



Roj: **SAP H 822/2013 - ECLI:ES:APH:2013:822**

Id Cendoj: **21041370022013100213**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huelva**

Sección: **2**

Fecha: **25/09/2013**

Nº de Recurso: **125/2013**

Nº de Resolución: **114/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FLORENTINO GREGORIO RUIZ YAMUZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

HUELVA

Rollo número 125/13

Procedimiento Ordinario 770/12

Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva.

SENTENCIA 114

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS.

Magistrados:

D. FLORENTINO GREGORIO RUIZ YAMUZA.

D. ANDRÉS BODEGA DE VAL.

En la ciudad de Huelva, a veinticinco de septiembre de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto en grado de apelación el procedimiento ordinario 770/12 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva en virtud de recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Acero Otamendi en nombre y representación de ' Banco de Santander, S. A. ' contra sentencia dictada el 08.02.13 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se aceptan, y dan por reproducidos, los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva, en procedimiento ordinario 770/12 se dictó sentencia el 08.02.13 cuya parte dispositiva establece:

Que en la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Rafael García Oliveira en nombre y representación de Construcciones Pantu S.L. contra Banco Santander Central Hispano S.A.

- Estimo íntegramente la demanda rectora de la presente litis y en consecuencia, declaro la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras suscrito entre las partes litigantes el día 18 de febrero de 2008, así como de todos los documentos y contratos cuya regulación se derive de éste, en concreto el contrato celebrado el día 20 de febrero de 2008 denominado "confirmación swap ligado a la inflación, y por ello condeno a la demandada a abonar a la actora el importe que -como saldo a favor de la misma- resulte de todas las liquidaciones que



se hayan practicado como consecuencia de esos contratos y de las que se practiquen hasta el momento en que esos contratos devengan definitivamente y en la realidad carentes de todo efecto, importe a determinar en ejecución de esta Sentencia (arts. 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que proceda devengo de intereses en tanto referido importe no sea objeto de liquidación.

- Condeno a la parte demandada al pago de las costas causadas en esta instancia."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso por ' Banco de Santander, S. A. ' recurso de apelación con fecha 14.03.13; recurso que fue impugnado en tiempo y forma por la representación procesal de ' Construcciones Pantu, S. L. '

CUARTO .- Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, se formó el oportuno rollo, habiendo tenido lugar la deliberación y voto el día 04.09.13, correspondiendo la ponencia al lltmo. Sr. D. FLORENTINO GREGORIO RUIZ YAMUZA, quien expresa el parecer de la Sala.

QUINTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Del contrato de permuta financiera o ' swap '.*

1.1/ Esta Sala ha venido estudiando recientemente la problemática derivada de los contratos de permuta financiera o *swap*, en distintas sentencias, entre las más recientes las dictadas en los rollos 118, 125 y 245/12, en fechas 07.05, 05.07 y 12.12.12 respectivamente.

De esa producción interesa destacar, en relación con el contencioso que ahora nos ocupa, dos ideas clave para la comprensión de los litigios ocasionados por esta figura contractual, que en la actualidad se presentan con relativa frecuencia.

Primero, que es imprescindible un análisis singularizado en cada caso para determinar si la declaración de voluntad emitida por el adherente estuvo formada con ignorancia o error, o con el vicio que se alegue como base de la demanda. De modo que no puede afirmarse a título general que esta clase de negocio jurídico sea nulo, ineficaz o inválido, y ha de partirse de que cada vicio alegado constituye la causa de una acción civil distinta.

Segundo, en punto al error en el consentimiento negocial, éste ha de ser inexcusable, de manera que no puede servir como motivo de nulidad una ignorancia basada en un mal entendimiento del negocio por propia desidia o falta de adecuada búsqueda de asesoría o información; y que ha de proporcionarse esta circunstancia a la entidad del contratante, no siendo análoga la situación de una mercantil con gran volumen de negocio que la de un profesional individual, una empresa familiar de escaso tamaño y no digamos un particular no comerciante. El error, por último ha de resultar esencial y referido a la voluntad negocial básica, de ahí que incompreensión sobre "... el *swap* en su detallado funcionamiento es irrelevante, pues el error ha de afectar a la esencia de lo pactado,...El error lo proyecta sobre los formularios del contrato, aspectos técnicos, fórmulas de cálculo y pormenores de esa permuta financiera, pero no sobre el detonante de su contratación, ni sobre los efectos del desarrollo de los acontecimientos (de la variación a la baja del IPC) en las cuentas de la empresa ..."

1.2/ El término inglés *swap* puede traducirse como permuta y, aunque en su dimensión financiera puede revestir diversas modalidades, la doctrina científica y la producción de las Audiencias Provinciales dotan a este negocio jurídico de las características de contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia y mediante la fórmula de compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

El acuerdo de intercambio del pago de intereses puede tomar como parámetros un índice fijo y uno variable o dos índices de interés referencial variable; pero en cualquier caso el resultado de los cálculos queda sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros o a las variaciones del índice de precios al consumo, con lo que la nota de la aleatoriedad es característica destacable de tal clase de contratos.

En cuanto a su finalidad, lo más frecuente es que se encaminen a dotar cobertura o estabilidad frente a las variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, o frente a la evolución de los precios; pero, no obstante, pueden obedecer también a motivación meramente especulativa.

Del mismo modo las resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España, apuntan las siguientes características de esta especie contractual:

Uno, que constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.



Dos, que para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

Tres, que se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

1.3/ A pesar de ser una figura contractual atípica, no por ello deja de existir un cuerpo normativo de obligada observancia cuando se trata de operar con este tipo de instrumentos financieros

1.3.1 La Normativa MIFID .

De capital importancia en esta materia son la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (en inglés, *Markets in Financial Instruments Directive* o MIFID); la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los Requisitos Organizativos y las Condiciones de Funcionamiento de las Empresas de Inversión y Términos Definidos a efectos de dicha Directiva; así como el Reglamento de desarrollo 1287/2006 de 10 de agosto de 2006.

Esta normativa, traspuesta en España a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y del Real Decreto 217/2008, contiene una serie de procedimientos que pueden resumirse, a los efectos que ahora importan, como sigue:

a.- La MIFID regula la prestación de servicios de inversión que obliga a las entidades financieras y de inversión, articulando un protocolo para la información, asesoría y venta productos financieros a clientes, así como en la forma en que les ofrecen servicios de ejecución de operaciones sobre instrumentos financieros.

No obstante, debe tenerse presente que, según Nota conjunta del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con el art. 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores , la normativa MIFID se excluye cuando el instrumento financiero se integra en otro producto financiero sometido a legislación o estándares europeos, de análoga exigencia en cuanto a valoración de riesgos y requisitos de información.

b.- Las entidades financieras y de inversión deben facilitar a los clientes información sobre sí mismas, los servicios que prestan y los instrumentos financieros que ofrecen.

c.- Del mismo modo, las citadas entidades debe recoger información suficiente para asegurarse que los productos y servicios que ofrece son ' *idóneos* ' (gestión de carteras y asesoramiento en materias de inversión) o ' *convenientes* ' (ejecución de órdenes sobre productos financieros complejos) para el cliente.

A tales efectos, las entidades deberán evaluar las circunstancias y características de sus clientes, mediante la elaboración obligatoria de tests que determinen su nivel de experiencia, situación financiera y objetivos de inversión, así como asegurarse de que se atiende adecuadamente a las peticiones del cliente. Existen dos tipos de test: de conveniencia y de idoneidad.

Test de conveniencia. Con anterioridad a la prestación de cualquier servicio de inversión o auxiliar distinto al asesoramiento en materia de inversión y la gestión de carteras, y en los supuestos que marca la normativa aplicable, las entidades deberán recabar del cliente la información necesaria que le permita determinar si tiene la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica el específico producto o servicio de inversión o auxiliar que se propone contratar. El resultado del Test podrá ser:

Conveniente: continuará el proceso de contratación indicando el resultado del test.

No conveniente: se indicará que, en función de la información facilitada, el producto no es adecuado; no obstante, aceptando esta advertencia el cliente podrá continuar adelante con la operación.

Test de Idoneidad. Con anterioridad a la prestación de los servicios de asesoramiento en materia de inversión y gestión discrecional de carteras, y en los supuestos que marca la normativa aplicable, las entidades deberán obtener del cliente la información necesaria que les permita evaluar la idoneidad de las operaciones recomendadas o de la composición de la cartera gestionada.

Para evaluar la idoneidad tendrán en cuenta sus objetivos de inversión, sus conocimientos y experiencia inversora y su situación y/o capacidad financiera para hacer frente a los riesgos de inversión relacionados con los objetivos de la inversión.

El resultado del Test determinará el perfil inversor del cliente de tal manera que se le pueda gestionar o asesorar de acuerdo a los modelos existentes de perfil.

d .- La finalidad de la normativa europea es garantizar que se verifique que el cliente presenta un perfil que le haga candidato idóneo a la contratación de un determinado producto, y por otra parte, que reciba la suficiente información para poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa, facilitándole todos los datos esenciales acerca del tipo concreto de producto financiero, así como costes y gastos que el cliente deba pagar y permitiendo que disponga de tiempo suficiente para leer y comprender la información antes de adoptar cualquier decisión de inversión.

e .- En función de sus características, y con miras a proporcionarles el nivel de protección más apropiado, los clientes pueden ser clasificados como:

1. Minorista. Cliente no cualificado por su dedicación profesional o experiencia. Debe brindárseles el mayor grado de protección, cerciorándose la entidad financiera o de inversión, de que el producto resulta adecuado, comprendiendo además el cliente su funcionamiento, con asunción del nivel de riesgo que implique la operación.

2. Profesional. Son Instituciones y Empresas de un cierto tamaño. Deben reunir al menos dos de los tres requisitos siguientes:

Fondos propios > 2 millones de euros;

Volumen de negocio > 40 millones de euros;

Balance > 20 millones de euros

En este supuesto, el cliente no gozará del nivel máximo de protección y sólo se analizará la idoneidad o conveniencia de venderle un producto en determinados casos.

3. Contraparte elegible. Básicamente entidades e intermediarios financieros, clientes especializados que no necesitan ningún tipo de protección dado su conocimiento y experiencia en el mercado .

f.- La Directiva MIFID no se aplica a todos los productos ni servicios bancarios, sino que está expresamente dirigida a dos tipos de categorías:

Productos MIFID no complejos: Valores negociables, Instrumentos del mercado monetario -Pagarés, Deuda pública- Cédulas Hipotecarias, Fondos de inversión -excepto *Hedge Funds* - y SICAVs.

Productos MIFID complejos: Deuda subordinada, **participaciones preferentes**, fondos de inversión libre - *hedge funds* -, derivados -futuros, opciones, *warrants*, *caps*, *floors* ...-, contratos financieros atípicos, seguros de cambio y opciones sobre divisas.

1.3.2 *La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre.*

La Ley española, en sintonía con la normativa supranacional, articula una serie de mecanismos de transparencia y protección del cliente, específicamente en la fase precontractual

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que establece en su art. 2 incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera, ya preveía en su art. 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y en el art. 79.1, apartados a), c) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados.

La Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, modifica la Ley del Mercado de Valores introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/93 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros. En consecuencia, se profundizó en la tutela de la posición del cliente, distinguiendo el comportamiento debido frente a profesionales y minoristas (art. 78 bis); reiterando el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introduciendo el art. 79 bis que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, con una detallada explicación acerca de la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero a fin de que el cliente pueda " *tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa* ". En el mismo sentido, el art. 64.1 del Real Decreto 217/08 de 15/2 relativo a las Empresas de Servicios de Inversión.

1.3.3 *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.*

Las estipulaciones incorporadas a estos contratos se inscriben en el ámbito del art. 1 de esta norma que determina que son condiciones generales de la contratación '*... las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ...*'

Y, del mismo modo, la empresa que contrata con la entidad financiera se debe considerar adherente conforme al art. 2 de la misma que traza su ámbito subjetivo y establece que '*... será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-*'.

En su art. 6, núms. 2 y 3 la Ley dispone que

... Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente...

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos .'

El art. 7 de la Ley 7/1998 establece que no quedarán incorporadas al contrato, entre otras, las condiciones generales que sean ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Y por último, en su art. 10 determina los efectos de la no incorporación al contrato de una cláusula de las condiciones generales, lo que no acarreará la ineficacia total del contrato, '*... si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.*

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo .'

1.3.4 Código Civil y Código de Comercio

La conceptualización de las diferentes modalidades de permutas financieras como contratos atípicos, en tanto que ajenos a las categorías expresamente contempladas en las Leyes sustantivas de ámbito civil y mercantil, no impide que la autonomía de la voluntad de las partes, a través de las vías abiertas por los arts. 1255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, concurra en un pacto válido, siempre que éste resulte acorde con los principios generales del Derecho de contratos y reúna los requisitos y circunstancias para la efectiva generación de un convenio obligatorio

1.3.5 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

Hemos de cerrar precisando que aunque la Ley en su definición o concepto general de consumidor y de usuario, incluye tanto a las personas físicas como jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; no es posible considerar como tal a " Pantu, S. L. " en relación con el contrato que ahora nos ocupa.

En primer lugar tiene la Sala por acreditado que quien contrató el swap que ahora analizamos no fue el Sr. Víctor, en su propio nombre o a título particular, sino que actuaba en nombre y representación de " Pantu, S. L. ", como demuestra precisamente el hecho de que la mercantil accione como demandante solicitando la nulidad del contrato.

Pero en segundo, término, no menos importante, tampoco podemos compartir que la sociedad Pantu al contratar el swap estuviese actuando al margen de su actividad empresarial, sino precisamente en el contexto de ésta, ya que con ello lo que pretendía era dotarse de un instrumento financiero con el que enfrentar en mejores condiciones los riesgos derivados de las fluctuaciones de la inflación. Cubrirse en definitiva del posible impacto negativo que las variaciones de la misma pudieran tener en relación con las cuentas de la compañía. Con ello se adoptaba y seguía una estrategia directa y especialmente ligada al funcionamiento financiero de la empresa y que por lo tanto no podemos reputar ajena a su actividad empresarial, que no ha de coincidir exactamente con la desplegada dentro del giro o tráfico comercial al que se dedica la sociedad, limitada en este caso.

SEGUNDO .- Del swap ligado a la inflación.

2.1/ Base de cálculo.

Con este producto, ' Banco de Santander, S. A. ' y ' Construcciones Pantu, S. L. ' quedaban contractualmente vinculados en la siguiente forma. Desde el 25.02.08, fecha de inicio, hasta el 25.02.13, fecha de vencimiento y sobre un importe nominal de 1.000.000 euros, se realizarían liquidaciones periódicas, con carácter anual.



Tal como está contractualmente configurada, el cliente ha de "pagar una serie de importes" fijados para cada liquidación anual, resultado de multiplicar un nominal determinado (1.000.000 euros que no implican su desembolso) por el I.P.C. acumulado con relación al inicio a razón de una subida anual prevista a un tipo fijo del 3'480%; por su parte el cliente "va a recibir" el nominal multiplicado por la diferencia porcentual real del I.P.C. igualmente acumulada desde el inicio. A la hora de la liquidación anual ambas sumas se compensan, así que es mucho más fácil explicar el funcionamiento diciendo que la cantidad resultante es la diferencia entre el I.P.C. acumulado real y el predeterminado contractualmente como referencia, debiendo pagar el banco si el real es superior y el cliente si es inferior. De esa manera, si la subida fuera constante al 3'480% anual no se produciría ningún pago.

En detalle, la base de cálculo opera como sigue:

A) El cliente abonará al banco un importe fijo, obtenido de multiplicar el Importe Nominal por un Tipo Fijo Acumulado, (valor en tanto por uno y redondeado al cuarto decimal) siendo éste el resultado de sumar uno al tipo fijo de cada año (3'480% ó 0'0348 en expresión centesimal), elevando el resultado al número de cada anualidad (1, 2, 3, 4 y 5, respectivamente) y restando uno a la cantidad obtenida.

$$IN \times [(1 + 0'0348)n - 1] .$$

$$1.000.000? \times [(1 + 0'0348)1,2,3,4,5 - 1] .$$

Del desarrollo de esta última función se sigue que el cliente se compromete a pagar al banco un Tipo Fijo del 3'48% anual que al acumularse conforme a la anterior fórmula y redondearse al cuarto decimal implica un ligero incremento sobre la mera adición anual de la tasa del 3'48%. En definitiva, el cliente se obliga a satisfacer anualmente algo más de un 3'48% de 1.000.000 euros, que se acumula al de anualidades anteriores,

B) Por su parte, el banco pagará al cliente, un importe variable, obtenido de multiplicar el Importe Nominal por la Tasa de Inflación Acumulada (valor en tanto por uno y redondeada al cuarto decimal), siendo ésta el resultado de dividir el Índice de Precios al Consumo de fecha anterior en tres meses a la fecha pago (veinticinco de febrero de cada año de los cinco comprendidos en el periodo de cálculo) o If, entre el Índice de Precios al Consumo de fecha anterior en tres meses a la fecha de inicio (veinticinco de febrero de dos mil ocho), I0, menos uno, redondeado hasta el cuarto decimal.

$$IN \times [(If / I0) - 1]$$

$$1.000.000 ? \times [(If / 105'841) - 1]$$

En el desarrollo de esta función se obtiene que, para la hipótesis de un incremento mantenido y constante del Índice de Precios al consumo de un 3'48% anual, escenario que nos situaría en el mejor paralelismo y punto de comparación para entender la dimensión de las obligaciones de cada parte, la evolución de la Tasa de Inflación Acumulada, partiendo del índice de noviembre de 2007 (93'665) sería prácticamente idéntica a la expresión del Tipo Fijo Acumulado, redondeado al cuarto decimal.

C/ Por el funcionamiento del swap, las cantidades debidas por el cliente y por el banco en cada anualidad de vigencia del contrato se compensan, liquidándose el resultado y surgiendo entonces la obligación final de pago por una u otra parte.

Cada año el cliente ha de pagar de forma invariable al banco una cantidad correspondiente a aplicar los porcentajes del Tipo Fijo Acumulado que hemos detallado más arriba a la suma de 1.000.000 euros; y cada año el banco obtendrá de aplicar la fórmula de la Tasa de Inflación Acumulada, una cantidad. Si la expresión del Tipo Fijo Acumulado es mayor que la de la Tasa de Inflación Acumulada, el cliente pagará al banco y viceversa.

2.2/ Información facilitada al cliente y grado de conocimiento de éste respecto del swap .

Más allá de la trascendencia civil que puede tener la estricta observancia de la citada regulación MIFID, lo que sí resulta, conforme a la mecánica racional de formación de la voluntad negocial, de capital importancia es que un caudal adecuado, asequible e inteligible de información se brinde al cliente precisamente en la fase precontractual y le permita decidir sobre la conveniencia de contratar. No basta en este supuesto con la concurrencia del director de la sucursal para explicar el funcionamiento del contrato - cuyos detalles según lo declarado en juicio dista de dominar -, resulta, por el contrario, absolutamente imprescindible que la información se presente en un soporte estable que permita al cliente contrastarla y estudiarla de forma detenida y reflexiva y existen serias dudas de que tal información se proveyera en debida forma en este caso.

Veamos con algo más de detalle los déficits concretos de información apreciables en este supuesto:

a. - El cálculo del tipo fijo acumulado no se explicita en el documento de confirmación de swap ligado a la inflación. Se incluye la fórmula de cálculo donde:



Tipo Fijo Acumulado = [(1 + Tipo Fijon)n - 1]

Pero luego no se desarrolla con un ejemplo la evolución de esta fórmula cuando se aplica al Tipo Fijo, como sí se hace en el Anexo de Funcionamiento del Producto operando con el Tipo Fijo del 3%, en el que se comprueba que el Tipo Fijo Acumulado resultaría en tanto por uno 0'0300, 0'0609, 0'0927, 0'1255 y 0'1593, pero no se refleja claramente que este tipo se corresponde a los valores porcentuales de 3'030, 3'0609, 3'0927, 3'1255 y 3'1593 para las anualidades primera a quinta respectivamente; ni que además por la fórmula del tipo fijo acumulado tales porcentajes de van aplicando de modo adicional como se señaló más arriba.

b. - La utilización en el cuadro explicativo o Anexo de Funcionamiento de un notional de 100.000 euros, sensiblemente inferior al pactado de 1.000.000 euros y diferente al objeto del contrato, así como de un Tipo Fijo del 3'00 %, hacen que la simulación que se ofrece al cliente resulte mínimamente realista.

c.- Además, el documento de confirmación tampoco clarifica el despliegue previsible de efectos del contrato, ni su desarrollo más normal. Es cierto que se acompaña a un cuadro, '*...comprendido de las liquidaciones en función de los distintos escenarios ...*' en palabras del informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; pero el mismo presenta una información sesgada, además de muy escasamente realista.

Así, pondera únicamente dos escenarios: A, que la inflación española converja con la media europea; y B, que no converja. En ambos casos se parte de unos Índices iniciales de 108'541 y 109'066, superiores al de referencia en el contrato (93'665), lo que ciertamente carece de trascendencia, y se prevé en la hipótesis A un incremento continuado de la inflación prácticamente equivalente al 3'5% anual (con la serie de Tasa de Inflación Acumulada: 0'0350, 0'0686, 0'1007, 0'1310 y 0'1592), y en este caso las pérdidas para el cliente irían desde 500 euros el segundo año hasta -3'41 euros el último. En la hipótesis B también se contempla un incremento continuado de la inflación, en torno al 4% anual (con la serie de Tasa de Inflación Acumulada: 0'400, 0'0790, 0'1168, 0'1531 y 0'1877), y en este caso las pérdidas para el cliente irían desde 1000 euros el primer año hasta 2.837'76 euros el último.

Resulta curioso que el ejemplo habla en ambos casos de pérdida para el cliente cuando los escenarios que contempla serían de ganancia en los dos supuestos ya que se parte de que la tasa de inflación acumulada es superior al tipo fijo acumulado.

Esta proyección no es realista: primero porque no está en sintonía con el verdadero riesgo de pérdida, comprobado con el desarrollo del contrato, y segundo porque no toma en consideración dos hipótesis verdaderamente disyuntivas: un elevado y sostenido incremento de la inflación y un incremento moderado en torno al 3%, o incluso inferior, por ejemplo.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que la serie histórica del Índice General de Precios al Consumo, desde enero de 2002 hasta enero de 2012 los porcentajes de variación interanual han sido: 3'2%, 2%, 2'9%, 4%, 2'3%, 4'2%, 0'9%, 1'1%, 3'5% y 2%. Por lo tanto, contemplar como escenario plausible, y único posible para que el contrato ofreciese un resultado positivo al cliente, una subida continuada por encima del 3% anual durante cinco años, es constituir en hipótesis de trabajo una situación escasamente realista.

Tampoco, aunque 2008 fue un año especialmente turbulento en cuanto a evolución del Índice de Precios al Consumo y determinó un punto radical de inflexión con el impacto de la crisis económica, parece ajustarse a las previsiones esperables la hipótesis de esta continuada subida del Índice ya que las estimaciones del Banco de España parecían descontar ya un escenario bajista, aunque en lenta progresión de descenso, pudiendo leerse en el Boletín Económico del Banco de España, de Junio de 2008, página 116 lo siguiente: "*... Sin embargo, las expectativas a medio y largo plazo, tanto en el consenso de mercado como las implícitas en instrumentos financieros, apuntan todavía al paulatino retorno hacia tasas de inflación previas. Así, las previsiones de inflación para diciembre de 2009 se encuentran, con carácter generalizado, bastante por debajo de las tasas actuales, en valores próximos al 2% para Estados Unidos y el área del euro, el 4% para Asia emergente y el 6%-7% para América Latina y Europa del Este ...*"

Lo cierto es que, la evolución de Índice de Precios al Consumo en el periodo marzo dos mil ocho (105'841) a marzo dos mil nueve (105'776) experimentó un descenso del 0'06141%, y en el periodo marzo dos mil ocho a marzo de dos mil diez (107'273) un aumento del 1'35297%.

En conclusión, podemos afirmar que si bien el funcionamiento es fácil de comprender, por más que todos los swaps se califiquen oficialmente como productos complejos, la complejidad deriva más bien de su carácter aleatorio y del riesgo que conllevan, ya que depende de una sola variable pero difícil de prever, el comportamiento de la inflación. Las propias partes asignan al contrato una finalidad de ayudar a estabilizar y hacer preVISIBLES costes empresariales ligados a la inflación, y efectivamente si se va incrementando la inflación tendrá mayores costes pero recibirá del banco una cantidad y si se va moderando tendrá que pagar



al banco pero disminuirán sus gastos. En qué medida dependerá del nominal que se pacte, que determina también el volumen de riesgo que se asume en caso de pérdida.

Además en el "Anexo" del contrato se expresa que *"este documento es consistente con la visión de que la inflación española se incrementará en los próximos años. El riesgo para el cliente es que la inflación no se comporte de la forma esperada, es decir, que no suba o incluso baje"*.

Pues bien, habiendo asentado lo anterior, no podemos obviar el contexto en que esta relación contractual se inserta. Y es que ' Construcciones Pantu, S. L. ' al tiempo de firmar (febrero de 2.008) el *swap* que ahora nos ocupa, ya había contratado otro producto similar en 2005, de similar sino mayor complejidad (denominado *swap* bonificado 3x12 con barrera *knock-in in arrears*), incluso casi de forma inmediata, en junio de 2008, contrató otro denominado de *swap* flotando bonificado.

Todo ello sugiere que la entidad actora, por otra parte de notable envergadura económica con 170 empleados y una facturación en 2007 de 9.685.328'99 euros) no era desconocedora del funcionamiento del producto, ya que tenía suscrito otro contrato de similar naturaleza, sobre un nominal de 750.000 euros, que ha venido desplegando sus efectos de forma diacrónica al igual que el que ahora estudiamos y el posterior, también con un nominal de 1.000.000 de euros.

En consecuencia, los déficits de información mencionados más arriba en este mismo considerando no pueden tener el impacto en el negocio jurídico de provocar un error esencial en el consentimiento prestado por la mercantil actora, ya que resulta obvio que conocía y estaba suficientemente familiarizada con la mecánica de funcionamiento del *swap* . Del mismo modo que no se puede pretender vincular la eficacia de este tipo de productos a la rentabilidad para el cliente del banco, cuestionando la calidad del propio consentimiento, al cabo de más cuatro años de la firma del contrato.

Por lo tanto podemos sostener que, aunque la información en cuanto al funcionamiento del producto pudo ser más acabada ya que presentaba algunas carencias susceptibles de ser completadas, en este particular supuesto existía en el cliente una referencia absolutamente sólida respecto del funcionamiento del *swap*, y del desenvolvimiento de los flujos financieros que el mismo implicaba, que lo sitúan lejos del perfil de contratante desorientado o falto de la información esencial para prestar su consentimiento.

Todos los argumentos que acabamos de exponer resultan de aplicación igualmente al contrato marco de operaciones financieras o CMOF - sustancialmente idéntico al que ya suscribiera en 2005, con motivo de la contratación de otro *swap* -, respecto del cual no podemos en modo alguno dar por bueno que fuera obligada la demandante a su firma como pretende en la demanda, mas incluso concediendo que no se entregara copia del mismo, ello al margen de su trascendencia administrativa no constituye una carencia esencial de información para formar la voluntad contractual a los efectos civiles y, reiteramos porque ello es esencial, en el contexto de la determinada relación existente entre las partes.

2.3/ Del error al contratar . Esta cuestión se encuentra exhaustivamente desarrollada en una inveterada doctrina del Tribunal Supremo (Cfr. SS. T. S. de 16.12.1923, 27.10.1964, 28.09.1996, entre otras muchas) que estudia el art. 1.266 del Código Civil , y que fija como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

En este sentido, para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil , debe reunir connotaciones que no se aprecian en el presente supuesto. es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración según el art. 1261.1º de la misma Ley , que derivando de hechos desconocidos por aquella parte que lo alega y que no le sea imputable. Además debe existir un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SS.T.S. de 14.06.1943 y 21.05.1963)

En palabras de la S. T.S. de 18.02.1994 *"... según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil ; es inexcusable el error (S.T.S. 04.01.1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración ."* La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21



de noviembre de 2012 analiza en su fundamento de derecho cuarto la cuestión del error precisamente en relación con un contrato de tipo *swap* casando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la tesis del Juzgado de Primera Instancia que desestima la demanda al no acoger la existencia de dicho error.

TERCERO .- De la cancelación anticipada .

Probablemente una de las cuestiones más complejas que suscita el contrato que venimos estudiando es la relativa a la cancelación anticipada y los costes aparejados a la misma, regida por una cláusula contractual cuyo tenor literal es el siguiente:

" Si ambas partes se pusieran de acuerdo en la cancelación anticipada del producto, se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, pudiendo suponer un coste para el cliente ".

La nulidad de sólo esa cláusula supondría que el contrato continuara vigente, algo contrario a lo pedido por la actora, que en sus peticiones no contempla la continuidad de la relación, sino que pretende la resolución del contrato con devolución de las cantidades liquidadas a " Pantu, S. L. "

Parecen convenir las partes en litigio que la entidad actora pretendió en 2010 la cancelación y a lo que " Banco de Santander, S. A. " no se opuso sino que solicitó un coste con el que cliente está disconforme. A la hora de determinarlo en aproximadamente trescientos mil euros, vino a hacerlo en aplicación de lo dispuesto en la cláusula de vencimiento anticipado que acabamos de citar y cuya oscuridad permite a la Sala moderar de forma importante su impacto.

Esta previsión transcrita más arriba, que se inserta en el anexo del contrato de confirmación de *swap* firmado el 20.02.08, debe ser completada con lo dispuesto en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), firmado el 18.02.08 entre ' Banco de Santander, S. A. ' y ' Construcciones Pantu, S. L. '.

No parece excesivamente deseable que un contrato marco aplicable a varios tipos de figuras contractuales, firmado varios meses antes y que ni siquiera se acompaña como anexo al de confirmación del *swap* venga a regular un aspecto tan importante como el precio de cancelación. Pero es que además el CMOF tampoco resulta claro en este aspecto.

Así el CMOF, en su cláusula 14.1 trata de las cantidades a pagar por vencimiento anticipado de operaciones por circunstancias imputables a las partes y establece lo siguiente:

14.1.1 La aplicación del criterio Valor de Mercado, en este caso la cantidad a pagar será igual a la suma del Importe de Liquidación, calculado por la parte no incumplidora, de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado (con signo positivo si el resultado es a percibir por la parte no incumplidora y negativo en caso contrario), más los importes debidos a la parte no incumplidora, menos los importes impagados debidos a la parte incumplidora.

Es de ver que lo que se realiza, es un ajuste de debe y haber sumando los créditos de la parte cumplidora y restando los débitos. Pero esta operativa, además de ser difícilmente aplicable a un contrato de tipo *swap* en el que no se van disponiendo de cantidades como si de una cuenta se tratase, y que tampoco se presta al anticipo de sumas, hace de la facultad de calcular la suma resultante un monopolio de la parte ' no incumplidora '.

Con ello surge también la duda de si, conforme a esta expresión interpretada a *contrario sensu* , la noción de ' parte incumplidora ' debe abarcar también a la parte que decide apartarse del contrato aunque a la sazón no haya incurrido.

14.1.2 Para los supuestos en que no fuera posible aplicar el Valor de Mercado , o aun siendo posible su resultado ' ... no fuera comercialmente aceptable ...'; la cantidad a pagar será '... una cantidad equivalente a la Valoración Sustitutiva de las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado ...'

Esta Sala ya ha estudiado cláusulas idénticas en su literalidad. en alguna de las resoluciones citadas más arriba, por ejemplo en la sentencia dictada el 12.12.12 en el rollo de apelación 245712, en la que puede leerse:

"... Hemos de poner un primer reparo, en este apartado, al inciso que hace referencia a la inaceptabilidad comercial, concepto este que se deja en la más absoluta indeterminación y que deja en manos de la entidad crediticia la inaplicación del primer parámetro de referencia, Valor de Mercado, cuando aun siendo su cálculo posible éste no resulte conforme con las expectativas de una de las partes.

En segundo término, la Valoración Sustitutiva - cuya definición se encuentra en la estipulación primera del CMOF - consiste en la cantidad que una parte calcule como sus pérdidas (incluyendo lucro cesante, intereses y costes) o ganancias en relación con el contrato marco o con una operación en concreto cuyo vencimiento se haya anticipado; lo cual tampoco resulta un procedimiento de cálculo objetivable.



Por último el contrato de confirmación de swap que ahora estudiamos no emplea el término ' Valor de Mercado ' sino ' Precio de Mercado '.

Situados en este escenario, no podemos desconocer que la resolución unilateral de contrato implica una repercusión económica, que no resulta inocua para la contraparte. Pensemos que en un contexto de rendimiento del producto para el cliente el banco decidiese cancelar de forma unilateral el swap, lógicamente tal acción supondría también una merma en las expectativas económicas que se derivan del contrato para el cliente y un perjuicio para el mismo que debe ser reparado. Del mismo modo, a la inversa, si el cliente pretende desligarse de la relación contractual de forma unilateral con ello frustra las perspectivas de ganancia de la entidad que se generaron por el contrato, partiendo por supuesto de que el consentimiento negocial básico reúne los requisitos de validez.

Pero aparte de los inconvenientes apuntado más arriba, existen otros muy notables en este caso como son la falta de transparencia en la explicación del proceso de determinación del Valor o Precio de Mercado, se echa en falta una detenida razonamiento y motivación de todo el itinerario hasta hallar la cantidad por la que se propone como coste de cancelación y que el cliente, a pesar de rechazar incluso mediante acta de declaración notarial, termina abonando (circunstancia ésta que estimamos no le priva de la posibilidad de reclamar ulteriormente la retrocesión de lo abonado - para lo que tuvo incluso que solicitar un préstamo a la propia entidad demandada - en aplicación del principio solve et repete, toda vez que el pago y la propia financiación del mismo fueron actos impuestos que se vio compelido a realizar para evitar perjuicios económicos de mayor calado)

Por supuesto que el proceso podía pulirse con una referencia más objetiva a índices bursátiles o de cotización de este tipo de productos, con la intervención de un organismo tercero o de un perito dirimente en caso de falta de acuerdo de las partes; pero en ausencia de todo ello lo que resulta indeclinable es exponer con todo detalle el proceso que concluye en la fijación de una cantidad tan importante.

Todavía hemos de hacer otro apunte, y es que se precisa, cuando no existen los referentes objetivos ni los procedimientos absolutamente transparentes, equilibrados y fiables de fijación del valor de cancelación, que la suma correspondiente a este concepto guarde relación con la concreta evolución del swap en este caso.

Si partimos de que el contrato es válido, que su contenido, mecánica y finalidad son conocidos por el cliente y que al mismo tiempo existe un ámbito de incertidumbre o aleatoriedad que hace que la balanza de los beneficios pueda inclinarse de cualquiera de los dos lados en función de la evolución también incierta de la inflación. Corolario de todo ello es que, los rendimientos últimos a favor de una de las partes no pasan de ser un indicio o proyección de los esperados en el futuro que no implican necesariamente la continuidad de la línea de evolución del Índice de Precios al Consumo, y que únicamente permiten contemplar con mayor optimismo la posición de la parte que ha obtenido rendimiento en la última o últimas anualidades en función de la propio desenvolvimiento del contrato, del juego del tipo de interés e inflación acumulados pero no de la previsión a varios años de la evolución de los índices.

En otras palabras, el argumento más sólido para sostener que un rendimiento pretérito presupone un rendimiento futuro es que, una vez producido un evento como el que aconteció en el caso que ahora nos ocupa de caída drástica del IPC, el mismo tendría que repuntar cubriendo la caída que ya ha experimentado respecto de la paridad con el Tipo Fijo y subir otro tanto adicional en la siguiente anualidad para volver a acompasarse a la evolución de la Tasa de Inflación Acumulada.

Éste debe ser el parámetro para calcular el Precio de Mercado, pero teniendo en cuenta las dificultades de aplicación de este criterio - basado eminentemente en el cierre contable y cómputo de cantidades que se hicieron efectivas con anterioridad a la fecha de cancelación - a los swaps, así como ls derivadas de la colocación en el mercado de un producto prácticamente llamado a generar un litigio, como han venido siendo los swaps cuando el cliente pretende resolver los mismos, y el incierto panorama judicial de este tipo de contratos en nuestro país, debemos precisar que, en cualquier caso este parámetro sería el idóneo para calcular la Valoración Sustitutiva.

La liquidación que hace el banco, apoyada en una serie de cláusulas que como se ha visto son oscuras y carentes de la debida definición, se acerca a las cifras que se hallarían en una progresión geométrica de factor dos ya que sobre una pérdida para el cliente de 4.947'97 euros el primer año, calcula el total de las pérdidas previstas para el mismo - o lo que es igual la ganancia esperada para la entidad crediticia en 132.100 euros.

Una progresión geométrica pura de factor dos sobre la cifra inicial, despreciando los decimales, arrojaría la siguiente secuencia: 4.947, 9.894, 19.788, 39.576, 79.152; cantidades que sumadas darían un total de 148.410 euros.

Por el contrario, las cantidades que figuran en el anexo informativo, para el peor de las hipótesis para el cliente ofrecía la secuencia de pérdidas (aunque reiteramos en realidad serían ganancias puesto que se refieren a un escenario en el que la tasa de inflación acumulada es superior al tipo fijo acumulado) 1.000, 1.810, 2.404,



2.755 y 2.837, con un total de 10.805 euros, 9.806 euros si tomamos como comparación sólo las cuatro últimas anualidades como acontece en este caso.

Pero tampoco estas cifras - fuesen de pérdidas o ganancias en todo caso proyección hipotética del resultado de funcionamiento del swap - pueden tomarse como referencia puesto que estarían basadas en un notional de 100.000 euros, es decir, 4'5 veces inferior al pactado en el contrato que venimos tratando (450.000 euros) y con un tipo de interés fijo del 3% en vez del 3'5% de este supuesto.

En consecuencia, considera el Tribunal que la cantidad que se debe fijar como coste de cancelación asciende al resultado de multiplicar por 4'7 la peor cifra total de las dos ofrecidas al cliente como hipótesis de funcionamiento del swap, para las cuatro últimas anualidades de vigencia del producto (9.806 euros) con un total de 46.088 euros, correspondiendo el 4'5 de esta cantidad a la estricta relación entre los nominales y el 0'2 a la diferencia de 0'5% en el tipo de interés fijo (en el bien entendido que esta última parte del factor de corrección se halla usando del prudente arbitrio de la Sala y no a través de una operación matemática exacta, ya que se deben ponderar otros factores difícilmente susceptibles de ser encuadrados en una función de ese tipo). "

Tomando como referencia nuestro propio proceder en casos anteriores, para este supuesto se presentan algunas particularidades:

1.- No se solicita expresamente la resolución sino la nulidad del contrato CMOF y de todos los tratos contractuales derivados del mismo.

2.- No consta, por parte de " Pantu, S. L. " la voluntad expresa y determinada de resolver la relación desde un punto pretérito concreto a través de requerimiento notarial, remisión de burofax, correo certificado u otros medios, sino sólo la existencia de algún acercamiento o negociación en tal sentido que se no prosperó ni derivó en un intento serio de resolver el contrato conforme a lo pactado.

3.- Tampoco el banco ha ejercitado la acción de reconversión exigiendo el cobro de las cantidades adeudadas conforme a las liquidaciones del contrato de swap .

4.- No obstante, podríamos entender como más favorable a la entidad actora, y en sintonía con la sanción que la mala redacción de la cláusula de gastos de resolución debería tener, interpretar que desde el momento que se interpone la demanda, la voluntad subsidiaria de resolver queda implícita en ella.

Por consiguiente, el Tribunal juzga la más equitativo declarar que, no procediendo la nulidad contractual solicitada por " Pantu, S. L. ", a la hora de serle exigido el cumplimiento de las obligaciones del contrato, la actora podrá optar por abonar las liquidaciones que le presente " Bando de Santander, S. A. " realizadas conforme a lo pactado; o bien instar que se tenga resuelto el contrato desde el 12.05.12.

En este último caso, además de las liquidaciones anteriores a tal fecha, por los últimos meses de vigencia del contrato, desde el 13.05.12 hasta el 25.02.13, más la parte proporcional desde el 25.02.12 hasta el 12.05.12, deberá abonar, en concepto de gastos de resolución una cantidad que se calculará de la siguiente forma:

Sumando las liquidaciones de los anteriores periodos anuales de vigencia del contrato desde el 25.02.08 (es decir, 2009, 2010, 2011 y 2012) y dividiéndolas por cuatro hallar la media aritmética de las mismas. Dicha media será la base de cálculo para el periodo desde el 13.05.12 hasta el 25.02.13 , y realizada la oportuna operación de conversión se aplicará proporcionalmente al mismo .

QUINTO. - De las costas .

En este único aspecto procede revocar en parte la sentencia objeto de apelación, estimando también parcialmente el recurso de ' Banco de Santander, S. A. '

Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las causadas ni en primera instancia ni en la alzada, habida cuenta de la estimación del recurso interpuesto y vista la complejidad y dudas que planteaba el contencioso.

SEXTO .- Del depósito para recurrir .

Conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la versión dada a la misma por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO



Estimando sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ' Banco de Santander, S. A. ', contra la sentencia dictada por la Itma. Srta. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva en procedimiento ordinario 770/12 revocamos en parte dicha resolución y:

1/ Desestimamos la demanda interpuesta por "Construcciones Pantu, S. L. ", declarando válido y eficaz el contrato de swap a suscrio entre " Construcciones Pantu, S. L. " y " Banco de Santander, S. A. "

2/ Declaramos que "Construcciones Pantu, S. L. " puede optar en el cumplimiento del contrato y respecto del periodo desde el 12.05.12 al 25.02.13, entre las dos posibilidades contempladas en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

3/ No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas habidas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a ' Banco de Santander, S. A. ' el depósito efectuado para recurrir la sentencia de primera instancia.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su cumplimiento y demás efectos oportunos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes de conformidad con lo dispuesto en el art. 248.4 de la L.O.P.J .

Déjese testimonio bastante en autos e inclúyase el original en el libro de sentencias de esta Sección.

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