



Roj: **SAP LO 228/2015 - ECLI:ES:APLO:2015:228**

Id Cendoj: **26089370012015100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **88/2014**

Nº de Resolución: **103/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00103/2015**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA**

**LOGROÑO**

Domicilio : VICTOR PRADERA 2

Telf : 941296484/486/489

Fax : 941296488

Modelo : SEN00

N.I.G.: 26089 37 1 2009 0100590

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 88/2014 - JC**

**ILMOS/AS.SRES/AS.**

**MAGISTRADOS:**

**DON RICARDO MORENO GARCIA**

**DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER**

**DON FERNANDO SOLSONA ABAD**

**SENTENCIA Nº 103 de 2015**

En LOGROÑO, a cuatro de mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de LA RIOJA, los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 1490/2012, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de LOGROÑO, a los que ha correspondido el Rollo nº 88/2014, en los que aparece como parte apelante, "**BANCO DE SANTANDER, S.A.**", representado por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA MERCEDES URBIOLA CANOVACA, y asistida por el Letrado DON SANTIAGO GORIBA, y como parte apelada, "**CRISTALERIA SAN MATEO, S.L.**", representada por el Procurador de los Tribunales, DON ROBERTO IGEA GARCIA y asistida por el Letrado DON FRANCISCO JALÓN LÓPEZ, siendo Magistrado Ponente **DON RICARDO MORENO GARCIA**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 10-1-2014, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Logroño (f.- 454-493) en cuyo fallo se recogía:



" Que estimando la demanda interpuesta por la mercantil Cristalería San Mateo S.L representada por el Procurador Sr. Igea García, contra la entidad Banco Español de Crédito SA sucedida procesalmente por el Banco de Santander S.A. representada por la Procuradora Sra. Urbiola Canovaca, debo acordar y acuerdo:

1º.- Declarar la anulabilidad o nulidad relativa por vicio del consentimiento, del contrato de permuta Financiera de Tipos de Interés concertado entre las partes en fecha 13 de octubre de 2008, y la inexistencia del Contrato Marco de Operaciones Financieras, con sus consecuencias y efectos restitutorios, y por ello

2º.- Condenar a la entidad demandada a restituir a la demandante la cantidad de 38.019,97 (esto es, la diferencia entre los ingresos recibidos y los pagos efectuados), más los intereses legales devengados por las cantidades satisfechas por Cristalería San Mateo S.L -cuya restitución se ha estimado-, previa deducción de los intereses devengados por los importes abonados a la demandante, desde la fecha de los citados abonos.

3º.- Condenar a la demandada al pago de las costas ...".

**SEGUNDO.**- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de Banco de Santander, se presentó escrito solicitando se tuviese por preparado en tiempo y forma la apelación, que fue admitida, con traslado por 20 días a la parte recurrente para que interpusiese ante el Juzgado el recurso de apelación. Interpuesto éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

**TERCERO** .- En el recurso de apelación de Banco de Santander (f.- 495-522) se alegaba, en esencia, error en la valoración de la prueba; error en la aplicación de la normas legales y jurisprudenciales sobre el error en el consentimiento, prueba y confirmación tácita, para concluir interesando que previos los trámites oportunos se dicte sentencia en la que :

"... se estime el presente recurso declarando:

a) No haber lugar a las peticiones realizadas en su escrito de demanda por la mercantil demandante Cristalería San Mateo S.L al no existir error al emitir el consentimiento prestado que invalide el contrato de operaciones financieras sobre tipos de intereses suscrito el 13 de octubre de 2008 entre las partes postulado del contrario y por lo tanto no existe motivo para declarar la nulidad del mismo, procediendo la íntegra desestimación de la demanda.

b) Se condene en costas de ambas instancias a la mercantil demandante-recurrida, Cristalería San Mateo S.L ..."

En la oposición presentada frente al recurso de apelación por (f.- 536-541) se alegaban las razones que estimó oportunas frente a las alegaciones del recurso de apelación para concluir interesando que previos los trámites legales oportunos se dicte sentencia confirmando la dictada por el juzgado con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

**CUARTO.**- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 30-4-2015.

**QUINTO.**- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Respecto de la alegación de infracción de los arts. 1265 y 1266 CC sobre los requisitos del error invalidante.

a) Sobre los contratos suscritos.

Se ha indicado reiteradamente que estamos ante contratos complejos, como es el denominado de coberturas de tipos de interés que nos ocupa, que contienen productos complejos de elevado riesgo que requieren se facilite al cliente una información clara y exhaustiva.

Dentro de esta premisa general resulta de interés determinar los contratos y las fechas de los mismos, que fueron alcanzados a iniciativa del Banesto quien a través de sus empleados ofrecían, tal como indicó el testigo Jesus Miguel (5:28) y la testigo Remedios , de manera reiterada y persistente su contratación (12:30).

Consta que por parte de Cristalería San Mateo S.L se había contratado con Banesto:

Préstamo mercantil de fecha 1-6-2006 y vencimiento el 1-6-2013 por importe de 194.000.-euros (f.-121-125).

Préstamo Pymes de fecha 9-4-2007 con vencimiento el 9-4-2014 ( f.-126-132).

Préstamo hipotecario de fecha 10-10-2005 con vencimiento el 1-11-2015 (f.-133 y ss).



En este marco y por parte de empleados de Banesto se ofreció a Cristalería San Mateo S.L un producto, que incluso por los propios empelados del banco era denomina do "Cobertura de Tipos de Interés" (5:12, Jesus Miguel ) que resultó ser un " *Contrato sobre operaciones financieras* " en el que se recogía la operación consistente en " *Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Techo y Suelo Parcial (Collar K1 en el Floor)* " (f.-200 y siguientes) a fecha 13-10-2008 con inicio el 30-10-2008 y vencimiento el 30-1-2011 con un importe nominal de 492.000.-euros, que generó una inicial liquidación positiva para Cristalería San Mateo S.L por importe de 680,22.-euros y sucesivas negativas hasta el importe total de 38.700,19.-euros (f.-211 y ss)

En tal documento se indicaba igualmente en la clausula cuarta titulada "Riesgos" con el siguiente contenido:

*" Cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional y de hecho se han entendido , los términos ,condiciones y riesgos de esta Operación, contenidos tanto en estas Condiciones generales como en las Condiciones Particulares y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiera o de otro tipo.*

*De manera específica, el Cliente manifiesta expresamente que la operación a que se refiere este contrato se adecúa y fiel e íntegramente a su experiencia inversora y financiera habiendo decidido el Cliente de forma libre e independiente formalizar esta Operación, y declarando no haber basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto a esta transacción "*

Cabe añadir igualmente que no hay otra prueba documental sobre el conocimiento de lo que el contrato implicaba o de las posibilidades que la variación de los tipos de interés podían acarrear para el suscribiente puesto los demandantes lo niegan así como Don. Jesus Miguel tampoco lo realizó (6:51) puesto que carecía también de conocimientos adecuados para ello (5:44).

b) Naturaleza de los contratantes y deber de información.

El deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios en la fecha en que se celebraron los contratos objeto de autos, estaba regulado por la ley 47/2007, de 29 de diciembre y en lo que ahora interesa se establecían 3 tipos de clientes:

-Clientes profesionales, aquéllos en los que se presume la experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, artículo 78 bis de la ley 47/2007 . Especificando en la misma quienes tienen tal consideración, pudiendo clasificarse en cuatro apartados: Uno relativo a entidades financieras, otro a organismos públicos, otro a empresarios individuales, que han de reunir, al menos, dos de las condiciones que especifica el precepto, a saber: a) que el total de las partidas del activo sea superior o igual a 20 millones de euros; b) que el importe de la cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; c) que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Y otro relativo a los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente minorista.

-Contrapartes elegibles (artículo 78 ter), son, básicamente, entidades e intermediarios financieros.

-Clientes minoristas, que no son ninguno de los anteriores. Fundamentalmente los clientes individuales y Pymes.

En el presente supuesto estamos ante clientes de este último tipo - Cristalería San Mateo S.L es una empresa dedicada a la actividad de " *Acrilamiento y pintura* " (f.-320 y ss) - es decir, clientes minoristas, sin que el hecho de que el volumen de operaciones de la mercantil Cristalería San Mateo S.L suponga por ello una relajación del deber de información, y así cabe citar SAP Oviedo de 8-3-2012 "... *el hecho de que el contratante sea una empresa con un importante volumen de negocio no permite omitir la información del producto* ", así como tampoco se presume que el administrador o gerente de sociedades, aun poseyendo conocimientos básicos del mundo financiero, SAP León 5-3-2012 , disponga de " *cultura financiera suficiente para entender el alcance de un contrato como el ofertado* " sin que en el presente supuesto se haya llegado a acreditar que se contara con asesoría externa que permitiera un conocimiento cabal de lo que se estaba contratando puesto que de las manifestaciones parece reducirse a una mera gestión laboral y fiscal (17:35, Asesor); e igualmente resulta irrelevante que concurren los otros contratos de similar naturaleza, consta la contratación a fecha 30-3-2012 a título particular por parte de Eulogio un contrato de "Cobertura de Riesgo de tipo de Interés ("TECHO" o "CAP" vinculada a Préstamo Hipotecario" (f.-293 y ss) con Banesto, al igual que por parte de Jacinto a fecha 4-5-12 de igual naturaleza (f.-301 y ss) y otro a fecha 9- 4-2007 en representación de Cristalería San Mateo S.L (f.-399 y ss) denominado " *Permuta Financiera de tipos de Interés Con Tipo Fijo Creciente y convertible a Tipo Variable* " y la SAP Palencia de 9-2-2012 indica que "... *para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria*



en general por cuanto, la clientela tradicional, conoce los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país (contratos de depósito, cuenta corriente, préstamo, etc.), pero le resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes el vencimiento".

Respecto de esta obligación de información y tal como recoge la SAP de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23-12-2014 (Rec.146/13) la información que se debe suministrar se exige que sea especialmente rigurosa, real y veraz, al indicar que:

<<... En relación con la clase y tipo de información que deben proporcionar a los clientes minoristas como son los hoy actores, el artículo 79 de la ley señala que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes". Y dentro de esa afirmación genérica encuentran las obligaciones de información, de forma que conforme a lo prevenido en el artículo 79 bis, existe obligación de mantener en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

Y esta información debe ser : 1.- imparcial; 2.- clara.- 3.- no engañosa.

Por otro lado, el artículo 60 del RD 217/08, fija con sumo detalle las condiciones que ha de cumplir la información para " ser imparcial, clara y no engañosa". Entre ellas son de destacar el que ha de ser exacta y , ( esto es especialmente relevante en nuestro caso) que no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, ha de ser suficiente y se presentará en forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus posibles destinatarios, y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Junto a ello, el artículo 60.5 establece que si la información contiene datos sobre resultados futuros, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) No se podrá basar en resultados históricos simulados ni hacer referencia a los mismos. b) Se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos. c) Cuando se base en resultados brutos, deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas. d) Se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de resultados futuros.

Por otra parte, el artículo 62 del RD establece que "las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio, cuando éste sea anterior a aquel: a) Las condiciones del contrato; b) La información exigida en el artículo 63 en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares. También establece que "las entidades deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión; y que asimismo, deberán notificar con suficiente antelación cualquier cambio importante en dicha información que resulte pertinente para un servicio que se esté prestando al cliente en cuestión".

Y este precepto (artículo 62 RD) señala a continuación algo que resulta especialmente relevante en nuestro caso: que " la información exigida en los apartados anteriores deberá proporcionarse en un soporte duradero o, a través de una página web, siempre que en este segundo caso, cuando no se den las circunstancias para considerarla como soporte duradero, se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2".

Por lo tanto, conforme al artículo 62 del RD la entidad financiera debe suministrarse a todo cliente minorista la referida información que minuciosamente regula el RD en un soporte duradero, de donde resulta evidente que no basta con las explicaciones verbales que la demandada sostiene (sin prueba suficiente, como luego veremos) que en este caso que suministró a los actores, sino que es necesario que esa información se suministre en un soporte duradero.

Entre la información que conforme al artículo 62 del RD ha de proporcionarse al cliente minorista en un soporte duradero se encuentra la prevenida en el art. 64, el cual regula la información sobre los instrumentos financieros, estableciendo que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.





- b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

En esa misma línea, en cuanto a la información referente a instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, el artículo 79 bis, 3 de la LMV, del cual el artículo 64 del RD no es sino un desarrollo, obliga a introducir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a dichos instrumentos o estrategias.

Por último, dentro de las obligaciones de información que tienen las entidades que prestan servicios de inversión, el artículo 79.5 de la ley incluye la de asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, estando obligadas a obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto de que se trata o servicio concreto, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Y el artículo 79 bis 7, a fin que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de servicio concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado. Siendo denominados "tests de idoneidad" y "test de conveniencia", respectivamente. Respecto de los que existen recomendaciones en el CNMV, sobre los datos que han de contener .>>.

Por otra parte en el presente supuesto no se cuenta con la realización de cuestionario MFID y por otra parte la mercantil puesto que el asesor indicó que se limitaba a temas laborales y fiscales (16:55 y 18:40 a preguntas de la Juez).

c) Deber de información y error en consentimiento.

Dentro de este marco la sentencia recurrida toma en consideración las alegaciones de la demandante y viene a concluir estimando concurrente un error en el consentimiento como consecuencia de una defectuosa información al demandante y consecuencia de lo cual estima la nulidad del contrato.

Esta íntima conexión entre información y error en el consentimiento ha sido objeto de múltiples resoluciones judiciales que se citan en la propia sentencia así como las partes y hacen innecesaria su reiteración, sin perjuicio de señalar, como hace la STS de 21-11-2012 -en supuesto en el que rechazaba la declaración de nulidad del contrato - que <<... aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos ...>> pero ello, como también se indicaba, siempre atendiendo al caso concreto y al resultado de los medios probatorios utilizados, en este sentido STS de 13-2-2007 indica que el citado requisito de la inexcusabilidad del error habrá de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso, incluidas las personales, puesto que como también indica la STS de 14-11-2005 se exige un plus de información y diligencia a la entidad financiera que comercializa productos financieros precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea **consumidor** o no y valorando en tal sentido, como afirma las SSTS de 2-1-2003 y 17-2-2005, las respectivas conductas conforme al principio de la buena fe ( artº. 1258 del Código Civil ), pues sí, en efecto, el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar.

En tal sentido la STS 8-7-2014 (Rec.1256/12) indica:

<< A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.



2. *El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.*
3. *La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.*
4. *El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de 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.*
5. *En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap , como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.*

*En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012). >>*

Es aquí donde debe tenerse en consideración la prueba desarrollada en el acto del juicio y en concreto el alcance de la misma en relación con el principio general de la carga de la prueba, y respecto de aquellas analizadas por la Juez pero respecto de las cuales la parte muestra su discrepancia en cuanto a las conclusiones a las que la Juez llega, que es ámbito de convicción sobre de la certeza de esos hechos, o de su inexistencia, y que se alcanza mediante la valoración conjunta del resultado de las pruebas practicadas a instancia de las partes,

**SEGUNDO.** - Respecto de la alegación de error en la valoración de la prueba.

Siguiendo con el examen de la necesaria aportación de información suficiente para hacerse cabal conocimiento de aquello que se contrataba, resulta forzoso tener en consideración que a la hora determinar si en verdad ha existido una falta de información con relevancia para viciar el consentimiento contractual y sus consecuencias y atendiendo a la normativa señalada, cabe concluir que corresponde al Banesto - Banco de Santander la carga de la prueba ( art. 217 LEC ) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar y a tal efecto basta señalar las declaraciones ofrecidas en el acto del Juicio por Don. Jesus Miguel , Doña. Remedios y el asesor de la mercantil .

Ahora bien y contrariamente a lo que se afirma en el recurso, no entendemos se haya acreditado por la entidad hoy apelante que por parte de los empleados que negociaron la suscripción del producto y del gerente de la empresa se hubiere completado dicha información sobre el funcionamiento del mismo, posibles escenarios, coste de una eventual cancelación anticipada, etc, en la debida y completa forma para que los hermanos integrantes de la sociedad demandante, pudieran formar debidamente su consentimiento al contratar.

En este sentido y como señala la SAP de León, (Secc. 1ª) de 5-12-2011 <<... quien ha de demostrar el cumplimiento de las obligaciones de información que incumben a la demandada (art. 79 bis LMV) es la propia demandada, no es suficiente con presentar a la firma del cliente un documento estereotipado de exoneración de responsabilidad. La entidad prestadora del servicio financiero ha de presentar documentación escrita y firmada por el cliente en la que conste qué información se le facilitó acerca del producto, y si éste era comprensible, suficiente y veraz ,...>>

Ha de precisarse al efecto que no basta para ello con las meras manifestaciones del empleado del banco al testificar en el acto del juicio, que por otra parte se ha limitado a alegar su desconocimiento del producto y a indicar que otro compañero de la Dirección Territorial que era el especialista lo hacía pero sin prueba alguna de ello (6:51).

Por ello en lo no reconocido de adverso deberá verse respaldado el cumplimiento de dicho deber de información por un reflejo documental que evidencie el que se explicó al cliente el funcionamiento del producto en los distintos escenarios posibles, tanto de subida cuanto de bajada de los tipos, la compensación o beneficio y los riesgos que en uno u otro caso le afectaban, los posibles costes de cancelación anticipada aún por aproximación en uno u otro supuesto. Y en el presente supuesto no hay tal soporte documental.



Ello evidencia que no queda probado siquiera que existieran tales informaciones verbales de manera que con mayor razón cabe considerar que tampoco cabe considerar probado que tales informaciones verbales -que supuestamente ofreció un compañero Don. Jesus Miguel - fuesen lo suficientemente explicativas y detalladas para formar un criterio claro, dada la complejidad del producto, a un tipo de cliente minorista, cuya formación financiera no consta acreditado que excediera de operaciones bancarias sencillas u ordinarias. Por tanto, no consta probado que la entidad bancaria cumpliera con lo dispuesto en los artículos 62 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, conforme a los cuales, las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, una explicación de las características y de los riesgos inherentes a los instrumentos financieros de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas, teniendo en cuenta su clasificación como minorista o profesional.

Por lo tanto cabe entender que cuando se procedió a realizar la contratación origen del litigio el cliente lo realizó sobre una representación mental equivocada del objeto del contrato basada en un incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus deberes de suministrar adecuada información lo que incide en el requisito de la excusabilidad del error, ya que si el cliente estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada y no lo realiza, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado le es excusable al cliente.

**TERCERO** - Respecto de la alegación de Se alega por la recurrente vulneración de los artículos 1309, 1311 y 1313 del Código Civil y la doctrina y jurisprudencia de los actos propios, dada la confirmación tácita mediante la conducta posterior a la contratación.

En este ámbito cabe indicar lo recogido entre otras, en la SAP de Coruña 1-9-14 (Secc.4ª, Rec. 191/14) al señalar que:

*<< En este sentido, la jurisprudencia proclama que la confirmación tácita de los contratos sólo se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo esta cesado, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella ( STS de 24/3/1956, 1/12/1971, 8/6/1973, 10/4/1976, 27/10/1980, 4/7/1991, 15/2/1995, 12/11/1996 o 4/10/1998, entre otras); es decir, que los vicios del consentimiento pueden ser subsanados, confirmándose el contrato, si se reitera en circunstancias tales en las que no pueden suponerse concurrentes las causas determinantes de la existencia del error, lo que no acontece en el caso presente.*

*Y en cuanto a la doctrina de los propios actos vinculantes decir con la STS de 5 de septiembre de 2012 que se requiere: 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas: STS de 2/5 y 18/10/2011, 8/5/2012) >>.*

Pues bien la conducta desarrollada por la demandante en la contratación y en sus actos posteriores a la misma no cabe ser considerada como actos de confirmación tácita o actos propios, en tanto que tal y como se ha ido indicando, partiendo de una situación desconocimiento de lo contratado, el desconocimiento siguió en los actos sucesivos a instancias del propio banco quien aconsejó la cancelación anticipada y al contratación el mismo día y por lo tanto sin mayor información y sobre la base del mismo error existente ya en el primero y que perdura en el tiempo el segundo contrato.

Y respecto también de la percepción de liquidaciones positivas sin planteamiento de cuestión alguna por parte del cliente señalar lo ya indicado por esta Sala en SAP La Rioja 31-7-13 (Rec. 23/12) al indicar que tales percepciones positivas no suponen la existencia de acto propio que convalide el contrato puesto que carece de las características exigibles al mismo y en tal sentido cabe citar, entre otras muchas la SAP Alicante de 9-5-12 *<<... no puede admitirse como acto propio el haber recibido cada seis meses las liquidaciones, que requiere que sea concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas Ss.T.S., como las de 27 de enero y 24 de junio 1996, 19 de mayo 1998 y 23 julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (Ss.T.S. de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico. Y en este caso no puede obtenerse tal conclusión". >>*

Por lo tanto y a juicio del tribunal, no se puede extraer la conclusión de un acto propio concluyente e indubitado contrario a la acción que en este proceso se ejercita del hecho de que en la cuenta bancaria del demandante se cargasen o abonasen las liquidaciones correspondientes.



**CUARTO.** - Respecto de las costas procesales, y de conformidad con lo establecido en el art. 394 y 398 procede su imposición a la parte apelante.

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

#### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander, contra la sentencia de fecha 10-1-2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Logroño, en juicio en el mismo seguido al nº 1490/2012 , de que dimana el Rollo de Apelación nº 88/2014, debemos confirmarla y la confirmamos.

Con expresa imposición de las costas causadas a la parte apelante.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

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

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.