

## **SENTENCIA N° 186/2013**

limo. Sr. Presidente:

D. AURELIO VILA DUPLA

limos. Sres. Magistrados:

D. JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES

D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO

En Pamplona a 22 de noviembre de 2013.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los limos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala n° 285/2012**, derivado del *Juicio Ordinario n° 509/2011* del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Tudela; siendo parte apelante. **D. JPVG** representado por el Procurador D. Javier Araiz Rodríguez y asistido por el Letrado D. Ignacio José Ferrer-Bonsoms Hernández;

Y parte apelante-apelada, la entidad financiera **CAIXA D"ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, (CAIXABANK S.A.)(LA CAIXA)**.

Parte apelada. **D<sup>a</sup> MVFP**, representada por el Procurador D. Javier Araiz Rodríguez y asistida por el Letrado D. Ignacio José Ferrer-Bonsoms Hernández.

Siendo Magistrado Ponente el limo. Sr. **D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLA**.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de junio de 2012, el referido Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Tudela dictó Sentencia en el Juicio Ordinario n° 509/2011, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"DESESTIMO la demanda interpuesta por D. JPVG contra "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" -LA CAIXA- y en consecuencia, ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra por el actor, y CONDENO a éste al pago del 56% de las costas procesales. ESTIMO la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> MVFP contra "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA"-LA CAIXA-, y:*

- 1º) DECLARO nulo el contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores suscrito con la actora en fecha 26 de junio de 2008.*
- 2º) CONDENO a la demandada a abonar a la actora la suma de 10.660,51 € y en su caso las cantidades que siga abonando en virtud del contrato de permuta de intereses, una vez presentada la demanda hasta la fecha de la presente sentencia más los intereses legales desde que se le hicieron los cargos que integran la anterior cantidad.*
- 3º) CONDENO a la demandada al pago del 44% de las costas procesales".*

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de CAIXABANK SA.(LA CAIXA).

Y por la representación de D. JPVG.

**CUARTO.-** La parte apelada, Dña. MVFP, evacuó el traslado para alegaciones, e impugnó el recurso de apelación

interpuesto por CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA) y solicitando su desestimación.

**QUINTO.-** La parte apelante-apelada CAIXABANK, S.A. (La Caixa) impugnó el recurso de apelación interpuesto por D. JPVG.

**SEXTO.-** Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en donde se formó el *Rollo de Apelación Civil n° 285/2012*, habiéndose señalado día para su deliberación y fallo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los antecedentes de hecho necesarios para resolver esta apelación son los siguientes:

1. Dña. MVFP trabaja como temporera en una industria de conservas alimentarias, careciendo de estudios superiores, y era cliente de la oficina de Caixabank sita en la calle Cuesta de la Estación núm. 8 de Tudela.

Había suscrito con su pareja un contrato de crédito hipotecario sobre vivienda el día 24 de febrero de 2006, obteniendo una cuenta de crédito hasta el límite de 132.500 euros, con un tipo de interés referenciado al euribor (documento núm. 1 demanda).

Llamaron por teléfono de la entidad bancaria para

ofrecer a la misma el contrato denominado de *"permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores"*.

Fue informada en diversas reuniones mantenidas con el personal de la oficina.

El día 26 de junio de 2008 se hizo el test de conveniencia (documento núm. 9 contestación) y fue firmado el contrato (documento núm. 4 demanda).

## 2. Test de conveniencia.

En el mismo la Sra. FP admitió conocer los *"mercados de valores y los instrumentos financieros"*, entender los *"riesgos que comportan"*, tener *"experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar al que desea contratar"*, detallando que los últimos 12 meses había operado con un *"volumen" de 1.000 euros*, y que no estaba dispuesta a asumir pérdidas de capital por sus operaciones financieras *"pero sí de intereses"*.

## 3. Contrato de *"permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores"*.

3.1 El expositivo I establece que el cliente *"desea cubrirse ante el riesgo de incremento del tipo de interés variable aplicable a ciertas operaciones financieras de las que es parte, cuya evolución se sujeta a revisiones periódicas"*.

El expositivo II que el cliente *desea formalizar con "la Caixa", y "la Caixa" así lo acepta, el presente contrato de permuta financiera de intereses (en adelante el "Contrato"), con el "objeto de cubrir parcialmente la exposición al riesgo de*

*incremento del tipo de interés inherente a dichas operaciones financieras".*

El expositivo III que el presente contrato se *ha configurado como diferencial y, en consecuencia, se derivará del mismo un pago a favor del Cliente por parte de "la Caixa" en "aquellos Períodos de Referencia en que el Tipo Financiero supere el Tipo Fijo, y viceversa"*.

La cláusula 2ª, "Objeto del contrato", establece que en virtud del presente contrato en cada Fecha de Pago el Cliente se obliga a pagar a "la Caixa" el Importe de Pago, si tiene signo positivo, y "la Caixa" se "obliga frente al Cliente al pago de Importe del Pago, si tiene signo negativo, en la Fecha de Pago en el que finalice el Período de Referencia correspondiente".

3.2 Por su parte las Condiciones Particulares del contrato (página 1) describen las características y condiciones esenciales de la operación contratada.

- Contrato: 9853210015037-90.
- Cliente: MVFP
- Lugar de celebración: Tudela.
- Cuenta: 2100-1451-04-010034246.
- Fecha de Operación: 26/06/2008. Fechas de Revisión y Fechas de pago: Anexo.
- Tipo variable: Euribor Oficial.
- Plazo del tipo variable: No aplicable.
- Margen: 1,250%.
- Importe notional inicial: 127.351,13 euros.
- Cuota francesa aplicable: Sí.

- Meses: 330.
  - Tipo fijo: 6,875%.
  - Base de cálculo: Días del Período de referencia.
  - Convención día hábil: No aplicable.
  - Antelación: Último día segundo mes anterior a fecha de revisión.
  - Operaciones afectadas: 9320.01.1146898-68.
  - Otros obligados: RSP. HDP. LFC.
- Fecha de inicio de los efectos del contrato 1 de noviembre de 2008.

4. Se entregó a la Sra. FP con el contrato un impreso denominado ficha de producto (documento núm. 6 contestación).

En el apartado "*Riesgos inherentes al producto*" se señala que pueden ocurrir en dos momentos:

*"En las liquidaciones... si en el momento de alguna de las revisiones del tipo de referencia, éste se sitúa por debajo del tipo contratado, al cliente se le cargará en su cuenta vinculada lo correspondiente a la diferencia entre ambos tipos".*

-En una posible cancelación: "cuando un IRSP se cancela, tanto si es por voluntad del cliente como si es obligada debido a cambios en el activo, el IRSP se valora en el mercado y puede llegar a tener valor negativo para el cliente que se le cargará en la cuenta relacionada".

5. Las liquidaciones efectuadas hasta el día 1 de septiembre de 2011 arrojaron un saldo a favor de Caixabank de 9.949,16 euros (documentos núm. 7.1 a 7.34 demanda),

habiendo girado por otro lado por el concepto "COMT.DERIV.IRSP" un cargo de 248,92 euros el día 30 de septiembre de 2009, y otro cargo de 462,53 euros el día 25 de octubre de 2010 (documentos núm. 8 y 9 demanda).

El día 21 de junio de 2011 el abogado de la Sra. FP remitió un fax solicitando una copia del test de conveniencia e idoneidad (documento núm. 6 demanda).

**SEGUNDO.-** 1. D. JPVG era cliente de la misma entidad bancaria, trabaja como expendedor en una gasolinera y estudió formación profesional.

Había suscrito con su cónyuge el día 17 de noviembre de 2005 un contrato de crédito hipotecario sobre la vivienda, asumiendo una obligación crediticia por importe de 155.000 euros, con un tipo de interés referenciado al euribor (documento núm. 19 demanda)

También le ofrecieron el contrato denominado de "*permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores*".

Fue informado en diversas reuniones mantenidas con el personal de la oficina.

El día 6 de junio de 2008 se hizo el test de conveniencia (documento núm. 23 demanda) y fue firmado el contrato (documento núm. 21 demanda).

2. Test de conveniencia.

En el mismo el Sr. VG manifestó no conocer los *"mercados de valores y los instrumentos financieros"*, ni estar *"familiarizado con sus productos"*, tampoco tener *"experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar al que desea contratar"*, y estar dispuesto a asumir pérdidas por sus operaciones financieras *"hasta un 10%"*

3. Contrato de *"permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores"* (documento núm. 21 demanda).

3.1 El expositivo I establece que el cliente *"desea cubrirse ante el riesgo de incremento del tipo de interés variable aplicable a ciertas operaciones financieras de las que es parte, cuya evolución se sujeta a revisiones periódicas"*.

El expositivo II que el cliente *desea formalizar con "la Caixa", y "la Caixa" así lo acepta, el presente contrato de permuta financiera de intereses (en adelante el "Contrato"), con el "objeto de cubrir parcialmente la exposición al riesgo de incremento del tipo de interés inherente a dichas operaciones financieras"*.

El expositivo III que el presente contrato se *ha configurado como diferencial y, en consecuencia, se derivará del mismo un pago a favor del Cliente por parte de "la Caixa" en "aquellos Períodos de Referencia en que el Tipo Financiero supere el Tipo Fijo, y viceversa"*.

La cláusula 2<sup>a</sup>, *"Objeto del contrato"*, establece que en virtud del presente contrato en cada Fecha de Pago el Cliente se obliga a pagar a *"la Caixa"* el Importe de Pago, si tiene signo positivo, y *"la Caixa"* se *"obliga frente al Cliente al pago*

de Importe del Pago, si tiene signo negativo, en la Fecha de Pago en el que finalice el Período de Referencia correspondiente".

3.2 Por su parte las Condiciones Particulares del contrato (página 1) describen las características y condiciones esenciales de la operación contratada.

- Contrato: 9853.21.0014040-91.
  - Cliente: JPVG.
  - Lugar de celebración: Cortes.
  - Cuenta: 2100-4641-95-2100100744.
  - Fecha de Operación: 06/06/2008. Fechas de Revisión y Fechas de pago: Anexo.
  - Tipo variable: Euribor Oficial.
  - Plazo del tipo variable: No aplicable.
  - Margen: 1%.
  - Importe nominal inicial: 150.471,51 euros.
  - Cuota francesa aplicable: Sí.
  - Meses: 324.
  - Tipo fijo: 6,148%.
  - Base de cálculo: Días del Período de referencia.
  - Convención día hábil: No aplicable.
  - Antelación: Último día segundo mes anterior a fecha de revisión.
  - Operaciones afectadas: 9320.01.1086840-54.
  - Otros obligados: ACMS
- Fecha de inicio de los efectos del contrato 1 de enero de 2009.

4. Se entregó al Sr. VG con el contrato un impreso denominado ficha de producto (documento núm. 6 contestación).

En el apartado "*Riesgos inherentes al producto*" se señala que pueden ocurrir en dos momentos:

*-En las liquidaciones... si en el momento de alguna de las revisiones del tipo de referencia, éste se sitúa por debajo del tipo contratado, al cliente se le cargará en su cuenta vinculada lo correspondiente a la diferencia entre ambos tipos".*

-En una posible cancelación: "cuando un IRSP se cancela, tanto si es por voluntad del cliente como si es obligada debido a cambios en el activo, el IRSP se valora en el mercado y puede llegar a tener valor negativo para el cliente que se le cargará en la cuenta relacionada".5. Las liquidaciones efectuadas hasta el día 1 de octubre de 2010 arrojaron un saldo a favor de Caixabank de 3.077,14 euros (documentos núm. 24.1 a 24.13 demanda).

El día 29 de enero de 2010 el Sr. VG firmó un "contrato de Extinción por mutuo disenso" poniendo fin al contrato, abonando la cantidad de 9.699,61 euros (documento núm. 25 demanda).

*En el Expositivo II del citado contrato se establece que "las Partes han convenido en extinguir por mutuo disenso la Operación y, en su caso, realizar una nueva operación..., todo ello en méritos de una novación extintiva".*

*En la cláusula 1ª se establece que "con efectos a partir de la Fecha de Celebración del presente contrato las partes convienen en extinguir la Operación contra el pago, en su caso, de la suma indicada bajo el concepto" de ""Importe Extinción" en "las condiciones particulares a favor de la Parte allí*

*indicada" como "Beneficiario Importe Extinción" y "cuya finalidad es asegurar una adecuada compensación por la extinción de la Operación, sin que quepa a las Partes nada más pedirse o reclamarse en virtud de la Operación", por lo que las "partes no se deberán suma alguna por causa de la Operación, y, en todo caso, renuncian a cualesquiera otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la Operación".*

El día 21 de junio de 2011 su abogado remitió un fax solicitando la copia del test de conveniencia e idoneidad (documento núm. 22 demanda).

**TERCERO.- a)** El día 9 de septiembre de 2011 la Sra. FP y el Sr. VG presentaron demanda contra Caixabank solicitando se declararan nulos los contratos "de permuta financiera exclusivamente para consumidores", y *"en su caso la posterior cancelación"*, y se condenara a la demandada a pagar a la Sra. FP la cantidad de 10.660,51 euros, "y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato una vez presentada la demanda hasta el momento de que se dicte sentencia", y al Sr. VG la cantidad de 13.776,75 euros "correspondiente a la suma de las liquidaciones abonadas, y el coste de cancelación del contrato", al considerar que los citados contratos adolecían de nulidad por las siguientes razones:

-Es un producto (un derivado) que no cumple la finalidad legalmente prevista (una cobertura).

-Existe error en el consentimiento de los clientes consumidores, imputable a la entidad bancaria por incumplir

normativa bancaria y del mercado de valores.

-Deslealtad de la entidad bancaria respecto a sus clientes ya que tenía conocimiento de la inminente bajada de los tipos de interés, conforme se deduce del informe económico del Banco de España de marzo de 2008.

Y en apoyo de su tesis realizaba una serie de alegaciones, en síntesis:

-La oferta realizada por la demandada es similar a otra que aparece en su página web, en la que expresamente refiere que "te proponemos establecer una cobertura del tipo de interés como la mejor solución para frenar el incremento de la cuota de tu hipoteca". "Te beneficiarás de la bajada del tipo de interés".

-La demandada ofreció un contrato que "aparentemente" garantizaba frente a la subida del euribor, teniendo una finalidad de dar "*seguridad*" pero al final las partes suscribieron un contrato esencialmente diferente: especulativo, de riesgo, complejo y que para nada cumple la finalidad antes descrita, sin satisfacerse, por tanto, el objetivo para el que fueron creados estos productos y al que se refiere expresamente la exposición de motivos de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, al señalar que "*resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipo de interés, propios del mercado financiero*".

La finalidad del contrato y su inadecuación quedan patentes en el informe del Defensor del Pueblo (documento núm. 3 demanda).

-Es aplicable la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en su redacción posterior a las reformas introducidas por la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

La citada Ley establece el deber de información de la entidad bancaria, determinando su contenido, deber incumplido, siendo además la redacción general del contrato compleja, y su comprensión difícil para cualquier persona.

El anexo 2 de los contratos establece un sistema de cálculo de la cancelación basado en la utilización de las fórmulas de "descuento de flujos contra la curva de Bloomberg" o "descuento de flujos contra la curva de Reuters" desconocidas para un cliente minorista, por lo que la entidad bancaria antes de contratar debió explicar a sus clientes que la cancelación podía conllevar un coste elevado.

-Se aprecia ausencia de lealtad porque la demandada conocía la bajada inminente de los tipos de interés, como acreditan los informes emitidos por el Banco de España (documento núm. 40 demanda) y La Caixa (documento núm. 41 demanda) y retrasó la entrada en vigor del contrato en perjuicio de sus clientes.

-El informe pericial elaborado por el Sr. Verdú señala que la entidad bancaria no ofreció información clara y suficiente antes, durante y después de la celebración del contrato.

Esto contraviene la legislación aplicable, tanto la bancaria como la propia del mercado de valores.

Los justificantes de las liquidaciones del contrato de

cobertura de intereses remitidos por la entidad bancaria carecen de una explicación de los cálculos, acompañando sólo su resultado.

-También es aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

b) Se opuso la demandada realizando una serie de alegaciones:

-El producto protegía, indudablemente, frente a las subidas de los tipos de interés variable de los préstamos hipotecarios, que era la finalidad buscada por los clientes.

En caso de bajada de los tipos de interés la cantidad abonada se compensa con el menor importe que paga el cliente en su cuota, precisamente por esa disminución de intereses, resultando a todos los efectos prácticamente el mismo importe que pagaría de tener formalizado su préstamo a interés fijo.

De este modo, el cliente no se ve sujeto a un mayor riesgo financiero, pues siempre paga el tipo fijo contratado.

A cambio de esta cobertura ante la subida de los tipos de interés, no se beneficia de eventuales descensos de los tipos de interés.

No se trata de un producto de inversión ni de alto riesgo, ni especulativo, ni oscuro en su redacción, ni reporta a la entidad bancaria beneficios que se encuentren relacionados con posibles cargos a los clientes, no siendo de aplicación los

requisitos establecidos para tales productos en la Ley del Mercado de Valores.

Confunden los actores ese tipo de contrato con el otro producto ofrecido para cubrir todo tipo contingencias, que es el que cita la publicidad invocada en la demanda.

El primero no permite que el cliente se beneficie de hipotéticas bajadas de interés variable y el segundo sí que lo protege, pero evidentemente a cambio del pago de un canon mensual.

-No se ofreció a los actores un seguro sino un contrato de permuta financiera, convirtiendo de facto el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo durante un período concreto de tiempo, sin necesidad de renovar las condiciones, y por tanto sin coste alguno.

No parece creíble que incurrieran en un error, atendida las suficientes diferencias existentes entre un seguro y un contrato de permuta financiera de intereses.

La Sra. FP y el Sr. VG tienen la suficiente capacidad como para comprender el alcance del contenido del contrato que suscribieron, ya que de hecho la comprensión del funcionamiento del contrato de permuta financiera de intereses vinculada a un préstamo a interés variable es sencilla y la explicación de su mecánica fácil de entender.

Conviene no olvidar que se les explicó el producto en un contexto en el que los tipos de interés se encontraban en alza.

Fueron informados en diversas reuniones mantenidas

con el personal de la oficina y además se les entregó un impreso denominado ficha del producto, donde se especifica de manera sencilla las características esenciales del producto.

La firma del contrato se llevó a cabo conscientemente.

El producto contratado no es complejo.

El contrato expone con toda claridad que las partes se deberán intercambiar pagos futuros cuyo signo dependerá de la evolución de los tipos de interés, y dispone de una fórmula de cálculo harto sencilla.

El expositivo II y la cláusula 2<sup>a</sup> definen el objeto del contrato.

El contrato se ha diseñado de modo que se asemeje en la medida de lo posible a las condiciones del endeudamiento financiero cuyo riesgo de interés cubre.

En consecuencia, el nominal del contrato va amortizándose a lo largo del tiempo con sujeción a las mismas reglas que resultan de aplicación a dicho endeudamiento.

Al efecto, en las Condiciones Particulares se declara aplicable el sistema de amortización por cuota francesa, respecto del cual se incluye la fórmula correspondiente en la cláusula 3<sup>a</sup> del contrato, fórmula ésta idéntica a la empleada en el contrato de préstamo hipotecario, que se vincula a la permuta.

-No pueden ser calificadas de abusivas las condiciones

esenciales del contrato, conforme dispone el art. 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En un contrato de permuta financiera de intereses la "cláusula del pacto de liquidez adquiere rango de esencial, pues constituye un riesgo significativo para el caso de que se produzca la cancelación anticipada".

Este riesgo es uno de los dos que asume el cliente, junto a la bajada de los tipos de interés, de ahí su condición de esencial, como también lo son el tipo de interés fijo pactado y la duración del contrato, lo que hace que no sea susceptible de ser atacada por considerarse abusiva.

La fórmula para determinar las liquidaciones periódicas es más fácil y simple que la propia del contrato a la que le da cobertura, el préstamo con garantía hipotecaria.

Se puede realizar aplicando la "fórmula carrete" al alcance de cualquier persona que haya superado estudios básicos: Capital, rédito y tiempo.

Sólo para el "caso de resolución anticipada del contrato, a la fórmula anterior se le añade el llamado factor de descuento, que tampoco supone ninguna complicación –en realidad siempre actúa en favor del cliente, y su uso es frecuente tanto en las finanzas como en la vida cotidiana -, sino "una actualización monetaria de dinero en consideración a que se paga por adelantado", siendo "algo así como los intereses por pago aplazado, pero al revés, en tanto que se cancela anticipadamente el Contrato, se liquida

anticipadamente, por lo que el resultado debe descontar (factor de descuento) por esa anticipación en el pago".

c) En la audiencia Previa se procedió a fijar los hechos objeto de debate en los siguientes términos: "Si la demandada ofreció a los actores un contrato que garantizara su hipoteca frente a la subida de intereses, y realmente lo que ofreció fue un contrato distinto. Si los actores se representaron correctamente el contenido del contrato y en su caso si lo pudieron representar, esto es, si tenían capacidad para entender y comprender el contenido del contrato. Si el consentimiento prestado por los actores estaba destinado a aceptar el contrato suscrito o destinado a otro contrato distinto. Si la información ofrecida por la demandada fue total y/u omitió las consecuencias negativas del contrato. En su caso, si la información fue parcial, si los actores podían saber y comprender la existencia de tales consecuencias negativas. Si la demandada tenía conocimiento de la bajada del tipo de interés a la hora de suscribir los contratos".

d) La sentencia del Juzgado estima la demanda en relación a la reclamación de la Sra. FP y la desestima respecto al Sr. VG, en la forma recogida por el antecedente de hecho 2º de nuestra sentencia.

d.1 El juez de primera instancia llega a la conclusión de que la Sra. FP no prestó un consentimiento válido, consciente y eficaz en base a una serie de razones:

-A la hora de analizar el error en el consentimiento por parte de una persona que suscribe un contrato bancario complejo, como es el que nos ocupa, un swap, habrá que acudir tanto a su cualificación profesional como al hecho de

que antes de emitir su consentimiento contaba con toda la información necesaria y precisa, siendo que toda esa información obligatoriamente debía habérsela proporcionado la entidad bancaria, correspondiendo a ésta la carga de la prueba.

*Si "el consumidor contaba con toda la información y aún así contrató, su consentimiento no estará viciado; si por contra, no contaba con toda la información, su consentimiento estará viciado por error".*

-A pesar de haber sido cuestionada la complejidad del swap por la demandada, acudiendo al Informe que el Banco de España remitió al Senado (documento núm. 4 contestación), la jurisprudencia mantiene que se trata de un contrato complejo, y en el citado informe no sólo se afirma que el *"funcionamiento es relativamente sencillo"* (página 16) sino, también, que *"en atención a las características de los productos que nos ocupan"* resulta aconsejable proporcionar *"información específica adicional"* sobre las circunstancias bajistas de los tipos de interés y las consecuencias negativas de las liquidaciones, ofreciendo al cliente *"un cuadro que cuantifique para el nominal del intercambio el importe mensual de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés"*, así como la identificación de la fórmula de cálculo para una cancelación anticipada (páginas 16, in fine, y 17).

-Como reconoció la Sra. Pascual (directora de la sucursal donde se suscribió el contrato impugnado), la Sra. FP solicitó de la demandada una cobertura frente a la subida de los tipos de interés, transformar el interés variable que estaba pagando por su préstamo hipotecario en un interés fijo,

siéndole ofrecidos dos productos distintos, uno cuya suscripción tiene un coste económico, y otro que no lo tiene, sin que en ningún momento se le ofreciera la posibilidad de novar el préstamo hipotecario y, aunque hay varias reuniones entre las partes donde se efectúan simulaciones, todas hacen referencia a situaciones de alza del tipo de interés, cuando ha sido la bajada del mismo la "*situación*" que ha ocasionado el perjuicio a la actora, resultando altamente esclarecedor el texto del contrato ya que tan sólo en dos ocasiones se habla de manera expresa de los riesgos concretos que el cliente asume (Expositivo III y cláusula 2ª), pero de forma "*vaga y abstracta*".

-La actora no tiene conocimientos o experiencia financiera por lo que no puede superar la "*dificultad técnica*" que entraña este tipo de contratos si no se le explica convenientemente todas sus consecuencias, especialmente las negativas.

-Del test de conveniencia se desprende que si bien la actora conocía los mercados de valores y tenía experiencia en la contratación de productos financieros, nunca había trabajado en empresas del sector financiero y no estaba dispuesta a asumir pérdidas de capital por sus operaciones financieras, cosa que en definitiva acaeció, por lo que la demandada ex art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores debería haber desaconsejado la contratación.

-Se incumplió la normativa MIFID pues al ser la Sra. FP minorista (consumidor), además del test de conveniencia debió haberse practicado un test de idoneidad.

Ni en la información precontractual (que no existe por

escrito) ni en el contrato se establece clara, sencilla y fácilmente en qué consiste el producto contratado.-Se trata de un contrato de adhesión, habiendo sido todas las cláusulas impuestas por la entidad bancaria y, además, en lo que se refiere al tipo de interés elegido por la misma es claramente desproporcionado, bastando para ello observar los exiguos beneficios obtenidos por la actora frente a los obtenidos por la demandada.

-Alude la demandada a la vinculación entre el préstamo hipotecario y el swap, de manera que conjugando ambos se logra la transformación del interés variable en interés a tipo fijo, pero, en primer lugar, el swap es un contrato autónomo e independiente del préstamo hipotecario, sin que se establezca vinculación o relación alguna entre ambos contratos, por lo que, como ha sucedido, su funcionamiento es "jurídicamente y materialmente independiente y autónomo"; en segundo lugar, el testigo perito, Sr. Verdú, señaló que para que el swap funcionara como un verdadero contrato de cobertura y no como un simple producto de inversión financiera (como ha sucedido) hubiera sido necesario que el capital de amortización del swap coincidiera con el del préstamo hipotecario, cosa que no ha sucedido, siendo la amortización de ambos capitales distinta; en tercer lugar, "como es de ver en ese cuadro", las cuotas a pagar por la actora nunca son iguales, con lo que es palmario que no existe tal interés fijo, encontrándonos en la realidad con dos contratos que por el juego de ambos tipos de interés (uno al préstamo y el otro el swap) que son correlativos, arrojan una cuota que es parecida mes a mes; en cuarto lugar, resulta chocante que se afirme, con vista en ese cuadro, que no ha habido resultado lesivo para la Sra. FP porque la cuota es similar todos estos meses, cuando no se quiere ver que es así

porque desde el 1 de octubre de 2009 aquélla no amortiza euro alguno del capital objeto del préstamo hipotecario, pagando intereses de ese préstamo, más el swap negativo.

-Por ello *"resulta palmario"* que la actora no sabía cuando firmaba lo que firmaba, pues por un lado la información precontractual recibida, además de insuficiente, era parcial y en parte engañosa, y por otro la información que podía obtener de la lectura del contrato infundía a confusión por la terminología usada, siendo insuficiente al no relatar concreta y directamente cuándo la actora asumía un riesgo económico y cómo se cuantificaría el mismo.

-No puede obviarse la protección que ofrece al consumidor la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Aunque no tengan la condición de abusivas las cláusulas que lo integran, por no concurrir los requisitos del art. 82 de la vigente Ley, "lo cierto es que tampoco las cláusulas han sido acordes con la protección que los consumidores merecen, y este argumento, si bien no determina la nulidad de pleno derecho por abusivas, si contribuye a declarar la nulidad del contrato por el vicio de consentimiento que su inadecuada redacción supone".

d.2 El juez de primera instancia llega a la conclusión de que el Sr. PV no estaba legitimado para solicitar la nulidad del contrato de permuta financiera en base a una serie de razones:

-Al haber sido resuelto de mutuo acuerdo por las partes el día 29 de enero de 2010 ya no existe en el tráfico jurídico, *"con lo cual difícilmente puede decretarse la anulabilidad del*

*mismo, máxime todavía cuando el actor no ha impugnado esa resolución", con "la consecuencia de que las consecuencias económicas pactadas a raíz del mismo deben mantenerse".*

*-No pueden examinarse los efectos económicos desplegados por el swap desde la fecha de suscripción hasta su cancelación, porque las partes pactaron que "no se deberán suma alguna por causa de la Operación, y, en todo caso, renuncian a cualesquiera otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la Operación" y la transacción "innova la realidad jurídica con la voluntad concorde de las partes y crea con carácter novatorio una nueva relación jurídica, con los derechos y deberes derivados del nuevo pacto, que trata de resolver los problemas que el anterior conflicto ocasionaba y que es la fuente de derechos y obligaciones de las partes sin que puedan ser invocada la situación jurídica anterior como fuente de derecho pues ha sido ya modificada".*

**e)** Recurren ambas partes.

**QUINTO.-** Recurso de la entidad bancaria.

a) Reproduce la tesis defendida a lo largo del juicio:

-El contrato de permuta financiera de intereses, en su modalidad de cobertura de tipos de interés, vinculado a un préstamo, con intereses variables, consigue con el resultado conjunto del recibo de la hipoteca y de la liquidación de la cobertura, que se produzca el efecto de sustituir los intereses variables del endeudamiento por un tipo fijo, controlándose las consecuencias perniciosas de las fluctuaciones de los tipos de

interés, dando estabilidad a los costes financieros del endeudamiento, resultado éste que se consigue de igual forma mediante la novación del préstamo hipotecario, pero con los inconvenientes de los costes de la novación y la perpetuación del tipo fijo por toda la vida del préstamo.

-Debe catalogarse el contrato de permuta financiera de intereses, en su modalidad de cobertura de tipos de interés, como un producto bancario al que no es de aplicación la normativa MIFID, ni la propia de productos de inversión, desprendiéndose de todo lo expuesto la simplicidad del producto, que se limita a sustituir un interés variable por otro fijo.

Y ha quedado acreditada la información proporcionada, verbal y escrita (ficha del producto) relativa a tal elemento esencial, así como a sus consecuencias prácticas en el conjunto del pago del préstamo e hipotética cancelación de la hipoteca.

-La actora tuvo perfecto conocimiento de lo que firmaba y así quedó acreditado en el test de conveniencia por las respuestas expresamente rubricadas con su firma, relativas a que conocía los mercados de valores, y que asumía pérdida en cuestión de intereses.

**b) b.1** El recurso de apelación que abre la segunda instancia permite al tribunal un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa (SSTS 5 mayo 1997 (RJ 1997, 3669); STC 3/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 3), pudiendo valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, con el único límite marcado por el principio

*"tantum devolutum quantum appellatum"*, conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, ex art. 465.4 Leciv, siendo una consecuencia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (SSTS 12 mayo (RJ 2006, 3939) y 1 diciembre 2006 (RJ 2006, 8158), 21 junio 2007 (RJ 2007, 5575)]. 30 junio 2009 (RJ 2009, 4704); SSTC 84/1985 (RTC 1985, 84) y 15/1987 (RTC 1987, 15)]. Conforme se desprende del apartado a) del fundamento de derecho 3º de nuestra sentencia, la actora fundamentaba la acción de nulidad ejercitada en tres motivos:

-Es un producto (un derivado) que no cumple la finalidad legalmente prevista (una cobertura).

-Existe error en el consentimiento de los clientes consumidores, imputable a la entidad bancaria por incumplir normativa bancaria y del mercado de valores.

-Deslealtad de la entidad bancaria respecto a sus clientes ya que tenía conocimiento de la inminente bajada de los tipos de interés, conforme se deduce del informe económico del Banco de España de marzo de 2008.

Ahora en el recurso sólo se debaten las dos primeras cuestiones y a las mismas debe limitarse el examen a realizar por esta Sección.

Debe tenerse en cuenta que sólo es posible declarar de

oficio la nulidad radical o absoluta de las relaciones contractuales en supuestos en los que sus cláusulas son contrarias a la moral o al orden público, amparan hechos delictivos o son manifiesta y notoriamente ilegales (SSTS 29 marzo 1932 [RJ 1932, 9761], 15 diciembre 1993 [RJ 1993, 9989], 9 noviembre 1993 [RJ 1993, 8975], 10 febrero 1994 [RJ 1994, 848], 6 marzo 1995 [RJ 1995, 1781], 20 junio 1996 [RJ 1996, 5105]), siendo evidente que en el caso enjuiciado no concurre esa ineficacia radical que posibilite un pronunciamiento de oficio.

b.2 No comparte esta Sección en gran medida las consideraciones que se realizan en la sentencia sobre al contrato de permuta financiera o "swap", negando que sirva para estabilizar el gasto financiero.

Como se sostiene en el recurso a pesar de ser un contrato autónomo e independiente, en el caso enjuiciado la permuta financiera fue suscrita en consideración al préstamo que tenía la actora con la demandada para lograr una estabilización del tipo de interés variable pactado en el mismo.

Por ello, deben analizarse conjuntamente los efectos que la fluctuación del euribor conllevaba tanto en el contrato de cobertura, como en el contrato de préstamo.

Si el tipo de interés variable aplicable al nominal del préstamo sube, en contrapartida el cliente obtiene una liquidación positiva en el contrato de permuta financiera que le es abonada por la entidad bancaria, lo que reduce el riesgo de incremento de los costes financieros.

Por el contrario, en caso de bajada del tipo de interés variable por debajo del tipo pactado en el "swap", el cliente obtiene una liquidación negativa que deberá abonar a la entidad bancaria, pero simultáneamente se beneficia de tener que pagar un tipo de interés menor en su préstamo, manteniéndose de igual forma los costes financieros.

En ambos casos obtiene un resultado que minimiza el efecto de la variación del tipo de interés pactado en el préstamo, actuando la permuta financiera o "swap" como una cobertura, no como un producto puramente especulativo, al estabilizar el gasto financiero, por más que dicho contrato sea en principio autónomo e independiente.

En el sentido apuntado la sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2012 (JUR 2012, 389660) admite que la permuta financiera o "swap" sea suscrita en atención a otro contrato anterior, aunque en principio sea un instrumento de inversión principal y autónomo, *"en el sentido de apto para un funcionamiento propio y desvinculado de sus antecedentes"*.

En el caso enjuiciado la actora se garantizaba que el tipo medio de interés satisfecho durante la vigencia de la cobertura se situaría en torno al 6,875%.

Al insistir la actora en su escrito de oposición al recurso en que podía haber logrado lo mismo suscribiendo un préstamo a tipo fijo, no tiene en cuenta que es algo obvio, como enseña una máxima de experiencia, que el cliente que opta por un interés fijo tiene que pagar un tipo mucho más elevado que si opta por un interés variable.

b.3 Tampoco se comparte el discurrir argumental de la sentencia apelada cuando afirma que si *"el consumidor contaba con toda la información y aún así contrató, su consentimiento no estará viciado; si por contra, no contaba con toda la información, su consentimiento estará viciado por error"*.

En las sentencias núm. 223/2012 (Rollo Civil de Sala 333/2011, derivado del juicio Ordinario 1939/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona) y 14/2013 (Rollo Civil de Sala 16/2012, derivado del juicio Ordinario 396/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona), esta Sección ha sostenido, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11052), que no hay que confundir la falta de información con el error en el consentimiento.

La mencionada sentencia de 21 de noviembre de 2012 establece que no cabe *"equiparar un defecto de información de la entidad financiera con la existencia de un error en el consentimiento cuando no se especifican los datos que, al margen del señalado defecto de información adecuada, permitan identificar, en su esencia y requisitos, la anómala formación de la voluntad de la parte demandante en el momento de contratar"*, ya que *"aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un acaparasen, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos"*.

b.4. Vista la grabación del juicio y analizados los documentos aportados, esta Sección obtiene una conclusión probatoria diferente a la expuesta en la sentencia apelada.

El juez de primera instancia considera relevante la declaración de la empleada de la demandada, pero de la misma se desprende que informó del producto a la actora y que ésta tuvo conocimiento de que firmaba un contrato de permuta financiera y de su funcionamiento.

En concreto, la Sra. Pascual declaró lo siguiente:

-La actora quería una cobertura frente a los tipos de interés y le ofrecieron dos productos. Uno del que se beneficiaba también de la bajada de los tipos pero tenía un coste elevado y otro sin coste (minuto 10:23).

-Con el producto se transforma el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo y así le fue explicado (minuto 10:24).

La mayoría de los clientes estaban muy preocupados por la subida de tipos.

-El tipo de interés de la permuta se establecía consultando la "pantalla Reuters"- y añadiendo el diferencial de la hipoteca (minutos 10:25 y 10:26).

No es negociable. Se toma como referencia el euribor a tres años y no, p.e, a 30 años porque es "una barbaridad" al salir muy caro.

-Se elaboró el test de conveniencia (minuto 10:28)

Realizaron simulaciones para calcular el tipo de interés de variable a fijo, preguntando la actora sus dudas.

Se le entregó la ficha técnica (documento núm. 6 contestación), aunque no esté firmada al no formar parte del contrato (minuto 10:30)

b.5 Por otro lado, no existe indicio alguno para concluir que el instrumento financiero ofrecido fuera como un seguro que protegía frente al alza de los tipos de interés.

Aparte de que no se preveía el pago de una prima, elemento esencial de cualquier seguro, el contenido de las Condiciones Generales y Particulares del contrato suscrito por las partes en absoluto permite entender que se ofreciera tal tipo de producto.

Y el desconocimiento que pudiera tener la actora al momento de suscribir el contrato sobre el comportamiento futuro del euribor es irrelevante, porque el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1261.2 CC).

A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, ya mencionada, establece que siendo *"cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado"*, cuando dichos motivos o móviles individuales, *"en el sentido de propios de uno solo de los contratantes"* no *"se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento"*, ya que se entiende

*que "quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses".*

b.6 Sin embargo, el recurso no puede ser estimado.

Como se desprende del apartado a) del fundamento de derecho 3º de nuestra sentencia, la actora no sólo fundamentaba el error en el desconocimiento de las obligaciones derivadas de la permuta financiera, especialmente la obligación de pagar al banco en el supuesto de bajada del tipo de interés de referencia, sino también en la falta de información sobre la cláusula de cancelación anticipada.

Sobre la misma ya se ha pronunciado esta Sección en las sentencias núm. 288/2011 (Rollo Civil de Sala 103/2011, derivado del juicio Ordinario 2566/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona) y 120/2012 (Rollo Civil de Sala 178/2011, derivado del juicio Ordinario 208/2011, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona), resoluciones dictadas en dos supuestos en los que la parte actora solicitaba se declarase que tenía derecho a cancelar anticipadamente el contrato sin abonar cantidad alguna.

Se interpretó dicha cláusula en el sentido de que no facultaba a la entidad bancaria para reclamar indemnización alguna porque su tenor literal no permitía descubrir *"cuál fue el método pactado por las partes para liquidar el contrato en caso de cancelación anticipada"*, pues las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato de adhesión no podían favorecer a la parte que lo había redactado, sino que debían interpretarse a favor de la parte *"débil"*, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial

[SSTS 12 mayo 1983 (RJ 1983, 2685), 12 diciembre 1988 (RJ 1988. 9429), 15 noviembre 1989 (RJ 1090, 7881), 20 marzo (RJ 1991, 2267) y 5 septiembre 1991 (RJ 1991, 6043), 22 julio 1992 (RJ 1992, 6448), 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9290)].

Y, como se desprende del apartado b) del fundamento de derecho 2º de nuestra sentencia, en su escrito de contestación el banco demandado ha sostenido que "cláusula del pacto de liquidez adquiere rango de esencial, pues constituye un riesgo significativo para el caso de que se produzca la cancelación anticipada".

Pues bien, en nuestra sentencia núm. 333/2011, antes citada, donde la parte actora ejercitaba la acción de anulabilidad, fundamentando el error invocado, entre otros hechos, en la oscuridad de la mencionada cláusula de cancelación anticipada, se consideró suficiente para declarar la nulidad del swap en base a la argumentación que a continuación se transcribe:

"Las Condiciones Generales antes transcritas relativas a la cancelación anticipada de las permutas financieras concertadas remiten la determinación del precio de cancelación a las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y al nominal contratado, aludiendo las Condiciones Particulares al ofrecimiento de un precio de cancelación acorde con la situación de mercado y al poder suponer la cancelación *"deshacer a precios de mercado la cobertura del producto"*, pudiendo repercutirse los posibles gastos en que se haya podido incurrir.

No es posible saber cuál es el concreto método de cálculo del coste de la cancelación anticipada por el cliente y se está ante una imposibilidad total de conocer, en el momento de prestar consentimiento, que ese coste se va a establecer por el Banco

teniendo en cuenta todo el período restante hasta el fin de la vigencia del producto contratado, es decir, que suponía la práctica de una liquidación por todo el período restante de vida del producto y, además, teniendo en cuenta un tipo de interés medio del euribor para el Banco, cuyo cálculo tampoco se dice como se va a establecer.

No consta que se diera al cliente una información detallada sobre todas esas circunstancias.

En definitiva, no estamos realmente ante una facultad de desvinculación contractual unilateral, sino ante la anticipación o acumulación en una sola de todas las liquidaciones restantes, en base a parámetros "de mercado" en cuanto al cálculo del tipo de euribor aplicable para cada uno de los períodos de liquidación (trimestres) futuros contractualmente previstos.

Las cláusulas en cuestión no sólo son oscuras y vagas sino que ocultan datos esenciales, sin que su lectura permita al cliente llegar a conocer una variable esencial en la contratación, cual es que si opta por separarse del contrato antes de llegar a su término previsto y lo hace cuando el euribor haya bajado por debajo del tipo porcentual que él debe entregar en la permuta, deberá asumir el coste de todas y cada una de las liquidaciones futuras previstas en el contrato, pero calculadas con arreglo a datos económicos que se ignora cómo van a ser obtenidos y que se determinarán en la fecha de actualización y cuando ésta se produzca.

Se indujo a error a la actora, consistente en la creencia equivocada de que podía desvincularse del contrato a su voluntad, sin tener que soportar el coste completo de una permuta de tipos comprensiva de todo el período de vigencia del contrato y, por tanto, creyendo erróneamente que -en el hipotético supuesto de una bajada imprevista y prolongada del índice euribor- podría evitar a un coste mucho menor que el real, el afrontar toda una serie de liquidaciones negativas hasta la finalización del contrato.

Que se trata de un error esencial no ofrece tampoco duda, dada la trascendental relevancia que para el otorgamiento de un consentimiento libre y no viciado en contratos como los que nos ocupan, tiene para los clientes bancarios el conocer las consecuencias económicas reales de un escenario adverso y el coste económico requerido para evitarlas, constituyéndose en un elemento determinante en la organización de intereses del negocio.

Es además un error excusable pues, atendida la ocultación e indefinición de datos de que hacen gala las cláusulas en cuestión, difícilmente podría haberse evitado el error padecido ni empleando una diligencia extraordinaria.

Por otra parte, el error padecido por la actora respecto a esta pieza esencial de los contratos, vicia de forma integral el consentimiento otorgado por las demandantes, debiendo provocar la nulidad de todos ellos.

Se ha dicho que los swap fueron concertados para estabilizar o minimizar el impacto de las oscilaciones que pudiera sufrir el euribor, por ser el índice al que estaba referenciado el negocio de financiación empresarial subyacente. Y que la cobertura ofrecida no era perfecta o total, sino asimétrica, de forma que el cliente sólo resultaba cubierto contra las subidas del euribor en una estrecha banda (hasta las barreras fijadas en las condiciones generales) de forma que sólo dentro de esos límites evitaba de forma apreciable el impacto de la subida de euribor en los pagos derivados de los productos subyacentes, pues más allá sólo recibía una mínima "*subvención*" porcentual de entre el 10% del euribor; por el contrario en caso de caída del índice euribor la actora debía afrontar pagos como resultado de las liquidaciones trimestrales de las permutas, perdiendo así el beneficio de aquella bajada en las financiaciones subyacentes.

Es claro que el objetivo perseguido por la actora sólo se conseguía en caso de una tendencia sostenida y levemente alcista

del euribor, perdiéndose en gran parte si el alza era significativa y dinamitándose en caso de caída prolongada y brusca del índice.

Pese a la endeblez de la limitada cobertura y el alto riesgo que se asumía, una errónea representación de las condiciones para cancelar anticipadamente el negocio tienen un papel fundamental a la hora de adoptar una decisión con conocimiento de causa sobre si contratar o no el swap porque, aun siendo conscientes del riesgo asumido, el error induce a creer que puede ser disipado cancelando el producto a un coste razonable, siendo así que la realidad vino a ser que esa cancelación sólo era posible pagando anticipadamente la totalidad de las permutas trimestrales restantes, calculadas sobre un euribor estimado por el propio Banco.

Por ello el vicio en el consentimiento debe apreciarse en la totalidad del negocio y no solamente respecto a las concretas cláusulas que lo originan, pues la incidencia de éstas se ofrece como determinante en la valoración conjunta de la operación desde la óptica subjetiva y finalística de las demandantes y por ello, parafraseando lo que dice el art. 1.266 del Código Civil, vienen a constituir una condición que principalmente dio motivo para celebrar los contratos".

**QUINTO:** Recurso del Sr. PV.

a) a.1 En primer lugar, se alega por el apelante que el escrito de contestación a la demanda nada señalaba sobre la eficacia y naturaleza del acuerdo de cancelación de 29 de enero de 2010 (documento núm. 25 demanda), ni en sus fundamentos de derecho se citan los arts. 1809 y ss. CC, no siendo tal cuestión incluida entre los hechos controvertidos en la audiencia Previa, sino que fue alegada por primera vez en el trámite de conclusiones, por lo que se trata de un hecho nuevo sobre el que nada ha podido alegar ni proponer prueba,

incurriendo en vicio de incongruencia la sentencia del Juzgado al apartarse de los hechos y excepciones expuestos por la parte demandada.

a.2 Se desestiman estas alegaciones.

Señala la sentencia núm. 15/2013 de la Sección 1ª de de esta Audiencia Provincial (recaída en el Rollo Civil de Sala 229/2012, derivado del juicio Ordinario 291/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona) que la suscripción por el actor del acuerdo de cancelación en lugar de ejercitar la acción de nulidad supone convalidar, *"si no expresa sí tácitamente"* el contrato de permuta financiera de haber concurrido un vicio, ex arts. 1.309, 1.310 y 1.311 CC, añadiendo que *"esta confirmación"* impide alegar con posterioridad la concurrencia de un vicio en el consentimiento, un error invalidante, *"cuando el contrato ha sido confirmado por los posteriores actos con ocasión de la cancelación, en la que evidentemente concurre un concierto de voluntades en que partiendo de la existencia y conocimiento ya del contrato y de todas las obligaciones el actor decide cancelar y la entidad demandada acepta, aceptación que impide al actor ex post tener legitimación para ejercitar una acción de nulidad cuando dicho cancelación es un acto libre en el que ningún vicio concurre (art. 1.309 CC)"*.

La falta de legitimación *"ad causam"* es apreciable de oficio por los tribunales, incluso por el Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación (SSTS 20 octubre 1993 [RJ 1993, 8141], 1 febrero 1994 [RJ 1994, 854], 13 noviembre 1995 [RJ 1995, 8121] y 24 enero 1998 [RJ 1998, 152]).

Estando vigente el acuerdo de cancelación de 29 de enero de 2010, frente al que en la demanda ninguna causa de nulidad había sido alegada, *impide al actor solicitar en este juicio la nulidad del contrato de permuta, ya que en el mismo se pactó que las partes "no se deberán suma alguna por causa de la Operación, y, en todo caso, renuncian a cualesquiera otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la Operación"*.

**b) b.1** En segundo lugar, el apelante sostiene que la sentencia apelada ha inaplicado las normas de interpretación de los contratos (arts. 1281 y s. CC, Ley 490 FN), ya que el acuerdo fue de cancelación, lo que supuso el vencimiento anticipado del contrato y no su resolución, cancelación que no es una transacción ni una novación, habiendo existido una incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la renuncia de derechos.

En apoyo de esta tesis realiza una serie de alegaciones:

-En el expositivo II expresamente se dice que las partes han convenido extinguir el contrato de swap y en su cláusula 1<sup>a</sup> se fija que el importe de esa extinción arroja un saldo a su favor de 9.699,61 euros, sin contener el contrato novación alguna, como se deduce de su encabezamiento, donde expresamente se dice que todo lo referente a una novación no es aplicable a ese pacto.

-El contrato de swap, en su cláusula 6<sup>a</sup>, denominada "*resolución*", apartado h), regula el vencimiento anticipado pero se trata de un vencimiento anticipado o consumación.

En virtud de la citada cancelación o vencimiento anticipado, las partes dejaron de tener más derechos y obligaciones respecto de la "operación", es decir, respecto del propio contrato de swap, pero no se acuerda que no pueda invocarse la nulidad por vicios del consentimiento, ni se renuncia expresamente a una futura y posible reclamación.

-En la demanda se solicita la nulidad del swap y por ello la devolución de todas las prestaciones, incluidas por tanto las de la cancelación o vencimiento anticipado.

Hay sobrada jurisprudencia que desarrolla el concepto de la cancelación del swap, es decir de su cumplimiento anticipado, no siendo necesario solicitar expresamente la nulidad de la cancelación o vencimiento anticipado, como no lo es solicitar la nulidad de cada una de las liquidaciones practicadas.

-La sentencia del Juzgado cita sentencias del Tribunal Supremo que o no son aplicables o cuya doctrina se aplica de manera incorrecta.

La sentencia de 17 de julio de 2008 refiere que no existe transacción alguna entre las partes dado que implica recíprocas concesiones entre las partes.

-La renuncia de derechos ha de ser personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno.

b-2 También se desestiman estas alegaciones.

Esta Sección comparte el criterio interpretativo de la

sentencia apelada por acomodarse a la normativa reguladora de la interpretación contractual [SSAPN 6 abril (JUR 2004, 153453) y 11 junio 2004 (JUR 2004, 198017), 27 febrero (JUR 2002, 103962) y 22 abril 2002 (JUR 2002, 155926)].

Cuando son claros los términos de un contrato, sin ofrecer duda racional de la intención de las partes, ha de estarse a su sentido literal [STS 4 octubre 1989 (RJ 1989\6881)], pudiendo reputarse "términos claros" aquellos "que, por sí mismos, son bastante lúcidos para ser entendidos en un único sentido, sin dar lugar a dudas" [STS 10 noviembre 1956 (RJ 1956, 3811)].

Es predicable de la expresión *"no se deberán suma alguna por causa de la Operación, y, en todo caso, renuncian a cualesquiera otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la Operación"*.

*Al no haber sido alegada en la demanda ninguna causa de nulidad respecto al acuerdo de cancelación de 29 de enero de 2010, no cabía declararla y despliega sus efectos el mencionado pacto, siendo intrascendente la calificación jurídica que se le otorgue, cuestión ésta que sólo habría adquirido trascendencia en el caso de que hubiera sido solicitada en forma la declaración de nulidad del mencionado acuerdo de cancelación, pues entonces habrían podido discutirse las cuestiones que ahora se suscitan en el recurso.*

SEXTO.- De conformidad con art. 398 LECiv procede imponer al Sr. PV y a la demandada las costas procesales de sus respectivos recursos.

## F A L L O

La Sala acuerda **desestimar los recursos de apelación** interpuestos contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tudela en el juicio Ordinario 509/2011, la cual se confirma, imponiendo al Sr. PV y a la demandada las costas procesales de sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamosLa presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

***DILIGENCIA.-** La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe, en Pamplona*