



Roj: **SAP Z 17/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:17**

Id Cendoj: **50297370052017100014**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **04/01/2017**

Nº de Recurso: **377/2016**

Nº de Resolución: **11/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 17/2017,**
AAAP Z 1813/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00011/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION QUINTAN10250

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2015 0026027

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000377 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001011 /2015

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador: MARIA LUISA HUETO SAENZ

Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

Recurrido: CARCRISMI S.L.

Procurador: PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR

Abogado: ÁLVARO DOMINGO GARCÍA GRAELLS

SENTENCIA nº 11/2017

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO



En ZARAGOZA a cuatro de enero de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1011/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 377/2016, en los que aparece como parte apelante, BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D^a MARIA LUISA HUETO SAENZ, asistido por el Abogado D. MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN, y como parte apelada, CARCRISMI S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR, asistido por el Abogado D. ÁLVARO DOMINGO GARCÍA GRAELLS, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. SR. D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha 9 de mayo de 2016 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: " **ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Chárlez Landívar, en representación de la mercantil Carcrismi S.L., contra la mercantil Banco Santander S.A. y por ello,

DECLARO la nulidad de la relación contractual que vincula a las partes a raíz del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito por la demandante con la entidad Bankinter S.A. el 10 de junio de 2009, condenando a la demandada a los siguientes pronunciamientos:

1º. La condena al Banco Santander a que abone a Carcrismi S.L. los daños patrimoniales sufridos, correspondientes con las sumas percibidas en virtud del citado contrato, correspondientes con las liquidaciones negativas producidas ascendentes a la suma de Cuarenta y Dos Mil Cuatrocientos Dos Euros con Setenta y Ocho Céntimos (42.402,78 euros), más los intereses legales desde la interpelación extrajudicial hasta la fecha de la Sentencia y el interés legal más dos puntos desde la fecha de la Sentencia hasta el completo pago.

2º. A pagar las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de BANCO SANTANDER S.A., interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 31 de octubre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre este tema de la nulidad de los contratos sobre productos bancarios por falta de consentimiento, al haberse omitido la necesaria información sobre sus aspectos esenciales, se ha dicho ya todo lo que podía decirse, existiendo un cuerpo de Jurisprudencia cierto y preciso, consolidado, firmemente reiterado y sin fisuras, de contenido claro, que resuelve sus aspectos esenciales, sin discrepancias, y las cuestiones que se plantean en este recurso no constituyen excepción alguna a tal afirmación, al haber sido todas ellas estudiadas en anteriores resoluciones, a las que será preciso remitirse con carácter general, pues las mismas avalan y confirman todo lo que ha de decirse posteriormente. Con alguna excepción, como por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977, del mismo ponente Excmo. Sr. Don Antonio Cantos Guerrero, que ya estudiaban esta obligación contractual de informar con fundamento en los artículos 1097 y 1258 del Código Civil por divergencias entre la propaganda previa y las características del producto vendido, este deber informativo se instaura después con cualidades de generalidad en la Ley de Defensa del Consumidor, y después, por lo que se refiere al tema que ahora se trata, en aquellas que regulan el mercado de valores, al constituir su objeto productos de especial complejidad, de difícil comprensión y que pueden además ocasionar importantes pérdidas económicas a quien realiza su compra si no es previamente asesorado, con el debido detalle y la amplitud necesaria, sobre sus cualidades esenciales y riesgos inherentes, incumbiendo la prueba de la demostración de haber prestado tan información con dichas características a la entidad vendedora, que por tanto al tiempo de celebrarse el contrato debe preconstituir la prueba adecuada -documentación, apuntes, simulaciones, informes, anotaciones, análisis, explicaciones, folletos, estudios, ejemplos, anotaciones, etc.- para justificar, llegado el caso de su posible discusión, que ha proporcionado la adecuada información de modo que haya resultado totalmente comprensible para el



adquirente, realizando la compra con plenitud de conocimientos sobre el producto, de modo especial sobre sus riesgos, que pueden ser muy importantes. La existencia de este previo deber de información comporta otra característica, que no suele ser objeto de especial estudio, pero si que lo fue en países anglosajones en los años 60, como es la de que quien debe informar tiene obligación previa de informarse para realizar con el debido rigor su cometido, es decir, no basta que emita cualquier información para cumplir el trámite, pues debe ser objeto de previa y detenida reflexión para poder transmitirla con la necesaria precisión y amplitud, con total objetividad, asegurándose su entendimiento por el comprador, sin que quepa duda alguna, extendiéndose a dichos puntos la prueba que en su caso deba presentarse por la vendedora que haya sido demandada. Y todavía más, no sólo existe una obligación de informar, sino de asesorar, que supone un plus respecto de aquella, en cuanto que el vendedor ha de exponer al comprador todas las posibilidades que se puedan presentar –especialmente tratándose de bienes de larga duración, o actividades–, ponderando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, inclinándose por la que considere más favorable atendidas las circunstancias del caso, explicando las razones de la elección, adquiriendo en su caso la correspondiente responsabilidad por posible información errónea.

SEGUNDO. - Sentado lo anterior, no es de extrañar que en los últimos cinco años haya proliferado Sentencias sobre esta materia. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015, número 489/2015, entre otras muchas, pone de relieve la importancia de esta obligación informativa, cuando expresa que: "Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto". La STS (Pleno) de 12 de enero de 2015 es también contundente: "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, (...) da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza...".

También deberán ser tenidos en cuenta los artículos 35 y 37 del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la nueva Ley de Mercado de Valores, que contiene una regulación muy detallada y exigente respecto del contenido -características y riesgos– de la obligación de informar en la venta de esta clase de productos, que se ha de dar por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

La Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, cuya Disposición final tercera dispone respecto de su entrada en vigor, que "La presente orden entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", pero que deberá ser tenida en cuenta para reiterar la importancia de esta obligación en la práctica bancaria, en su artículo 1 señala que: "Objeto. 1. Esta orden ministerial tiene por objeto garantizar un adecuado nivel de protección al cliente o potencial cliente de productos financieros mediante el establecimiento de un sistema normalizado de información y clasificación que le advierta sobre su nivel de riesgo y le permita elegir los que mejor se adecuen a sus necesidades y preferencias de ahorro e inversión. 2. Con tal finalidad, las entidades entregarán a sus clientes o potenciales clientes un indicador de riesgo y, en su caso, unas alertas por liquidez y complejidad".

TERCERO.- En todo caso será preciso recordar de nuevo que la carga de la prueba del deber de información corresponde a la entidad financiera que presta el servicio de inversión, dada la asimetría informativa existente entre profesional y minorista, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 septiembre 2015 , entre otras muchas). Esta información debe ser veraz, completa, exacta, comprensible y ofrecida con la necesaria antelación para que el cliente tenga un conocimiento adecuado del producto que va a contratar y los riesgos asociados al mismo, y de tal modo debe citarse la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 enero 2015). La carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar, por tanto, sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), siendo ello perfectamente lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

En este sentido se pronuncia la ya citada Sentencia del Alto Tribunal de 20 de enero de 2014 que, aunque referida a un producto financiero distinto, resulta igualmente aplicable al presente supuesto (STS



de 12/1/2015): "...El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento".

CUARTO.- De igual modo ha de merecer extensa cita lo que se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2016, número 154/2016, en cuyo pleito también era parte demandada el Banco de Santander, en cuanto que incide en la importancia de este deber de información, citando a su vez muchas Sentencias anteriores. Razona esta Sentencia: " **1.-** Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 535/2015, de 15 de octubre , 547/2015, de 20 de octubre , 549/2015, de 22 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 562/2015, de 27 de octubre , 563/2015, de 15 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 595/2015, de 30 de octubre , 607/2015, de 17 de noviembre , 410/2015, de 30 de octubre , 613/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 633/2015, de 13 de noviembre , 634/2015, de 10 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 668/2015, de 4 de diciembre , 669/2015, de 25 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 771/2015, de 10 de diciembre , 673/2015 y 474/2015, de 9 de diciembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 689/2015, de 16 de diciembre , 691/2015 y 692/2015, de 10 de diciembre , 693/2015, de 4 de diciembre , 726/2015, de 22 de diciembre , 738/2015, de 30 de diciembre , 741/2015, de 17 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , 743/2015, de 29 de diciembre , 744/2015, de 30 de diciembre , y 747/2015, de 29 de diciembre , entre otras. ...". Y añade: "Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias 385/2014, de 7 de julio , y 110/2015, de 26 de febrero , lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso...".

QUINTO.- También se ha destacado que, en el ámbito del mercado de valores y de los productos o servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de la obligación de informar al cliente no profesional, si bien no impide que éste conozca en algún caso la naturaleza o los riesgos del producto y no padezca error al contratar, hace que la carencia de información lleve a presumir la existencia de una falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, de modo que el defectuoso cumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de sus deberes de información, aunque no determina por sí solo la presencia del error, permite presumirlo o al menos determinar la apreciación de su carácter excusable, ya que, si el cliente minorista necesitaba esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente (SS TS 20 enero 2014.

SEXTO.- La Sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2016, que es objeto de transcripción parcial en el escrito de la parte actora de oposición del recurso, en cuanto a la alega caducidad de la acción ejercitada, razona al respecto que: " **Undécimo. Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato. 1.-** Al resolver sobre esta objeción debemos, necesariamente, hacernos eco de la doctrina que expusimos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un motivo de casación idéntico. En esta sentencia declarábamos: "La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». **2.-** Además, como ya dijimos en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato , ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos , pueden ser



considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. Ciertamente es que, en el presente caso, se canceló anticipadamente un swap (con el consiguiente coste para el cliente) y se contrató otro, en teoría más favorable, que se mantuvo durante al menos tres años durante los que se produjeron liquidaciones positivas y negativas, pero, como bien razona la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, resulta lógico que los contratos se cuestionen a partir del momento en que los saldos resultan negativos de manera continuada y por importe significativo, pues es entonces cuando se alcanza a percibir el riesgo asumido, razonamiento que no contradice en modo alguno la doctrina de esta Sala antes expuesta, lo que debe conducir a la desestimación de este motivo cuarto del recurso...."

De igual modo ha de merecer extensa cita lo que se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2016, número 154/2016, en cuyo pleito también era parte demandada el Banco de Santander, en cuanto que incide en la importancia de este deber de información, citando a su vez muchas Sentencias anteriores. Razona esta Sentencia: " 1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 535/2015, de 15 de octubre, 547/2015, de 20 de octubre, 549/2015, de 22 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 562/2015, de 27 de octubre, 563/2015, de 15 de octubre, 588/2015, de 10 de noviembre, 595/2015, de 30 de octubre, 607/2015, de 17 de noviembre, 410/2015, de 30 de octubre, 613/2015, de 10 de noviembre, 623/2015, de 24 de noviembre, 631/2015, de 26 de noviembre, 633/2015, de 13 de noviembre, 634/2015, de 10 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 668/2015, de 4 de diciembre, 669/2015, de 25 de noviembre, 670/2015, de 9 de diciembre, 771/2015, de 10 de diciembre, 673/2015 y 474/2015, de 9 de diciembre, 675/2015, de 25 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 689/2015, de 16 de diciembre, 691/2015 y 692/2015, de 10 de diciembre, 693/2015, de 4 de diciembre, 726/2015, de 22 de diciembre, 738/2015, de 30 de diciembre, 741/2015, de 17 de diciembre, 742/2015, de 18 de diciembre, 743/2015, de 29 de diciembre, 744/2015, de 30 de diciembre, y 747/2015, de 29 de diciembre, entre otras. ...". Y añade: "Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso...".

SÉPTIMO.- También se ha destacado que, en el ámbito del mercado de valores y de los productos o servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de la obligación de informar al cliente no profesional, si bien no impide que éste conozca en algún caso la naturaleza o los riesgos del producto y no padezca error al contratar, hace que la carencia de información lleve a presumir la existencia de una falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, de modo que el defectuoso cumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de sus deberes de información, aunque no determina por sí solo la presencia del error, permite presumirlo o al menos determinar la apreciación de su carácter excusable, ya que, si el cliente minorista necesitaba esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente (SS TS 20 enero 2014).

OCTAVO.- misma Sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2016, que es objeto de transcripción parcial en el escrito de la parte actora de oposición del recurso, en cuanto a la alega caducidad de la acción ejercitada, razona al respecto que: " **Undécimo. Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato.** 1.- Al resolver sobre esta objeción debemos, necesariamente, hacernos eco de la doctrina que expusimos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un motivo de casación idéntico. En esta sentencia declarábamos: "La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». 2.- Además, como



ya dijimos en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. Ciertamente es que, en el presente caso, se canceló anticipadamente un swap (con el consiguiente coste para el cliente) y se contrató otro, en teoría más favorable, que se mantuvo durante al menos tres años durante los que se produjeron liquidaciones positivas y negativas, pero, como bien razona la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, resulta lógico que los contratos se cuestionen a partir del momento en que los saldos resultan negativos de manera continuada y por importe significativo, pues es entonces cuando se alcanza a percibir el riesgo asumido, razonamiento que no contradice en modo alguno la doctrina de esta Sala antes expuesta, lo que debe conducir a la desestimación de este motivo cuarto del recurso....".

Esta Sala, resolviendo el recurso de apelación 322/2016, en caso de semejanza con el presente, sobre la caducidad de la acción, ya expuso que: "La nulidad contractual por improcedente información ha sido mantenido por la Jurisprudencia aun cuando la demandante haya podido aprovecharse de ciertos rendimientos económicos de la adquisición que se declara nula por aquel motivo, tales como ciertas liquidaciones, abonos de algunos rendimientos, adquisición de ciertos valores. Es preciso recordar que el acto propio, para que produzca el efecto propio conforme al principio de buena fe, haciendo inválido aquel otro posterior de contenido contrario, ha de ser claro, contundente, que no deja lugar a dudas. En este sentido es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2012, al indicar cuales son los requisitos para la aplicación de la clásica regla "venire contra factum proprium non valet", una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias, que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior, y que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (SSTS 292/2011, de 2 de mayo, 691/2011, de 18 de octubre, y 285/2012 de 8 mayo). Esta doctrina no es de aplicación «en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia» (STS de 31 de enero de 1995). De igual manera, las SSTS de 25 de octubre de 2000, 12 de febrero de 1999 y 4 de junio de 1992). E insistiendo en tal doctrina, las recientes SSTS de 21 de junio de 2011 y 760/2013, de 3 de diciembre señalan que no procede tal alegación, cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995). Pues bien, en el caso que enjuiciamos, la demandante, una vez alcanzó constancia de la existencia del error padecido, imposibilidad de recuperación del dinero depositado en el banco, al haberle colocado un producto financiero de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de mera ahorradora, con riesgo real y efectivo de pérdida total de su capital, no ha efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones...". Además,, la confirmación contractual exige que la causa de nulidad haya sido conocida previamente y haya cesado, y así lo exige taxativamente el artículo 1311 del Código Civil cuando dice que: "La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". En el supuesto, y es evidentiísimo, no existe propósito de confirmar el contrato, sino de resarcirse, en una pequeña proporción, de las muy notables pérdidas económicas que el defecto informativo creado por la entidad bancaria demandada originó en la actora, acogándose, por ajustados a Derecho, los razonamientos que se contienen en el expositivo octavo del escrito de oposición al recurso. El razonamiento que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 -entre otras muchas que podrían añadirse-- es sin duda aplicable al punto que se discute, al decir aquella: "Ahora bien, en el caso que enjuiciamos, la demandante, una vez alcanzó constancia de la existencia del error padecido, imposibilidad de recuperación del dinero depositado en el banco, al haberle colocado un producto financiero de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de mera ahorradora, con riesgo real y efectivo de pérdida total de su capital, no ha efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones. ...".

Igualmente, merece cita la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2015, número 282/2012, sobre actos propios: "Respecto de los actos propios hay que estar a la doctrina del Tribunal Supremo. Se consideran "Actos propios" aquellos que resultan inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor y, además existe una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual...".

El día a partir del cual se debe contabiliza el plazo de caducidad será el de la fecha de vencimiento definitivo del contrato, es decir aquella en que terminan las obligaciones respectivas.

En el caso, el contrato cuya nulidad se insta en este pleito se suscribió con fecha 12 de junio de 2012, siendo la fecha de vencimiento la de 12 de junio de 2012, por lo que habiendo sido presentada la demanda el día 30



de octubre de 2015, no puede apreciarse la caducidad de la acción al no haber transcurrido el plazo de cuatro años exigido.

NOVENO.- El actor carecía de conocimientos financieros, su profesión era la de empleado de hostelería, no había tenido antes productos derivados, y carecía de experiencia. No era conocedor del producto que adquiriría y de los riesgos que del mismo podían derivarse en su perjuicio. La redacción del contrato es compleja, oscura, poco precisa, no inteligible, y la lectura de su texto para un no profesional de la materia no tenía significado alguno. De tal forma, entresacando un párrafo del contrato: "Permuta financiera de tipo de interés: es aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar dos tipos de interés variables sobre un importe nominal y durante un periodo de tiempo de duración acordada", que es frase que ya no sólo para una persona con estudios superiores, sino para cualquier otra que no tenga una específica formación bancaria, carece de sentido, no le resulta comprensible el producto que compra y en consecuencia tampoco su regulación posterior, a no ser que se explique con detalle y minuciosidad, trazando en su presencia las debidas explicaciones o simulaciones, comparando ejemplos que en la realidad práctica pudiera darse, indicando las probabilidades que, normales o no, incluso de difícil previsión, pudieran acontecer en el futuro, sólo de este modo el contrato podría entenderse. Y de modo especial, tampoco se hizo saber al comprador que el producto tenía un cierto componente especulativo, el euríbor, que podía subir o bajar, que dependiendo de su comportamiento en el mercado financiero se le producían ganancias o pérdidas, y éstas en su caso podían ser de una cierta envergadura, esto es, no se le señalaron los riesgos que el producto podía acarrear. Tampoco queda bien explicado la razón de que se encauzara al actor a la compra de tal producto, que en un principio no tenía por qué favorecer sus intereses, que eran otros, protegerse contra un encarecimiento del crédito, a no ser -como debió ocurrir en la práctica, como en otros muchos casos similares que ya han sido enjuiciados- que la venta del producto fuera favorable al beneficio económico del banco, que era presumiblemente el único fin por éste perseguido, no constando tampoco que las amortizaciones de intereses entre ambos contratos fueran correspondientes. Y todo ello, al producirse la venta, la tendencia a la baja de aquel índice ya era factor que empezaba a conocerse, y que debía ser conocido por los analistas del banco, y sobre tal circunstancia, o incluso simple posibilidad, debía haber sido puesta en su conocimiento, indicándole -ya antes se decía- las ventajas y los inconvenientes que la operación le podía reportar al fin de que el comprador pudiera elegir -compra o no- con pleno conocimiento. Tampoco se informó al comprador que, en caso de cancelación de la operación, se le exigiría el pago de importantes cantidades, lo que era sin duda conocido por el banco. Por el banco recurrente se intentó salvar todos estos inconvenientes exponiendo que toda esta información fue proporcionada por los empleados de la sucursal a través de la cual la operación fue realizada, pero no hay constancia probatoria de que aquella información fuera facilitada, y es de recordar lo que se ha dicho antes, sobre que no es suficiente se diga que la información fue ofrecida, sino que, iniciándose en juicio contienda sobre si ésta tuvo lugar o no, corresponde a la entidad financiera su prueba, y no cualquier prueba sino aquella que haya dejado constancia, fundamentalmente escrita, conforme a los dictados del artículo 217. 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento, de modo que no permita duda al jugador sobre que fue prestada, además con las exigencias legales, de forma especial la que sea adecuada a la comprensibilidad por cualquier clase de comprador. Y además, volviendo a aquella práctica testifical, aparte de no cumplir aquellos anteriores requisitos, procede de dos empleados del banco, que prestan servicios para el mismo y del que reciben su remuneración periódica, es decir, existe una clara vinculación con la entidad, y por su consecuencia lógico interés en beneficiarle, e incluso cabe imaginar que se pudiese perjudicar sus intereses profesionales en supuesto de no hacerlo así, por todas cuyas razones tal prueba no puede ser como tal aceptada con plenitud de efectos. Las cláusulas que en el recurso -Folios 1340 y siguientes- se dicen claras y comprensibles, en concreto, la tercera, la sexta, la novena y la decimocuarta, examinadas atentamente con una lectura pausada, no permiten hacerse cargo de la naturaleza del producto que se adquiere y sus inherentes riesgos, lo que hubiera exigido una redacción que pudiera ser entendida por cualquier persona, sea el que sea su nivel de formación, asegurándose la entidad vendedora que ese conocimiento, preciso y exacto, se había conseguido en el caso concreto, preconstituyendo la prueba necesaria para su presentación en juicio si fuera necesario. Respecto de la declaración de conocimiento que se hizo hizo constar en el contrato, asegurando que el adquirente había sido correctamente informado sobre todas las circunstancias del producto, se ha de volver a la Jurisprudencia, y en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de enero de 2015, exponiendo que: "...Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente...".

DÉCIMO. - Reforzando todos los anteriores razonamientos, asimismo ha de ser permitida la cita de la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 21 de julio de 2016, resolviendo un caso de cierta semejanza con el presente, que debe ser conocida por el Banco demandado porque también lo era en aquel



anterior juicio, recurriendo la Sentencia de la Audiencia, que le había sido desfavorable, con argumentos de alguna similitud con el que ahora se resuelve. *Se dice en esta Sentencia: "También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Fue al recibir liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado. Por ello resulta poco relevante que con anterioridad al contrato de 7 de agosto de 2007, la demandante hubiera concertado un swap, el 11 de julio de 2006, que canceló al cabo de un año, pues esa mera circunstancia no justifica que estuviera informado del riesgo que acaeció mucho más tarde, en el 2009, con la bajada drástica de los tipos de interés.... De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés). Sin que, por otra parte, este deber de información pueda entenderse suplido, como parece dar a entender la sentencia recurrida, por la información suministrada en el contrato de swap. Ya hemos recordado en otras ocasiones que «La mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas (Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)...". La Sentencia pone de relieve la rigurosidad con que debe ser prestada la información, aún cuando en el contrato existiera una cláusula por la que se transcribiera que el comprador había sido correctamente informado, o éste pudiera tener una cierta experiencia por adquisiciones anteriores.*

DÉCIMO PRIMERO.- Así, desestimado el recurso, sus costas son de imponer a la parte apelante, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento.

VISTOS los artículos citados y demás de procedente y general aplicación.

FALLAMOS

QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Hueto Sáenz, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día nueve de mayo de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA número UNO de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.

Dése al depósito el destino legal.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.