

SENTENCIA número 430/12

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION NOVENA

Ilmos. Sres.:

D^a Rosa M^a Andrés Cuenca
D. Gonzalo Caruana Font de Mora
D^a Purificación Martorell Zulueta

En la ciudad de Valencia, a **4 de diciembre de 2012.**

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a **Rosa María Andrés Cuenca**, el presente Rollo de Apelación número **515/12**, dimanante de los Autos de Juicio **Ordinario 774/11**, promovidos ante el **Juzgado de Primera Instancia número 4 de Catarroja**, entre partes; de una, como **demandado apelante**, BANCO DE SANTANDER, SA, representado por el procurador Jesús Rivaya Carol, y asistido por el letrado ██████████ ██████████, y de otra, como **demandante apelado**, ██████████ ██████████ ██████████, representada por el procurador Manuel Hernández Sanchis, y asistida por la letrada María Dolores Arlandis Almenar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de **Primera Instancia número 4 de Catarroja**, en fecha **7 de marzo de 2012**, contiene el siguiente FALLO: "*Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por doña ██████████ ██████████, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar celebrado entre las partes en fecha 7 de julio de 2008. Condenando a la entidad BANCO SANTANDER, SA a restituir, en su caso, a la actora las cantidades cargadas en su cuenta, así como los intereses legales correspondientes. Y declarando la obligación de la entidad BANCO SANTANDER, SA de retirar a la actora de cualquier registro de impagados en la que haya sido incluida como consecuencia de las*

operaciones antedichas. Con expresa condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.-Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.-Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia 4 de Catarroja dictó sentencia, con fecha 7 de marzo de 2012, estimando la demanda interpuesta por ██████████ contra BANCO DE SANTANDER SA, declaraba la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de confirmación de opciones de tipo de interés, collar, celebrado entre las partes el 7-7-08, condenando a la entidad BANCO DE SANTANDER SA a restituir en su caso a la actora las cantidades cargadas en su cuenta, así como los intereses legales correspondientes, declarando la obligación de la entidad BANCO SANTANDER SA de retirar a la actora de cualquier registro de impagados en que haya sido incluida como consecuencia de las operaciones anteriores Con expresa condena en costas a la demandada. Ar umentaba la sentencia, en definitiva, que cabía apreciar que la información prestada por la demandada fue sesgada e incompleta, que el consentimiento, por ello, no fue prestado de forma perfecta, sino que es de apreciar la concurrencia de error en la parte actora, sobre elemento esencial y excusable, determinante de la nulidad del contrato que se postula, resaltando además la aplicación de la normativa MIFID, la de protección de consumidores y usuarios, y el refuerzo del deber de información que deriva de aquella.

Recurrió en apelación la entidad bancaria demandada, que alegó, como motivos de recurso, los que seguidamente se exponen:

a) Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil.- Hay que partir de la presunción de validez de los contratos. El error tiene carácter excepcional. La literalidad del contrato impide el error, todos los *swaps* tienen un elemento aleatorio, todos los contratos que pueden ser complejos están explicados en el CMOF y en la confirmación. Se advierte de que la cancelación anticipada será a precios de mercado, lo que puede suponer un pago para el cliente. Fue informado y asumió los riesgos en su propio interés y beneficio.

-El error no es esencial, en ningún caso, porque los aspectos fundamentales del contrato se explican en el mismo.

-El error ha de ser inexcusable. Cada parte ha de informarse de aquellas circunstancias relevantes para ella. Esta parte ha de demostrar el empleo de diligencia suficiente. Esto depende de la condición de las personas, no de avatares posteriores (fluctuaciones de los tipos de interés) pues la bajada producida era imprevisible.

b) Infracción de los artículos 316, 326 y 376 de LEC, al valorar la prueba practicada. El error ha de ser esencial e inexcusable y la actora no mostró duda alguna; la conclusión

de que existe error no es lógica ni razonable, ya que el contrato es auto-explicativo, es claro, y la sentencia no da importancia a la lectura del contrato y las advertencias que el mismo contiene. El propio esposo de la actora reconoce tal aspecto –la lectura- por lo que no pudo considerar que era un contrato de seguro. La declaración del director de la oficina se traspone, en la sentencia, en forma sesgada, no pudiendo determinar la consecuencia obtenida, pues la ausencia de test de idoneidad o conveniencia queda obviada porque es un producto de cobertura, y porque se advierte al cliente que “NO es adecuado”. La simple vulneración de normativa administrativa no puede conllevar la nulidad, en ningún caso. El contrato no es un *seguro*, sí se califica, por esta parte, como “de cobertura”, lo que es cuestión distinta. No se puede negar el coste del producto, vinculado a fluctuación de tipos de interés, pues resulta de su literalidad, siendo conocido el nivel de riesgo de la actora por sus propios mecanismos, sin que la información de CIRBE pueda considerarse “inexacta”. La documentación es clara y precisa: se remite a su propia prueba pericial, de la que se deduce que de haberse mantenido la tendencia cuando se firmó, en cuanto a los tipos de interés, no se habría producido resultado negativo para la actora. En cuanto a la cancelación es posible, depende del mercado –y del momento en que se acuerde- y es equivalente para ambas partes.

c) Infracción de la carga probatoria.- Artículo 217 LEC. Firmó el contrato libremente, tras leerlo. No prueba vicio del consentimiento. La trascendencia invalidante del error requiere prueba plena.

d) Infracción de los artículos 1311 y 1313 del Código Civil: Vicio en el consentimiento determina la anulabilidad del contrato. Es posible la sanación por transcurso del tiempo sin deducir reclamación alguna. La demanda se presenta en Febrero de 2011, y el contrato se había suscrito en Julio de 2008.

Solicitó la revocación de la sentencia recurrida, por estimación del recurso planteado, y la desestimación de la demanda. La parte actora se opuso al recurso planteado, solicitando su confirmación, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se ACEPTA la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en que seguidamente se incidirá, teniendo en cuenta los motivos de recurso planteados.

Esta Sala ha afirmado en multitud de resoluciones, entre las más recientes la dictada en rollo 587/12 con fecha 26-11-12, en relación a este tipo de contratos, y a la información precontractual y los presupuestos que han de ser observados con anterioridad a la suscripción del contrato lo que sigue:

“Ciertamente, y como ya ha indicado esta Sala en resoluciones anteriores, los contratos de permuta financiera de tipos de interés son contratos complejos y tal circunstancia obliga a un plus en las obligaciones de información que le competen a la entidad bancaria. La Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, vigente a la fecha de la contratación de las dos primeras operaciones (2006 y 2007), tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, regulaba en su artículo 79 bis el deber de información, exigiendo a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso, debiendo practicarse la información (Art. 79 bis.2), de modo que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” (Art. 79 bis.3); esto es, y como decíamos en Sentencia de 6 de octubre de 2010, que el cliente conozca y comprenda el alcance y contenido de la

operación y el riesgo que asume. Por otra parte, en relación con el contrato suscrito en el 2008, no consta acreditado en los autos que conforme la normativa MiFID, a los efectos de determinar y valorar las normas de conducta en las relaciones con el cliente, la entidad GRUPO GESTIÓN NB 2004 SL haya de tener otra consideración que no sea la de minorista, y por tanto con el mayor nivel de protección, por lo que con independencia de que por la entidad demandante se hubiera realizado la previa contratación de los otros dos contratos de permuta financiera anteriores en el tiempo (2006 y 2007), la entidad bancaria demandada debió realizar el test de conveniencia con carácter previo a su contratación. En definitiva, también la operación de permuta financiera de tipos de interés suscrita en 2008 ha de considerarse instrumento financiero complejo, conforme a lo establecido en el apartado 8 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007), y como tal producto complejo, dada la condición de minorista de la mercantil actora, debió realizarse con carácter previo a la contratación el test de conveniencia a los efectos de valorar si el producto era adecuado para el cliente (art. 79 bis LMV), por lo que faltando el cumplimiento de dicha obligación y según el criterio que a este respecto viene manteniendo esta Sala dada la difícil comprensión del producto, y no constando la debida advertencia por parte de la entidad demandada, no cabe más que concluir la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de instancia, sin que al caso sea de estimar el carácter inexcusable del error de consentimiento que se alega por la parte recurrente bajo el argumento de que el legal representante de la entidad actora declaró no haber leído el contrato, pues de la completa declaración del mismo –Sr. Navarro– resulta que sí procedió a la lectura de los contratos si bien no los entendió con la repercusión que luego tuvieron, habiendo procedido a su firma por pura confianza con el Banco, para cubrirse frente a la subida de los tipos de interés y en la creencia de que se trataba de un seguro que la entidad bancaria ofrecía a los buenos clientes, por lo que no se aprecia por la Sala que la sentencia apelada incurra en la infracción que de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil se alega por la recurrente en relación a la interpretación del denunciado vicio de consentimiento.

Asimismo, en reciente sentencia de 5/11/12, dictada en rollo de apelación 585/12, con referencia a otras precedentes indicábamos:

“como dijimos en sentencia de 6 de octubre de 2010 (R.A 366/10, Pte. Sr. Caruana), “La existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada (sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998, entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado (SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 y SAP Pontevedra 7/4/2010) y otras que han dictaminado su validez, (SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010), la solución del supuesto pasa por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en el presente caso”, añadiendo que “El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa ” (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación.” Finalmente se indicaba, “Respecto al perfil del cliente del que depende la norma de conducta informativa por la entidad bancaria, no se discute la cualidad de minorista de la entidad actora y que nos encontramos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento; circunstancias que obligan a la entidad en la fase informativa a tenor del artículo 79 bis 7) de la Ley Mercado Valores a practicar el llamado test de conveniencia (conforme al artículo 73 del RD 218/2008 citado) y ello no responde sino a cumplimentar

que el cliente conozca y comprenda en los términos expuestos supra, la operación a suscribir”.

Pues bien, en el caso de autos, y pese al tenor literal del contrato arriba transcrito en lo que a esta cuestión interesa, no consta el cumplimiento por parte de la entidad bancaria de la normativa MiFID vigente a la fecha de la contratación, sin que a la presente resolución pueda servir de guía, como pretende la entidad Catalunya Banc, lo dicho por esta misma Sala en sentencia de 18 de julio de 2011 (R.A 435/11), en tanto se trataba de supuesto en el que había quedado acreditado que la parte contratante había manifestado expresamente su voluntad de no hacer el test, lo que hacía de aplicación al caso la previsión contenida en el artículo 19.5 de la Directiva 2004/39/CE, mientras que en el caso de autos el resultado del test de conveniencia que aparece unido al folio 223, y en el que aparece relleno el cuadro correspondiente a la expresión “no deseo hacer el test”, no consta firma alguna, habiéndose negado expresamente por la entidad actora haberle sido solicitado la realización del test de conveniencia. A este respecto se ha de tener en cuenta el artículo 19 de la Directiva, que fija las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes con arreglo a los siguientes términos:

“1. Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.

2. Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales.

3. Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre:

- la empresa de inversión y sus servicios,

- los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares,

- centros de ejecución de órdenes, y

- gastos y costes asociados,

de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

6. Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados), OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. Se considerará que un mercado de un tercer país es equivalente a un mercado regulado sin cumplir unos requisitos equivalentes a los establecidos en el título III. La Comisión publicará una lista de los mercados que deben considerarse equivalentes. Esta lista se actualizará periódicamente,

- que el servicio se preste a iniciativa del cliente o posible cliente,

- que se haya informado claramente al cliente o posible cliente de que en la prestación de dicho servicio la empresa de inversión no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y de que, por tanto, el cliente no goza de la correspondiente protección de las normas de conducta pertinentes; esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado,

- que la empresa de inversión cumpla las obligaciones que le impone el artículo 18.

7. La empresa de inversión creará un registro que incluya el documento o documentos objeto del acuerdo entre la empresa y el cliente que estipulen los derechos y las obligaciones de las partes y las demás condiciones en las que la empresa prestará servicios al cliente. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato podrán indicarse mediante referencia a otros documentos o textos jurídicos.

8. El cliente deberá recibir de la empresa de inversión informes adecuados sobre el servicio prestado a sus clientes. Dichos informes incluirán, en su caso, los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

9. En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo.

10. Para asegurar la necesaria protección de los inversores y la aplicación uniforme de los apartados 1 a 8, la Comisión adoptará, de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 64, medidas de ejecución que garanticen que las empresas de inversión cumplan los principios en ellos mencionados cuando presten servicios de inversión o auxiliares a sus clientes. Estas medidas de ejecución detalladas tendrán en cuenta:

a) la naturaleza del servicio o servicios ofrecidos o prestados al cliente o posible cliente, teniendo en cuenta el tipo, objeto, magnitud y frecuencia de las operaciones;

b) la naturaleza de los instrumentos financieros que se ofrecen o se prevé ofrecer;

c) el carácter particular o profesional del cliente o posible cliente”.

Como ya se ha indicado, no consta la previa realización del test de conveniencia sin que tampoco concorra prueba de la negativa por parte del cliente a su realización, siendo necesario tener en cuenta que, conforme a la graduación de la tipología del cliente que se establece en la normativa MiFID a los efectos de determinar y valorar las normas de conducta en las relaciones con los clientes, la entidad ...tiene la consideración de minorista, y por tanto con el mayor nivel de protección, y no de cliente profesional en tanto ésta última –que parece pretender la parte apelante al alegar de forma reiterada la contratación de la mercantil actora con la Administración del Estado y Comunidad Autónoma – exige conforme al artículo 78 bis 3.c) de la Ley del Mercado de Valores que se trate de una empresa que reúna, al menos, dos de las siguientes condiciones, el total de las partidas del activo igual o superior a 20 millones de euros, el importe de su cifra anual de negocios igual o superior a 40 millones de euros, y recursos propios iguales o superiores a 2 millones de euros, criterios éstos de valoración económica que no han resultado acreditados en autos; por ello, y con independencia de que por ...se hubiera realizado la contratación de un producto “SWAP” anterior en el tiempo al contrato “Collar con Barreras y Compensación” -cuyas condiciones y características no son iguales-, la entidad CATALUNYA BANC debió realizar el test de conveniencia con carácter previo a su contratación, sin que, además, pueda olvidarse a este respecto la evidente relación de confianza existente entre el director de la oficina bancaria en que se verificó la contratación y los legales representantes de la mercantil...-lo que así resulta incluso de la forma en que dichas personas se dirigieron unas a otras en el acto de la vista al momento de la declaración del director de la oficina Sr. Espada-, determinante de que la Sra. ... firmase dicho contrato sin proceder previamente a su lectura, y ello aún no dándole a esta última circunstancia el valor de error inexcusable.

En definitiva, el contrato “Collar con Barreras y Compensación” debe considerarse un

instrumento financiero complejo conforme a lo establecido en el apartado 8 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, al establecer dicho precepto que “no se considerarán instrumentos financieros no complejos... (ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley”, quedando incluidos en el apartado 2 del citado artículo 2, “contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, y otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo”. Como tal producto complejo, y dada la condición de minorista de la mercantil..., la entidad ..BANC debió de realizar el test de conveniencia a los efectos de valorar si el producto era adecuado para el cliente (art. 79 bis LMV), por lo que faltando el cumplimiento de tal obligación y dada la difícil comprensión del producto y el carácter ininteligible no solo de su clausula sino también de las estipulaciones contenidas en el contrato marco de operaciones financieras (24/09/2007) –f... -, no cabe más que concluir la confirmación del pronunciamiento a este respecto contenido en la sentencia dictada en la instancia.

Igualmente, en sentencia dictada en 14-5-12 (RA 122/12) en contrato suscrito, en uno de los casos, en septiembre de 2008, se expresaba que:

Por otra parte, conforme a la graduación de la tipología del cliente que se establece en la normativa MiFID a los efectos de determinar y valorar las normas de conducta en las relaciones con los clientes, la entidad ...tiene la consideración de minorista, y por tanto con el mayor nivel de protección, y no de cliente profesional en tanto ésta última exige, conforme al artículo 78 bis 3.c) de la Ley del Mercado de Valores, que se trate de una empresa que reúna, al menos, dos de las siguientes condiciones, el total de las partidas del activo igual o superior a 20 millones de euros, el importe de su cifra anual de negocios igual o superior a 40 millones de euros, y los recursos propios iguales o superiores a 2 millones de euros, criterios éstos de valoración económica que no resultan acreditados en autos; por ello, y con independencia de que por la entidad demandante se hubiera realizado la previa contratación de un otros CLIP anterior en el tiempo a los contratos a que se viene haciendo referencia, la entidad bancaria demandada debió realizar el test de conveniencia con carácter previo a su contratación. En definitiva, los contratos CLIP ACTUALIZADO 7-2.3 Y CLIP EXTRA 08 6, han de considerarse instrumentos financieros complejo conforme a lo establecido en el apartado 8 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007), al establecer dicho precepto que “no se considerarán instrumentos financieros no complejos... (ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley”, quedando incluidos en el apartado 2 del citado artículo 2, “contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, y otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo”. Como tal producto complejo, y dada la condición de minorista de la mercantil TS, la entidad B debió realizar, con carácter previo a la contratación, el test de conveniencia a los efectos de valorar si el producto era adecuado para el cliente (art. 79 bis LMV), por lo que faltando el cumplimiento de tal obligación y el criterio que a este respecto viene manteniendo esta Sala, dada la difícil comprensión del producto y la previsible bajada de los tipos de interés a las fechas en que se produce la contratación que por razón de la actividad que le es propia debió advertir la entidad demandada, especialmente en el caso del último contrato, no cabe más que concluir la confirmación del pronunciamiento a este respecto contenido en la sentencia de instancia, sin que a los efectos de la presente resolución pueda tener incidencia alguna la denominada por ..“operación espejo”, que supone la contratación en paralelo del mismo contrato con otra entidad financiera con posiciones en sentido inverso a las ofrecidas al cliente, pues tal denominada <<cobertura>> suscrita por la demandada resulta ajena a los contratos objeto de autos.

La sentencia de esta Sala de 10-7-12, dictada en rollo 282/12 y con referencia a la recaída en Punto de partida de nuestro análisis ha de ser, con invocación de la sentencia dictada por esta Sala en rollo 84/11, de fecha 29 de Marzo de 2.011 -por todas-, los pronunciamientos generales establecidos en supuestos en que, como el presente, se demanda la nulidad de un contrato similar al aquí suscrito. Decíamos en aquella resolución lo siguiente:

“La parte recurrente insiste en el cumplimiento, por su parte, del deber de información, precisa, exhaustiva y detallada que exige un producto tan complejo como el contratado por la parte

actora. Alude, básicamente, a la existencia de un producto análogo anterior y, de ahí, conjuntamente con que, en el momento inicial de la suscripción del producto precedente (no en relación con el presente) no se hallaba en vigor la normativa MIFID, cuestión esta que analizaremos con posterioridad.

Cabe resaltar, de entrada, que esta Sala se ha pronunciado ya respecto de cuestiones análogas a la aquí examinada, si bien en relación a producto de otra entidad bancaria, afirmando, en cuanto en general resulta de aplicación lo que sigue, en sentencia dictada el 6 de Octubre de 2010 en que se expresa lo que sigue:

“La existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada (sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998, entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado (SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 y SAP Pontevedra 7/4/2010) y otras que han dictaminado su validez, (SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010), la solución del supuesto pasa por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en el presente caso. Esa ha sido la función de la Juzgadora de Instancia, efectuada de forma correcta, cuyos razonamientos y conclusión la Sala acepta y comparte.

De entrada es de señalar que el contrato suscrito denominado “gestión de riesgos financieros” (nominado comercialmente CLIP...EXTRA), en otros supuestos llamados “permuta de cuotas de tipo de interés” o “swap de tipo de intereses” es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado notional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe notional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo de interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituir un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros.

El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha

de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

Respecto al perfil del cliente del que depende la norma de conducta informativa por la entidad bancaria, no se discute la cualidad de minorista de la entidad actora y que nos encontramos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento; circunstancias que obligan a la entidad en la fase informativa a tenor del artículo 79 bis 7) de la Ley Mercado Valores a practicar el llamado test de conveniencia (conforme al artículo 73 del RD 218/2008 citado) y ello no responde sino a cumplimentar que el cliente conozca y comprenda en los términos expuestos supra, la operación a suscribir"

Esta ausencia es la que precisamente pone de relieve la sentencia de primera instancia, que, contrariamente a lo que expresa el recurrente en su escrito de interposición de recurso, en modo alguno exige una prueba diabólica o de imposible cumplimiento respecto de los extremos de información omitida, sino que, al contrario, matiza convenientemente que ni es suficiente la presunta información precedente sobre un producto similar, al que no se refiere, en modo alguno, la presente demanda, ni consta el cumplimiento, en este caso, de la normativa MIFID, aludiendo a la circunstancia anterior, pese a que, cuando se contrató el presente, ya se hallaba vigente.

...- Varias son, sin embargo, las concretas deficiencias, en cuanto a la información efectuada, que pone de manifiesto la resolución recurrida, y se refieren, por una parte, al incumplimiento de la normativa conocida como MiFID derivada de la Directiva 2004/39/CE, y sus normas de desarrollo -la Directiva 2006/73/CE, el Reglamento 1287/2006 de la Comisión y los textos legales derivados del asesoramiento del Comité de Reguladores Europeos (CESR)-, **serán de aplicación a todas las personas y entidades que actúen en los mercados de valores. MiFID afectará a la forma de operar de las empresas de servicios de inversión, a su organización y a cómo se relacionan dichas entidades con sus clientes. Los objetivos principales, a obtener, en cuanto aquí resulta relevante se dirigen a reforzar la protección a los inversores, a través de un suministro de información de mayor calidad, el establecimiento de una mayor transparencia en los mercados de valores, el perfeccionamiento de las normas de conducta en la relación con los clientes, y la aplicación del principio de mejor ejecución por parte de las ESI, consistente en la obligación de obtener el mejor resultado posible al ejecutar órdenes de clientes. Pero además de una adecuada información y transparencia dirigida al inversor, se exigirá que las empresas de inversión, en su labor de comercialización de productos, adecuen previamente su oferta al test de idoneidad o conveniencia del cliente.**

Tal cuestión no la discute, en sí, la parte demandada, que se limita, y reitera, a referir que la ausencia de tal información, que es constatable, deriva de una circunstancia esencial, a valorar, cual es la existencia de un contrato precedente, análogo al presente, respecto del que ninguna nulidad se postula, y cuya contratación derivó, precisamente, de iniciativa de la parte demandante y no de la entidad bancaria. Sin embargo, no podemos compartir la misma, pues la normativa anteriormente referida, y, especialmente, en cuanto a la información concreta a prestar, que debe reforzarse y ser de mayor calidad y, sobre todo, respecto de los test de idoneidad, previos a la contratación del producto. Así el artículo 19 de la Directiva citada en primer lugar, fija tales normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes:

1. Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.

2. Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales.

3. Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre:

- la empresa de inversión y sus servicios,
- los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares,
- centros de ejecución de órdenes, y
- gastos y costes asociados,

de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

6. Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados), OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. Se considerará que un mercado de un tercer país es equivalente a un mercado regulado sin cumplir unos requisitos equivalentes a los establecidos en el título III. La Comisión publicará una lista de los mercados que deben considerarse equivalentes. Esta lista se actualizará periódicamente,
- que el servicio se preste a iniciativa del cliente o posible cliente,
- que se haya informado claramente al cliente o posible cliente de que en la prestación de dicho

servicio la empresa de inversión no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y de que, por tanto, el cliente no goza de la correspondiente protección de las normas de conducta pertinentes; esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado,

- que la empresa de inversión cumpla las obligaciones que le impone el artículo 18.

7. La empresa de inversión creará un registro que incluya el documento o documentos objeto del acuerdo entre la empresa y el cliente que estipulen los derechos y las obligaciones de las partes y las demás condiciones en las que la empresa prestará servicios al cliente. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato podrán indicarse mediante referencia a otros documentos o textos jurídicos.

8. El cliente deberá recibir de la empresa de inversión informes adecuados sobre el servicio prestado a sus clientes. Dichos informes incluirán, en su caso, los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

9. En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo.

10. Para asegurar la necesaria protección de los inversores y la aplicación uniforme de los apartados 1 a 8, la Comisión adoptará, de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 64, medidas de ejecución que garanticen que las empresas de inversión cumplan los principios en ellos mencionados cuando presten servicios de inversión o auxiliares a sus clientes. Estas medidas de ejecución detalladas tendrán en cuenta:

a) la naturaleza del servicio o servicios ofrecidos o prestados al cliente o posible cliente, teniendo en cuenta el tipo, objeto, magnitud y frecuencia de las operaciones;

b) la naturaleza de los instrumentos financieros que se ofrecen o se prevé ofrecer;

c) el carácter particular o profesional del cliente o posible cliente.

En el supuesto que aquí se analiza, no sólo se observó la falta –previa- del test de idoneidad, fundada inadecuadamente en la existencia de un contrato anterior, suscrito también previamente a la entrada en vigor de la normativa MiFID, sino que, además, se observan al menos otras dos deficiencias en la información, a la luz de lo anteriormente expuesto, generadoras de una situación de deficiencia informativa, como son la falta de aportación –puesto que no se ha acreditado- de la entrega de folleto informativo ad hoc y de la presentación que se dice que se produjo (que, en cualquier caso, no se entendieron con quien directamente suscribió el mismo sino con un padre, ya que el suscriptor, según manifestó, asumió las órdenes que, en tal sentido le vinieron formuladas por su padre, y, especialmente, no resulta con claridad ni de la información facilitada ni del clausulado del contrato, de difícil comprensión, el coste de la cancelación, aunque fuera unilateral, o la resolución contractual, dejando absolutamente indefinido aquel, y, además, en función de unas imprecisas circunstancias de mercado absolutamente dependientes de la voluntad del banco contratante. Ello unido a su absoluta ininteligibilidad, aun para personas acostumbradas a desenvolverse en tales ámbitos técnicos, y la ya meritada imprecisión, que la hace merecedora de la consecuencia apuntada en la sentencia recurrida.

El contrato cuya nulidad se pretende tampoco viene precedido de ningún estudio de la posible evolución del mercado –se firmó sólo dos meses antes de la variación vertiginosa del mismo, a la que aluden las partes- lo que comporta que si el demandante suscribió un contrato anterior, muchos meses antes, indudablemente la información sobre la “previsible” evolución del mercado que pudiera haber tenido en cuenta en aquel momento anterior –y a la que tan reiteradamente se refiere el recurrente- nada tiene que ver con la situación, inmediata al desplome de los mercados, concurrente al suscribir el presente contrato. Su complejidad es evidente, y la falta de información ajustada a los parámetros descritos, también; y aun siendo también obvio que en estos supuestos la casuística es abundante y no puede extraerse una doctrina general, pues los distintos contratos han de valorarse a la luz de las concretas circunstancias concurrentes tanto en la información como en las personas intervinientes, entendemos que, en el supuesto analizado, la conclusión obtenida por el Juzgador es correcta y ajustada a lo actuado, sin que puedan aceptarse los motivos del recurso alegados, ni en relación con la inadecuada

valoración de la prueba testifical practicada, atendidas las circunstancias que reseña el propio Juzgador, que son evidentes, por su relación de dependencia laboral, ni respecto de la ausencia absoluta de información a quien, directamente, suscribió el producto, pues si bien resulta ajeno a su actuación que la suscripción del contrato fuera por persona distinta de la que recibió la información, tampoco se facilitó, en ese momento –no consta otra cosa- información alguna, sin que se haya probado, en ningún caso, la supuesta existencia de una asesoría financiera en sentido propio, más allá de la meramente contable, que admiten los propios demandantes. El recurso, conforme lo expuesto, debe perecer y la sentencia ha de ser íntegramente confirmada.

Finalmente hacer referencia a la sentencia dictada el 27-3-12, en rollo apelación 913/12:

La falta de información no puede suplirse con la referencia a que los boletines que ahora aporta la demandante estaban a su disposición en todo momento. La demandante los ha acompañado para reforzar su afirmación de que la información prestada fue deficiente y sesgada y se ocultó una tendencia a la baja que ya concurría en aquel momento. La obligación de información competía a la demandada, por lo que tal hecho no puede ser utilizado para concluir que la misma podría haberse obtenido, pues, aunque así fuere, no minimiza los defectos observados en relación con la actuación de la demandada. Sobre la calificación del error sufrido por la administradora de la demandante, ciertamente aquella podría haber solicitado el asesoramiento de la propia empleada de su empresa, en cuanto fuera necesario o incluso, para valoración de la conveniencia de la operación, si bien la parte recurrente, que descalifica absolutamente en su recurso las manifestaciones de la testigo Sra..., calificando su declaración de falaz, e resaltando su deslealtad –hallándose actualmente prestando sus servicios en otra entidad bancaria- sí recurre a las mismas, sin embargo, en cuanto le resulta conveniente, poniendo el acento en que la demandante ni pidió, ni, en consecuencia, se le dieron explicaciones (preguntas 20 y 22). Ello entra sin embargo, en el ámbito del error, planteado como subsidiario, y en cuanto a la consideración de aquel como “invencible”, si bien esta cuestión es posterior a la deficiencia en la formación de la convicción derivada de una deficiente información facilitada.

TERCERO.- Expuestas las líneas esenciales tomadas en consideración por esta Sala para resolución de supuestos análogos, lo cierto es que el presente contrato se suscribió en julio de 2008, pero conforme expuso el perito Sr. Gálvez, las previsiones a la fecha de inicio de los efectos de aquel, en septiembre de 2008, ya eran de caída de los tipos de interés, aun sin que se hubiera producido de forma tan estrepitosa como se produjo a partir de este momento. No hay cobertura, propiamente, de riesgos, porque su nominal subyacente no es coincidente con el riesgo existente derivado de un concreto producto, sino independiente, para cobertura del endeudamiento completo. La cliente piensa que los tipos van a ir claramente al alza y ocurre justamente lo contrario, admitiendo que el nominal subyacente en el contrato controvertido es superior, incluso, a las deudas de la demandante en ese momento. La previsión de bajada -al 4.60- ya existía en ese momento, no el desplome, pero la liquidación positiva está a más de 2 puntos por encima de la previsión inmediata por lo que resulta difícilmente alcanzable, concluyendo que el producto no resultaba adecuado, aun analizando las características, el perfil, de la demandante, lo que el banco tampoco efectuó.

Por su parte, el perito de la parte demandada, tachado por la contraria, afirmó, entre otros extremos, que los valores previstos desde enero de 2008 a 2013 siempre iban a estar por encima del 4.60, aunque ya cuando se firma el contrato con un “floor” de 4.65, ya había habido una previsión previa al 4.62, si bien, en ningún caso, era previsible el desplome que se produjo. La entidad tiene acceso al CIRBE, pero la cobertura no es perfecta, en este caso.

Es de resaltar que, según declara el director de la entidad Sr. [REDACTED], que lo era al tiempo de suscribir el contrato, la proposición nace del banco -pese a que se hace

constar en aquel que NO es un producto adecuado para quien lo suscribe- aunque afirma que iba dirigido a autónomos, y que pese a que la hipoteca de la actora no estaba en la entidad demandada, sabía de su existencia y condiciones, siendo la tendencia, en aquel momento, alcista, en cuanto a la evolución de los tipos de interés. Admite, expresamente no haber realizado ni test de conveniencia -que no tenía entonces- ni de idoneidad del producto para la cliente. Admite no haber calculado el posible coste de cancelación porque esto se hace por un departamento especializado en Madrid, pero sí reitera que se informó de los riesgos asociados al producto que, según expone, no es difícil de entender, precisando haber indicado que tendría que pagar una cantidad para cancelar, sin que tampoco se hicieran simulaciones del coste financiero del producto, calificado, por el propio banco, de complejo.

Por tanto, partiendo de la falta de realización de los test exigibles, conforme a la normativa ya vigente, respecto de la demandada, la situación de un *floor* que no respondía, ciertamente, ni a las posibles expectativas en aquel momento concreto, ni siquiera a la previsión inmediata de desenvolvimiento de los tipos de interés, y que superaba, incluso holgadamente, el endeudamiento concurrente en el momento de la contratación, y, por otro lado, habiéndose admitido en forma palmaria que fue la propia entidad bancaria la que tomó la iniciativa en la suscripción del contrato -lo que convierte en absolutamente irrelevante la mención contenida, antes de la firma, de que NO es un producto adecuado para la cliente, que insiste en firmarlo- la conclusión no ha de diferir de la obtenida por el Juzgado, procediendo la íntegra confirmación de la sentencia recurrida, al no haberse observado, en fase contractual previa, y apurado en debida forma, los presupuestos legalmente exigibles en orden a la información, lo que comporta, a su vez, una formación errónea de la voluntad del suscriptor. El transcurso del tiempo, en el presente supuesto, no ha de determinar la sanación de los efectos del contrato, máxime porque se demoraron los cargos vinculados al contrato por falta de disponibilidad en la cuenta del cliente, lo que, a su vez, determinó, como se afirma, el retraso en el conocimiento de los efectos vinculados al contrato.

El recurso debe, por lo expuesto, ser desestimado, confirmando la resolución recurrida en su totalidad.

CUARTO.- Procede expresa imposición de las costas causadas al recurrente, conforme el artículo 398,1 LEC. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

F A L L O

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por BANCO DE SANTANDER SA contra la sentencia dictada el 7-3-12 por el Juzgado de Primera Instancia 4 de CATARROJA en autos 774/11 de dicho Juzgado, que **SE CONFIRMA**, 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 legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el

artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin ulterior declaración, procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio al Juzgado de procedencia para constancia y ejecución, uniéndose certificación al Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.