancaria es, precisamente, contraria al propio contenido literal del contrato, cuando ahora se pretende apoyar en esa literalidad para justificar su labor informativa, explicativa y buen hacer. Sin olvidar el carácter adhesivo de los pactos impresos y prerredactados del contrato, resulta, en el presente caso, de todo punto incierta e inveraz, la cláusula de no recomendación dispuesta en todos y cada uno de los cuatro contratos, pues precisamente se demuestra todo lo contrario dada la contundencia en tal sentido del testigo Virgilio, quien sugirió y aconsejó, siguiendo instrucciones de sus superiores, no solo la inicial permuta sino también todo ese rosario de cancelaciones y reestructuraciones. En contra igualmente de la literalidad del pacto, resulta contradictorio por no decir plenamente abusivo, que el Banco decida por tres veces de forma unilateral sugerir y recomendar reestructurar el producto (sin dar razón o explicación lógica de esa novación contractual) y cuando, en cambio, se peticiona tal cancelación por el cliente (aunque la demandada lo niegue, se justifica por los actos del Director de la Oficina) negarse y defender en este proceso que el contrato no lo permite. Resulta igualmente contrario a los pactos contractuales respecto al abono por cancelación anticipada, que cuando es el banco quien decide y recomienda acabar con estas operaciones con resultado positivo para el cliente, no hay abono por cancelación, siquiera practica la preceptiva liquidación, pero, en cambio, si cuando es el cliente quien no desea seguir con el producto financiero, a quien se le exige, entonces, una elevada cantidad de dinero. Si la entidad bancaria conforme a la normativa expuesta por el Juzgador de la Instancia que la Sala hace suya y reproduce en aras a inútiles repeticiones, debe actuar de acuerdo el artículo 78 de la Ley de Mercado de Valores con una norma esencial de conducta (desarrollada en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores redactado conforme a la Ley 44/2002 de 22 de noviembre), explicitada en "*comportarse con la diligencia y transparencia en interés de su cliente*", claramente, por lo expuesto, se vulnera de forma frontal tal norma de actuación porque da muestra de una actuación compleja sin la claridad exigible, en interés exclusivo y personal del Banco.

SEXTO. El Tribunal da por reproducido el Fundamento de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto al deber de información precontractual y contractual que ostenta la entidad demandada en la comercialización de las permutas financieras en los términos legales vigentes a su concertación correctamente delimitados por el Juzgador de la Instancia. Es evidente que en el último contrato cuya nulidad se peticiona, dado el cambio estructural del producto (se incrementa -dobla- el nominal, se incrementan los años de duración del contrato, se coloca barrera, se nómina de forma diferente a los precedentes), es una permuta financiera diversa a las canceladas precedentemente (el propio testigo reconoció ser contratos distintos) y al remitirse vía FAX, no se da explicación alguna de la razón de la novación contractual y llama la atención el tratamiento dispensado al destinatario en la hoja inicial que reincide en esa confianza entre personas y el anuncio principal y personal emitido por el Director en la hoja primera donde únicamente pide la firma de dos de las nueve hojas (no se explicita la causa o razón de cancelar la precedente, no se alerta de las modificaciones introducidas, no se explicita la incidencia que producen tales modificaciones, ni la razón de su causa, siquiera el ruego de firmar tras atenta lectura), denotando el máximo interés del Banco en la firma con celeridad del documento. Ello culmina, dada esa confianza, con la firma inmediata sin la presencia del empleado del Banco. Por tal razón no resulta atendible la defensa del Banco de haber exhibido la ficha obrante como documento 8 de la contestación, cuando no hubo reunión presencial entre Director y el Sr. Everardo (es llamativo incluso que Virgilio con exhibición de tal ficha no recordarse si la había exhibido) o cuando dicho

instrumento dice que el producto de inversión es pedido por el cliente, lo que al caso no es real sino totalmente incierto. Por tanto, es clara la deficiente información y explicación de la razón o causa de firmar este contrato, que no puede ser suplida por su contenido literal impreso y prerreducido. Si al cliente, en tal relación de confianza, dada la actuación precedente del Banco, se le ha puesto de manifiesto que no obstante la literalidad del contrato, cualquier parte contractual puede darlo por vencido en cualquier momento y sin coste alguno, debió la entidad demandada hacerle saber que tal modo de actuar no tendría eficacia en lo sucesivo y se ajustarían a los pactos contractuales y la demandada no puede defender que tal conocimiento se deriva del propio contenido literal del contrato, porque siendo idéntico en todas las permutas financieras suscritas, la voluntad de los contratantes fue otra muy distinta al permitirse su cancelación intempestiva y sin indemnización alguna, por lo que resulta plenamente averada la afirmación fáctica de la demanda (página 3 y 4) de que a la actora se le indicó que el producto no le iba a suponer coste alguno y podía ser cancelado cuando quisiera. Con dicha creencia se suscribe el contrato objeto de autos (que lleva adjuntada la cancelación del precedente sin indemnización) y la misma afecta a elementos esenciales del contrato, al incidir directamente en la causa de su extinción, que como se ha expuesto fue pedida por la actora, y resultó ser inexacta dada la posición de la entidad bancaria, concurriendo los requisitos del artículo 1265 y 1266 del Código Civil, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21/11/2012 reglando el error en contrato semejante al actual y ratificada en la reciente de 29/10/2013, tal error vicio se forma cuando se otorga el consentimiento a partir de una creencia inexacta, conllevando una representación mental equivocada o no real. La parte recurrente invoca que no hubo error excusable por la experiencia financiera de la entidad actora precisamente por los tres contratos de permuta financiera suscritos con carácter previo y cancelados. Estimamos que la diferencia esencial para esta Sala en este concreto caso de otros enjuiciados, es la acreditada singular relación de confianza que determina que la demandante siempre actuaba a propuesta y aconsejada por la entidad demandada y sin la prestación de la información o explicación oportuna en toda esta línea compleja de cancelación-reestructuración, (tres actos de estos en el período de un año y nueve meses), pues de estar correctamente informado sobre el fundamento de esa reestructuración, es evidente que no hubiese cancelado las operaciones que le estaban dando un resultado positivo dado que esas reestructuraciones jamás fueron pedidas, instigadas o sugeridas por el cliente, ni la actora decidió el contenido de las mismas. Por tanto es real la afirmación de que tales productos se suscribían (reestructuraban) con la creencia de no producirle costes y poder ser cancelados en cualquier momento, pues el Director comunicaba a la actora simplemente que iba en su beneficio y que nada le costaría su cancelación (como de facto había realizado el banco) y la realidad con la última permuta fue bien distinta como se ha expuesto.

SEPTIMO. Invoca por último la parte apelante, con apoyo en los artículos 1311 y 1313 del Código Civil, la sanación del contrato anulable por la doctrina de los actos propios. Acierta plenamente el Juzgador al rechazar tales defensas. La recurrente insiste en que dado el tiempo de transcurrido hasta la reclamación de la actora y liquidaciones practicadas quedó confirmado o sanado el contrato. Si tenemos en cuenta el contrato objeto de anulación, nada más recibir Horchatas El Cosechero SL, la primera liquidación negativa, planteó su disconformidad, dato reconocido por Virgilio y a partir de ahí no han cesado las quejas de acuerdo con la documental aportada con la demanda. No puede invocar la parte demandada la aceptación de las liquidaciones previas, como acto de confirmación, desde el momento en que reconoce que no se efectuaron y en todo caso, la única efectiva negativa de los precedentes canceladas, es la del tercer contrato que se devengó un día después de su extinción contractual y además no se le cargó a la demandante, desconociendo incluso si se comunicó al mismo, dada su falta de aportación. Como bien expuso el testigo Virgilio, le dijo al Sr Everardo que las reestructuraciones no le iban a costar nada y efectivamente no consta cargo alguno de las mismas hasta la de agosto de 2009 que es cuando se formula la queja. Tampoco existen liquidaciones de cancelación de los tres primeras permutas por lo que perfectamente podía pensar la actora que tal cancelación nada iba a costarle y en contra de los propios actos del Banco, en cambio, se le pide a la actora un coste alto por la cancelación

del último contrato. Por todas las consideraciones expuestas el recurso de apelación ha de ser desestimado.

OCTAVO. Las costas causadas por el recurso de apelación se imponen a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Juzgado Primera Instancia Moncada 2 en proceso ordinario 824/2011, confirmamos dicha resolución imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante con la pérdida del depósito constituido para recurrir. Se corrige el error habido en el Fallo de la sentencia del Juzgado en su primer pronunciamiento eliminándose la expresión "de pleno derecho". Notifíquese esta resolución a las partes personadas, y a su tiempo, con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia. Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.