

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 LOGROÑO

SENTENCIA: 00312/2014

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 63/2013

ILMOS/AS.SRES/AS.

MAGISTRADOS:

**DON ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ
DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER
DON FERNANDO SOLSONA ABAD**

SENTENCIA Nº 312 de 2014

En LOGROÑO, a nueve de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de LA RIOJA, los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 159/2012, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 de LOGROÑO, a los que ha correspondido el Rollo nº 63/2013, en los que aparece como parte apelante, “**CAIXABANK, S.A.**”, representada por el Procurador de los Tribunales DON JOSE TOLEDO SOBRON, y asistida por el Letrado DON SANTIAGO DIAZ MORLAN, y como parte apelada, **DOÑA**, representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA TERESA ZUAZO CERECEDA y asistida por el Letrado DON IGNACIO FERRER-BONSOMS HERNANDEZ, siendo Magistrado Ponente **DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2012, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia Instancia núm. 5 de Logroño, en cuyo fallo se recogía: *“Estimo la demanda presentada por la representación de ... frente a “Caixabank, SA” y, por tanto, declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores suscrito por las partes litigantes, y consecuentemente condeno a las partes a restituirse*

recíprocamente las prestaciones entregadas en virtud de dicho contrato hasta la fecha de su declaración judicial de nulidad, con los intereses legales de dichas cantidades. Condeno a la parte demandada al pago de las costas causadas”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de **Caixabank S.A.**, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido, con traslado a la otra parte para que en 10 días presentase escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la deliberación, votación y fallo el 23 de octubre de 2014. Es ponente doña María del Puy Aramendia Ojer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En la demanda iniciadora del procedimiento, doña ... pretende la nulidad del contrato de permuta de intereses exclusivamente para consumidores de fecha 3 de octubre de 2008, celebrado con la entidad Caja La **Caixa**, actualmente **Caixabank S.A.** por concurrir el vicio invalidante en la prestación del consentimiento error, con abono de las liquidaciones abonadas y del coste de cancelación del contrato.

SEGUNDO: La sentencia de instancia estima la demanda, y declara la nulidad del contrato, con restitución recíproca de las prestaciones.

TERCERO: La apelante **Caixabank S.A.** pretende la desestimación íntegra de la demanda alegando en síntesis como motivos del recurso de apelación: el contrato objeto de autos, vinculado a la hipoteca, no es un producto de inversión, es un producto bancario y por tanto no se la aplica ni la Ley 47/2007 del Mercado de Valores ni el RD 217/2007 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, se trata de una cobertura vinculada a un préstamo de interés variable, de modo que lo que pierde el cliente con las liquidaciones negativas lo compensa con la disminución de la cuota del préstamo. La demandante fue informada del producto a través de la ficha de producto aportada a los autos que fue entregado a la actora; no concurriendo error como vicio invalidante del consentimiento. El contrato ha sido confirmado o convalidado mediante la resolución por mutuo disenso, sin que la actora pueda ahora ir en contra de sus propios actos, no pudiendo decretarse la nulidad de un contrato inexistente. Y suplica la Audiencia Provincial dicte sentencia que revoque la de instancia y desestime íntegramente la demanda interpuesta con imposición a la actora de las costas causadas en la primera instancia.

CUARTO: Son hechos que resultan probados, de interés para la resolución del recurso, los siguientes:

Según consta en la documental aportada a los autos, doña ... y su esposo don ... suscribieron con la entidad La **Caixa** en fecha 25 de mayo de 2005 una escritura de crédito hipotecario de la que debe destacarse, capital del crédito 248060, a devolver en cuotas mensuales mixtas variables, más intereses pagaderos mensualmente, del del 3,5% anual el primer año, y variables a partir del primer año y hasta el vencimiento final del crédito, constituidos por un índice de referencia tipo euribor más un diferencial de 0,85 para la primera disposición y de 1,75 para las restantes disposiciones, con un máximo a efectos hipotecarios del 8,50 %. En garantía del pago del saldo resultante de la liquidación de la cuenta de crédito, doña ... y su esposo don ... constituyen hipoteca sobre la vivienda piso 1º B de la calle Lope de Vega nº 39 de Logroño, valorada a efectos de constitución de la garantía hipotecaria en 294200 euros, plaza de garaje nº 53 valorada a efectos de constitución de la garantía hipotecaria en 12700 euros, y plaza de garaje nº 87 del mismo inmueble, valorada a efectos de constitución de la garantía hipotecaria en 12700 euros.

Doña ... suscribió con la entidad La **Caixa** en fecha 3 de octubre de 2008 un contrato de permuta de intereses exclusivamente para consumidores, del que cabe destacar las siguientes menciones: 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. En consecuencia, se derivará del mismo un pago a favor del Cliente por parte de "La **Caixa**" en "aquellos Periodos de Referencia en que el Tipo Financiero supere al 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". Cláusula 8 Ambas partes reconocen expresamente que el presente contrato constituye una relación comercial autónoma principal e independiente de cualquier otro contrato. Declaraciones sobre Instrumentos Financieros. En el supuesto que el cliente haya sido calificado como cliente minorista. Las partes manifiestan que con anterioridad a la firma del presente contrato La **Caixa** ha recabado del cliente toda la información sobre los conocimientos y la experiencia del cliente a fin de evaluar si este producto es adecuado para el cliente. Las partes manifiestan que La **Caixa** ha informado al cliente del riesgo que comporta este producto siendo el cliente en el momento de la firma de este contrato totalmente consciente del riesgo inherente a este producto cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia

de variaciones de los tipos de interés y otros parámetros relevantes de los mercados financieros. El cliente específicamente acepta ese riesgo y declara que tiene capacidad para asumir dichos riesgos. El cliente manifiesta actuar por cuenta propia y no que no ha recibido asesoramiento financiero (mediante comunicación verbal o escrita) por parte de la **Caixa**, ni ha sido asesorado sobre las ventajas o conveniencia de celebrar este contrato. ha recabado toda la información necesariamente sobre sus conocimientos y experiencia para evaluar si el producto era adecuado a sus necesidades. El cliente manifiesta que para celebrar este contrato ha realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculo de riesgos, así como el análisis pertinente para determinar si este contrato es apropiado para él en función de su propio juicio y el de sus asesores, cuando haya considerado oportuno la intervención de estos. El cliente manifiesta que no se ha basado en comunicación alguna (verbal o escrita) de la **Caixa** sobre las ventajas o conveniencia de celebrar este contrato. El cliente manifiesta y La **Caixa** asume que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica este contrato.

Y en las condiciones particulares: Tipo variable, euribor oficial; Plazo del tipo variable no aplicable; Importe nominal inicial 230302,46 euros; Cuota francesa aplicable sí; Meses 312; Amortización fija aplicable no; Tipo fijo 5,468%; Base de cálculo: Días del Período de referencia/365; Convención día hábil no aplicable; Antelación último día segundo mes anterior a fecha revisión; Operaciones afectadas 932001098711413; Otros obligados don

La **Caixa** llevó a cabo en la misma fecha de suscripción del contrato, 3 de octubre de 2008, a doña ..., un test de conveniencia del producto que en el mismo documento la entidad bancaria denomina **swap**, en cumplimiento de la normativa Mifid, con las siguientes respuestas al cuestionario preimpreso: entiendo algunos conceptos financieros básicos, acción, tipo de interés tipo de cambio, inflación...; nunca he trabajado en el sector financiero ni en departamentos financieros de empresas; no tiene experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar; está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada sí pero solo con finalidad de cobertura, sí incluso en ausencia de cobertura. Dicho test está firmado además de por doña ..., por don ..., a quien no consta se le realizara el mismo. Por otro lado, en dicho documento aparte de las respuestas al cuestionario, no consta que la entidad llevara a cabo, a la vista de las mismas, una evaluación acerca de si el producto era o no adecuado para el cliente.

En fecha 28 de mayo de 2010 doña ... un contrato de resolución de mutuo acuerdo siendo beneficiaria La **Caixa** de una liquidación de 7989,77 euros.

Las liquidaciones giradas a doña ... entre el 1 de julio de 2009 y el 1 de mayo de 2010 han sido todas negativas para el cliente, por un total de 4704,93 euros.

La entidad La **Caixa** acompaña un documento de características del producto, en el que se indica que se trata de un instrumento financiero de cobertura del riesgo de tipos de interés para particulares que permite cambiar flujos de interés variables por fijos, y en el apartado "Riesgos inherentes al producto" 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"; y 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". En dicho documento no figura firma alguna y no consta le fuera entregado al cliente.

QUINTO: Como es de ver en la documentación referida, la propia entidad La **Caixa** denomina al contrato que nos ocupa **swap**, y lo califica como un instrumento financiero de riesgo, sujeto a la normativa Mifid, y autónomo e independiente de cualquier otro contrato, y se suscribe tres años después del contrato de crédito con garantía hipotecaria; por lo que las alegaciones de la apelante acerca de tratarse de un contrato vinculado a la hipoteca, no ser un producto de inversión, y ser un producto bancario no sujeto a la normativa del Mercado de Valores deben ser rechazadas.

Siendo de plena aplicación al caso los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2013:

"La apelante considera que la normativa MiFID y, en concreto, la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008, propia de productos financieros de inversión, no es aplicable al presente caso, toda vez que el producto contratado no tiene tal naturaleza sino que es de cobertura de un endeudamiento a interés variable que fue ofrecido al demandante de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 19.1 de la Ley 36/2003*. Alega, a tal efecto, el art. 79 quater de la LMV, que introduce excepciones a las obligaciones de información que establecen los dos artículos que le preceden "cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información".

7 . Entendemos, por el contrario, que las permutas financieras de tipos de interés no pueden quedar excluidas de la obligación de información que disciplina el artículo 79 bis de la LMV y sus normas de desarrollo, toda vez que están expresamente comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley en el artículo 2.2º. El artículo 79 quater no distingue según que el contrato

cumpla o no con una función de cobertura. En cualquier caso, el deber de informar adecuadamente sobre la naturaleza y los riesgos del contrato se establece, con carácter general, en el artículo 5 de la LCGC.

8. Tampoco es relevante que el producto se ofreciera en cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 19 de la Ley 36/2003*, que obliga a las entidades financieras a tener a disposición de sus clientes con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Esa obligación legal no exonera a las entidades de crédito del deber general de informar a sus clientes de todos los aspectos relevantes de esos instrumentos de cobertura.

9. A ello debemos añadir que nos parece dudoso que el contrato en examen, firmado en septiembre de 2008, se pueda considerar ofrecido como parte de un contrato de préstamo hipotecario firmado entre las partes tres años antes, en diciembre de 2005 y cuando la estipulación 8.ª del contrato establece la autonomía contractual entre las dos operaciones.

Y, por otra parte, como hemos venido sosteniendo en resoluciones anteriores, no aclara la apelante cuál sería la normativa aplicable y resultaría una paradoja que los suscriptores de **swaps** de cobertura de endeudamiento tuvieran, en materia de la información necesaria al contratar, unos estándares de protección inferiores a los que tienen los **swaps** de carácter especulativo.

10. **Caixabank** invoca el comunicado conjunto del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 20 de abril de 2010, según el cual, *" en todos aquellos supuestos de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria"*. Como hemos dicho en alguna ocasión anterior (*sentencia de 10 de abril de 2013*), el comunicado no desvirtúa la conclusión anterior, por las siguientes razones:

Primera, el razonamiento y las conclusiones del mismo deben contextualizarse. La finalidad perseguida por el mismo es la *" delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura "*; *" la presente nota tiene por objeto delimitar los casos en los que las competencias supervisoras y de resolución de reclamaciones que afectan a instrumentos financieros derivados de cobertura de riesgos de tipo de interés o divisa corresponden a la CNMV o al Banco de España "*.

En segundo lugar, porque el tribunal está sometido únicamente al imperio de la ley cuando juzga sobre la validez de un contrato y debe juzgar por sí mismo sobre la interpretación y aplicación de la ley al caso, sin que resulte admisible que sustituya ese juicio por una incorporación acrítica de la

interpretación hecha por organismos administrativos en el ejercicio de sus propias competencias.

11. Por otra parte, y para dejar cerrada la cuestión de la aplicabilidad de la Ley del Mercado de Valores (LMV), también hemos de acudir a los actos propios de la apelante, ya que fue la propia entidad la que decidió suscribir, junto con el contrato de **swap**, otros dos documentos " *Avaluació de la conveniència* " i " *Addenda sobre instruments financers* " (folios 82 a 84 de las actuaciones) en los que se hace constante referencia a la normativa MiFID.

12. Por consiguiente, todas esas razones nos llevan a la conclusión de que no parece razonable que la recurrente siga defendiendo en su recurso la inaplicabilidad de la normativa MiFID, incorporada a la LMV, ...".

Así como los de la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 11 de junio de 2014:

"En fecha 6 de Febrero de 2008 la entidad Cajarioja llevó a cabo una ficha de solvencia de don Alejandro Ocón Fernández en la que consta que el señor Ocón se dedica a la actividad de construcciones eléctricas, como autónomo, desde el año 1990, favor.

SEXTO: En cuanto a la naturaleza de los contratos de gestión de riesgos financieros como es el que nos ocupa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de Julio de 2012 dice: "Con relación a los contratos de permuta financiera (**swap**), siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, podemos definir el contrato denominado **swap** o permuta financiera, en su modalidad de tipos de interés, como el acuerdo que consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.

Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (**swap** en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes.

Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva”.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de Octubre de 2012: “ SEGUNDO.- Así las cosas, es preciso indicar que como señala la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 2010, Ponente D. Francisco Tuero Aller, citando otras dos sentencias dictadas por la Sección Quinta de dicha audiencia con fecha de 27 de enero y 23 de julio del mismo año 2010, el contrato objeto de juicio, denominado por las partes como "contrato de permuta financiera de tipos de interés" constituye uno de los conocidos en la doctrina científica como contratos de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona "**swap** ").

Se trata de un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 CC y 50 del CCo, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando con cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas.

Un **swap**, o permuta financiera, es un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado". Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, llamándose IRS (Interest Rate **Swap**) aunque de forma más genérica se puede considerar un **swap** cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable. Los **swaps** se introdujeron por primera vez al público en 1981, cuando IBM y el Banco Mundial entraron en un acuerdo de intercambio. Un **swap** se considera un instrumento derivado.

En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de

cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 CC, atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma, recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 18 de Junio de 2010 “Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian”.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de Mayo de 2012: "SEGUNDO.- Centrado así el objeto de debate en esta alzada, habremos de partir aun a fuer de ser reiterativos con lo ya expuesto en la resolución recurrida y por las partes, de algunas consideraciones generales que resaltábamos entre otras en reciente sentencia de 25-4-12, en la que exponíamos que "El contrato de permuta financiera de tipos de interés o **SWAP** es un contrato con gran implantación en el tráfico mercantil, ya reconocido expresamente en el art. 2 de la ley 24/1.988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, siendo su finalidad y causa la gestión y cobertura de riesgos financieros relacionados con ellos; es un contrato generalmente asociado a otros, siendo frecuente la alegación del cliente que solicita su nulidad, de que incurrió en error (o fue inducido a ello por la entidad bancaria que le ofertó el producto) al creer que se trataba de un seguro gratuito de tipos de interés, que le cubriría en sus otras operaciones de hipotéticas subidas de los tipos de interés y le permitiría pagar un tipo fijo en sus operaciones a interés variable. Pero el **Swap** no es un seguro, siendo así que su operativa implica la sucesión de diversas liquidaciones periódicas que pueden ser positivas o negativas, además de no cumplir siquiera con uno de los principales y más básicos requisitos del contrato de seguro, como es el pago de la prima inicial (art. 10 de la Ley de Contrato de Seguro).

Las operaciones de permuta financiera o **swaps** constituyen contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiéndose distinguir entre **swaps** de tipos de interés, de divisas, de commodities o de materias primas y de acciones.

En el **swap** de tipos de interés, como el que aquí nos ocupa, las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos, de tal manera que por debajo del inferior se producen liquidaciones en contra del cliente (la actora) y por encima de éste y hasta el siguiente se producen liquidaciones en beneficio de aquélla. En esta modalidad de **swaps**, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nominal), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, que es el de autos, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR (entidad), mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (actor) (lo que se conoce como **swap** de fijo contra variable o "coupon **swaps**"), de manera que si el Euribor es inferior al tipo fijo el actor pagará éste y si es superior pagará la diferencia la entidad bancaria; aunque también cabe el intercambio de flujos de intereses variables (**swaps** de variable contra variable o "basis **swaps**"), ya sea con distinta periodificación (EURIBOR a tres meses contra EURIBOR a seis meses)

o con distinta indexación (EURIBOR a tres meses contra LIBOR a tres meses, etc.).

Se trata en definitiva -concluíamos en contra de lo alegado también ahora por la apelante- de un producto que debe de ser calificado como complejo y que exige un elevado nivel técnico de conocimiento de productos de inversión, en donde la empresa financiera se encuentra, en general, en una posición de superioridad respecto a sus clientes, al disponer de mayor información para la gestión de sus intereses en el mercado y para asesorar o recomendar la contratación de determinados productos financieros”.

SEPTIMO: Ya se ha indicado que estos contratos, como es el denominado de coberturas de tipos de interés que nos ocupa, son productos complejos de elevado riesgo que requieren se facilite al cliente una información clara y exhaustiva.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de Septiembre de 2012: “Con relación a la información debe ser citada Ley 7/1988 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación la que en sus artículos 5, 7 y 8 sanciona la prohibición de establecer cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, con la consecuencia de poder ser declaradas nulas de pleno derecho, si ocasionasen un perjuicio a la parte adherente del contrato.

La Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que en su artículo 48.2, con el propósito de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre ambas partes, que los correspondientes contratos se firmen por escrito, debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

La Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores relativa a la contratación de productos financieros, que con anterioridad a su reforma por la de 19 de diciembre de 2007, en su artículo 2 vino a incluir en su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre ellos los de permuta de tipos de interés, con independencia de la forma en la que se liquiden, y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario; exigiendo en su artículos 78 y siguientes a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con el mercado de valores , una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre aquellos, manteniéndoles siempre adecuadamente informados .

El Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, que desarrollando las previsiones contenidas en la citada Ley de 1988, vino a imponer a las entidades de crédito la obligación de suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan, cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión; dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos; así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Esos deberes impuestos a la demandada de actuar bajo los principios de transparencia, información y protección de los clientes minoristas, ... han venido a ser reforzados por la reforma operada en la citada Ley 24/1988 de 28 julio, a través de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que llevó a cabo la transposición de la normativa MIFID, y entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. En su ámbito de aplicación (artículo 2) se incluyen los instrumentos financieros derivados, como ocurre con el relativo a la permuta de intereses objeto de litigio; y en su artículo 79 bis se previene lo siguiente: 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes”.

Y la sentencia de la misma Audiencia Provincial de Alicante de 16 de Mayo de 2012: “El marco regulador del **swap** o contrato de permuta financiera (art. 2 b LMV) se encuentra en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) en su redacción posterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 9 de diciembre, norma que ha venido a incorporar la normativa MIFID a nuestro Ordenamiento interno, lo que tiene una particular trascendencia en relación a la cuestión que nos ocupa porque la Directiva MIFID 2004/39/CE viene a regular, como señala el

Preámbulo de la Ley 47/2007 "...el marco general de un régimen regulador para los mercados financieros en la Unión Europea, exponiendo, en particular...los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros efectuadas en el ámbito de la Unión Europea y los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados regulados".

Esta norma se complementa con 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.

La Directiva explicita como veremos, la forma en que las Empresas de Servicios de Inversión (ESI) han de informar, asesorar o vender productos financieros a sus clientes potenciales para garantizar que reciben la suficiente información para poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa. Y entre las ESI que asumen tales obligaciones se encuentran las entidades de crédito autorizadas con arreglo a la Directiva 2000/12/CE cuando presten servicios o actividades de inversión, según el art. 1.2 de la Directiva 2004/9/CE, preceptos que han sido trasladados a en los arts. 78, 65 en relación al 63.1.e) ambos LMV.

Tercero.- Pues bien, una de las obligaciones que en relación a los clientes impone la normativa MIFID es la de clasificar a los clientes en función de sus propias características, con la finalidad de proporcionarles el nivel de protección que les sea más adecuado y apropiado.

De acuerdo con la normativa incorporada -art. 78 bis LMV-, los clientes pueden ser clasificados en tres categorías: minorista, profesional o contraparte elegible, siendo de estos los que merecen mayor protección los primeros, respecto de los que la ESI debe asegurarse que el producto que el cliente va a comprar es adecuado para él, lo comprende y asume el nivel de riesgo.

En relación a ello, son deberes básicos los de diligencia y transparencia -art. 79 LMV-, y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información - art. 79 bis LMV-.

Estos deberes que se traducen en la legislación referida en un conjunto de obligaciones que se imponen a las ESI y que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente. En concreto se pueden resumir en las siguientes: 1º en la obligación de... comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios. 2º en la obligación de... mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 3º. en la obligación de prestar información que... deberá ser imparcial, clara y no engañosa. 4º. en la obligación de prestar... a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera

comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. 5º. en la obligación de... asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus cliente. 6º. en la obligación... cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras...de obtener... la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; 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. (test de idoneidad, regulado en el art. 19.4 Directiva 2004/39/CE, desarrollados en los arts. 35 y 37 Directiva 2006/73/CE). 7º. en la obligación... cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior... de 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 concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. (test de conveniencia, regulado en los arts. 19.5 y 19.6 Directiva 2004/39/CE, desarrollados en los arts. 36 y 37 Directiva 2006/73/CE)”.

OCTAVO.- Teniendo en cuenta la anterior normativa, de obligado cumplimiento, hemos de analizar pues si en el caso concreto ha existido información adecuada a las circunstancias concretas del cliente y al tipo de contrato, como se ha dicho complejo y de alto riesgo, y la respuesta ha de ser negativa, concluyendo que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad de dicho contrato (art 1263 del CC).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de Mayo de 2012 señala: “El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 18 de Abril de 2012: “lo relevante para declarar la nulidad del contrato es que la ausencia de información por parte de la entidad bancaria haya provocado error en el consentimiento emitido por la actora con los requisitos necesarios para

invalidar el contrato. Según reiterada jurisprudencia la anulación del contrato por error ha de ser excepcional, correspondiendo a quien lo invoca la carga de acreditar cumplidamente que recayó sobre "la sustancia de la cosa que constituyó su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración" (art.1266 Cc). Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que ha de tratarse de un error sustancial, ya recaiga sobre la cosa misma, sus condiciones relevantes o incluso las normas jurídicas, en su existencia o permanencia, que afecten a la cosa, en sus posibilidades importantes. Las STS 14-02-93 y 7-05-94 establecen que para que el error al que se refiere el art. 1266 Código Civil pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato, ha de reunir estos dos fundamentales requisitos: a) Que sea esencial, es decir, que la cosa objeto de contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica atendida la finalidad de dicho contenido, motivó la celebración del mismo. b) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error sea excusable, requisito que el código no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe (art.7 Cc)".

Y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de Octubre de 2012, por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7º LECivil, incumbía a la entidad financiera demostrar en el proceso que cumplimentó el deber de información prenegocial de manera tal que el cliente alcanzara un pleno conocimiento de lo que le suponía la suscripción del contrato Y añade: "La Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 24 de mayo de 2.012, con cita de otras muchas, confirma este modo de distribuir la carga probatoria a la vista de la normativa reguladora del mercado financiero:"se ha concluido que corresponde a las entidades de crédito acreditar el cumplimiento de tal obligación y de que el acreedor comprendió en lo necesario las características del producto contratado, lo que también resulta del criterio de la mayor facilidad o proximidad a la prueba que establece el art. 217 LEC, en tanto que por las normas que le son aplicables a su actuación las entidades de crédito han de conservar documentación de las operaciones y de la información dada."

Las pruebas practicadas en el acto del juicio, no permiten estimar acreditado que la entidad bancaria cumpliera con el deber de información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que la operación conllevaba, de forma que doña ... conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba. No consta que se facilitara a aquella información alguna previa a la firma del contrato, por escrito, que de existir sin duda se hubiera aportado a las actuaciones, comprensiva de todos los extremos necesarios e imprescindibles, sobre todo en cuanto a los negativos efectos económicos que podía tener que

asumir el cliente, para que éste pudiera conocer todas las características de la operación y riesgos concretos en caso de bajada de los tipos de interés, y así poder adoptar una decisión fundada sobre la contratación.

En sede de recurso de apelación, se procedió por la ponente designada a la reproducción de la grabación del acto del juicio oral, comprobando que se inicia con la declaración de don Francisco Tomás Ruiz de Gopegui Díez, director de la oficina de La **Caixa** en Jorge Vigón 53 de Logroño, y continúa con la declaración testifical de don Pedro Javier Conejero Calvo, director del departamento de derivados de La **Caixa**, a cuyas declaraciones se refieren el escrito de recurso de apelación y de contestación al mismo, de lo que se infiere que son éstas las personas que declararon en el acto del juicio, por cuanto el sonido es inaudible hasta el minuto 49,02 de la grabación en que se recupera el sonido. Reproducida dicha grabación, se observa que iniciado el acto del juicio, se interrumpe al minuto 36,56, probablemente por advertirse entonces que la grabación del sonido no era correcta; al minuto 47,34 se persona el técnico informático de los juzgados, quien soluciona el problema de falta de grabación del sonido, reanudándose la vista del juicio al minuto 49,54, indicando el juez de instancia a los letrados que ignora si se han grabado o no las declaraciones prestadas hasta el momento, y acordando la continuación del juicio con la expresa conformidad de los letrados, continuando al minuto 50,50 la declaración del señor Conejero Calvo hasta 1,06,56, y a continuación exponiendo los letrados de las partes por su orden las conclusiones.

De modo que la Sala no puede tener en consideración tales declaraciones prestadas en el acto del juicio, debiendo resolver conforme a la documental aportada, sin que tal circunstancia sea causante de indefensión por cuanto no solo no se ha alegado, ni se ha solicitado la nulidad de actuaciones, sino que como se ha señalado los letrados, aun conociendo la probabilidad de no haberse grabado las declaraciones prestadas en el acto del juicio, mostraron su expresa conformidad con la continuación del acto del juicio, debiendo recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional que expresa que no cabe invocar la indefensión o nulidad cuando ha existido omisión voluntaria, pasividad, negligencia, impericia o error en la parte que solicita la nulidad por indefensión. Así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico y no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopera con su conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar las deficiencias en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (SS^a del T. C. 159/95 de 6 de noviembre , 140/96 de 16 de septiembre, 41/98 de 24 de febrero, 215/03 de 1 de diciembre, 40/04 de 22 de marzo, 141/05 de 6 de junio ,

287/06 de 9 de octubre, 246/07 de 10 de diciembre, 258/07 de 18 de diciembre y 27/09 de 26 de enero).

Como ya se ha señalado, La **Caixa** llevó a cabo en la misma fecha de suscripción del contrato, 3 de octubre de 2008, a doña ..., un test de conveniencia del producto con las siguientes respuestas al cuestionario preimpreso: entiendo algunos conceptos financieros básicos: acción, tipo de interés tipo de cambio, inflación...; nunca he trabajado en el sector financiero ni en departamentos financieros de empresas; no tiene experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar; está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada sí pero solo con finalidad de cobertura, sí incluso en ausencia de cobertura ¿solo con finalidad de cobertura o también en ausencia de cobertura?. Dicho test está firmado además de por doña ..., por don ..., a quien no consta se le realizara el mismo. Además de no responder el test de conveniencia a todos los requisitos exigidos por el artículo 74 del RD 217/2008 de 15 de febrero; no consta que la entidad llevara a cabo, ni respecto de doña ... ni respecto de don ..., a pesar de figurar el mismo obligado en el contrato que nos ocupa, una evaluación acerca de si el producto era o no adecuado para el cliente, test de idoneidad que de haberse realizado se hubiera aportado a los autos. Del test realizado a la señora ... solo puede concluirse que la misma carece de experiencia financiera, contrariamente a lo que dice el contrato, que expresamente señala: “el cliente manifiesta y La **Caixa** asume que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica este contrato”. Debe además tenerse en cuenta que el test se realiza el mismo día de la firma del contrato de cobertura de tipos de interés, 3 de Febrero de 2008, por lo que es difícilmente creíble que se utilizara por la entidad bancaria para valorar con el suficiente detenimiento si el contrato de cobertura de tipos de interés firmado el mismo día era conveniente para el cliente.

En cuanto a la ficha del producto, obrante al folio 303 de autos, no consta le fuera no constando su firma en dicho documento.

En fin, no consta que así se hiciera toda la información pertinente que haga comprensible y transparente a la otra parte contratante la total realidad del producto ofrecido con la diligencia y prudente cuidado de los intereses de dicho cliente como si fueran propios como establecía el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Tampoco de los términos del contrato puede deducirse que doña ... conociera en los necesarios términos ya expresados, la realidad y alcance del producto contratado y los riesgos inherentes al mismo.

La propia denominación, contrato de cobertura de tipos de interés, induce a confusión; como señala la sentencia de esta Audiencia Provincial de La Rioja de 4 de Febrero de 2013, en un supuesto similar al presente: “los términos en que fue comercializado el producto inducen de forma evidente a

confusión en cuanto a la verdadera naturaleza y fin del contrato suscrito; así la utilización del término "cobertura" de la denominación del contrato se presta a evidentes equívocos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de Mayo de 2013 dice: "Y como también ha señalado esta Sección, los términos "cobertura" y "seguro" se encuentran vinculados, pues el contrato de seguro, incluso en su definición legal (*art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro*), se asocia y se identifica con la cobertura del riesgo que es objeto de propio contrato, de manera que si se está presentado el contrato como una cobertura frente a la subida de los tipos, se está informando de que su contratación representa una especie de seguro frente a ese riesgo".

El condicionado del contrato es de muy difícil entendimiento para una persona sin específicos conocimientos financieros, siendo su redacción oscura y compleja; y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 5 de Marzo de 2012, este tipo de contratos "solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones"; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 23 de Febrero de 2012, este contrato " constituye un producto financiero complejo de modo que para su comprensión y correcta valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, se requiere según el Servicio de Reclamaciones del Banco de España una formación financiera claramente superior a la clientela bancaria en general".

En los términos en que está redactado el contrato; además de emplearse un muy pequeño tamaño de letra, lo que dificulta su lectura; resulta de muy difícil comprensión para una persona no experta en técnicas financieras conocer algo tan esencial al contrato como es el riesgo realmente asumido. Y no ha de olvidarse que se trata de un contrato de adhesión que ha sido redactado en su totalidad por el banco que lo ofrece al cliente. La condición general que contiene la declaración del cliente manifestando conocer y entender todo el contrato y en concreto los riesgos de la operación, no es más que una cláusula predispuesta por la entidad que redactó el contrato que por sí sola no acredita ese conocimiento y asunción de riesgos, como señalan las sentencia de la Audiencia Provincial de León de 14 de Diciembre de 2001 o de la Audiencia Provincial de Oviedo de 21 de Febrero de 2012; más cuando la misma cláusula dice que el cliente "no ha basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto de esta transacción", lo que en absoluto se corresponde con la realidad, pues la propia entidad reconoce en la contestación a la demanda que el producto fue ofrecido por el banco, de modo que el contrato se celebró precisamente a propuesta e instancias del Banco y no por solicitud ni iniciativa del cliente.

Al cliente se le ofreció un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés, cuando lo que en realidad suscribía era un contrato de elevado riesgo, que podía comportar cuantiosas pérdidas en caso de bajadas de los tipos de interés.

De modo que doña ... aceptó suscribir la cobertura de tipos de interés sin tener un conocimiento de todas las posibles consecuencias y riesgos que podían suceder, y la absolutamente insuficiente información por parte del banco sobre el producto contratado produjo en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 1265 a 1266 del Código Civil. Las pruebas practicadas, correctamente valoradas por el juez de instancia, permiten concluir que la señora ... suscribió el contrato ofertado y aconsejado por el banco en la creencia de que se trataba de un contrato que le daba seguridad frente la posible subida de los tipos de interés, cuando evidentemente el contrato no era solo eso, y entrañaba un riesgo cierto, de sufrir fuertes pérdidas, como así ocurrió, sin que de tal circunstancia fuera debidamente informado el cliente, que no pudo representarse al momento de la firma del contrato las cuantiosas pérdidas que podía generarle. El error sufrido no solo es esencial, sino también excusable en la medida en que el error encuentra su base no en la negligencia de los clientes al contratar, sino en la confianza depositada en el banco, quien no debe beneficiarse de las consecuencias de su propia conducta al inducir a la celebración de un contrato en esas condiciones.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de Septiembre de 2012: “ Se ha de concluir, en iguales términos que lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de octubre de 2010, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable a quien lo alega. Y el error es excusable ya que la demandante no tiene un conocimiento previo del **swap** y no le es imputable el error, ya que es la propia entidad bancaria la que incumple su obligación de informar convenientemente, de cumplimentar diligentemente con sus deberes para conocer la experiencia y conocimiento del cliente a fin de suministrarle la información oportuna y adecuada y transparente sobre las condiciones reales y el verdadero alcance del contrato, pudiendo afirmarse, en consecuencia, que fue un error provocado por el propio banco, que ofrece una información inexacta e incompleta por incomprensible, pues no se tiene la condición de experto financiero y no comprensibles los términos del contrato, situación ésta que no se altera por el hecho de dedicarse a una actividad mercantil, no del todo caso ajena al ámbito bancario, pues el producto no es bancario sino financiero”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 24 de Julio de 2012: “Es cierto que según la jurisprudencia el error para que sea invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 CC. El error es excusable cuando pudo ser

evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza difundida en la declaración (SSTS, entre otras de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998 , 30 de septiembre de 1900 99, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien, a la falta de información , o a la confusa información facilitada por la entidad bancaria , a los deberes profesionales que a ésta le incumbían y a que el demandante no tienen la condición de experto financiero para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos”.

Y en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 23 de Marzo de 202: "estamos ante un contrato bancario con un cliente asesorado por su Banco a quien ofrece sus productos y en el que el cliente confía, entidad que tiene la obligación legal de gestionar de manera prudente los intereses de sus clientes y de informarles siempre de los riesgos de la operación, pero en modo alguno se puede atribuir al cliente incumplimiento de sus obligaciones, ni se puede atribuir al cliente el deber de analizar y conocer los riesgos de un producto que ni conocía, ni ha solicitado, ni mucho menos creado, sino que el cliente decidido contratar con base en la confianza que le merecen los empleados de su propia entidad bancaria”.

Y en fin, citar la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 18 de Abril de 2012: “Se dan así, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato que han sido antes relacionadas pues se revela la esencialidad del mismo por falta de información exigida legalmente a la entidad bancaria y no resulta imputable a quién lo padece; además del nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y es excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. Según la doctrina del TS la excusabilidad ha de apreciarse "valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982y 28 septiembre 1986)".

Son además, de aplicación al caso que nos ocupa los razonamientos de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo Sala Civil, de fecha 20 de Enero

de 2014: "Cuatro son los puntos sobre los que se pide la fijación de doctrina: i) la delimitación material del servicio de inversión consistente en "asesoramiento financiero" por las entidades financieras a sus clientes frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; ii) la delimitación de los supuestos de realización del test de idoneidad y del test de conveniencia; iii) la ausencia de formalidades específicas para la realización y constancia del test de conveniencia; y iv) la eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Alcance de los deberes de información y asesoramiento

6. Normativa aplicable al contrato de **swap** cuya nulidad se pretende Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los

concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el **swap**, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros . El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) 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 ". Y aclara que esta descripción debe " 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 su apartado 2, concreta que " 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 instrumento ".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera

(ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C- 604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un **swap** , realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso **Caixa** del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de **swap** fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

Error vicio del consentimiento

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, en atención al petitum y a la causa petendi de la demanda, apreciaron la concurrencia de error vicio en la contratación del **swap** y acordaron la anulación del contrato. En casación se cuestiona que la acreditada infracción de los deberes de información y de la valoración de idoneidad prevista en el art. 79bis LMV no debía haber conllevado el error vicio en la contratación de aquel producto financiero. Y al hilo de ello, el recurso cuestiona cuál es la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el

art. 79bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error.

11. Jurisprudencia sobre el error vicio . La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un **swap** , en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" pacta sunt servanda ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-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, ésto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones – respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es 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. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante

como vicio del consentimiento. 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.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida

12. El deber de información y el error vicio . Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del **swap**. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el **swap** contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el

cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el **swap** de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al **swap** contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el **swap** de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta 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.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de

un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el **swap** que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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 tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta 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, lleva a 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 consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de **swap**, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio".

NOVENO: Por último, debe rechazarse lo alegado en el recurso, que el contrato ha sido confirmado o convalidado mediante la resolución por mutuo disenso, sin que la actora pueda ahora ir en contra de sus propios actos, no pudiendo decretarse la nulidad de un contrato inexistente.

En fecha 28 de mayo de 2010 doña ... suscribió el documento resolución por mutuo disenso en el que se expresa que las partes han convenido en extinguir por mutuo disenso la operación mediante el pago de la liquidación: 7989,77 euros, al beneficiario, La **Caixa**, "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”.

Pues bien, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de septiembre de 2014: " Y se ha de remarcar, que esta Sala discrepa de la calificación que la sentencia apelada otorga al referido documento de 18 de enero de 2011, pues el mismo, pese a la denominación que el banco unilateralmente le otorgue- del mero examen del mismo se desprende que su redacción esta predispuesta por el banco con el objeto de imponerla a casos semejantes- no es reflejo de un nuevo acuerdo contractual entre don Jose Ángel y la entidad financiera demandada, sino que el mismo es el reflejo documental del ejercicio por parte de don Jose Ángel de la facultad de resolución unilateral del contrato de permuta que le otorgaba las cláusulas sexta -4 y séptima del contrato de permuta financiera; de forma que si bien el documento en cuestión ciertamente refleja un acuerdo de voluntades, este acuerdo exclusivamente se contrae una vez que el cliente "por cualquier causa " ha decidido resolver el contrato, a la determinación (por el banco y aceptación por el cliente) del "importe de extinción ". Como consecuencia de lo anterior, es claro que no estamos ante un nuevo convenio que transacionamente (art. 1.809 del C.C .) se superponga y extinga las relaciones contractuales derivadas del contrato de permuta financiera, sino de un mero desarrollo de las propias previsiones contractuales previstas en el inicial contrato en el que contractualmente queda modulado lo dispuesto en el art. 1256 del C.C . a condición del abono de un precio (precio cuyo calculo, por cierto, es absolutamente tan falto de transparencia como denunciada la parte demandante).Y este acuerdo en el precio del desistimiento unilateral del contrato de permuta financiera (cancelación anticipada) que inicial y contractualmente estaba contemplado a favor de " cualquiera de las partes", lo cierto y ahora relevante, es que, en modo alguno, puede ser considerado una suerte confirmación tácita ex art. 1.311 del C.C . de los vicios de consentimiento que pudieren afectar al contrato del que deriva la propia cláusula resolutoria activada por don Jose Ángel a la vista de la sucesiva y continuada serie de liquidaciones mensuales negativa reflejadas en el documento antes citado que obra al fol. 68. Afirmación ésta que es congruente con lo expuesto por esta misma Sección de la Audiencia Provincial en SS de 13 y 15 de mayo, 1 y 24 de julio pasados.

En la citada resolución de 15 de mayo se expresaba:

"En lo que atañe a la teoría de los actos propios y a la posible convalidación del contrato por su cancelación por pago, ha tenido ocasión este mismo tribunal de pronunciarse sobre este particular en recientísima sentencia de 13 de mayo último, en la que decíamos que, siendo concedores de la diversidad de respuestas a esta cuestión en el ámbito de las Audiencias Provinciales, nos adscribimos al sector que considera que el abono durante un tiempo de las liquidaciones negativas o la utilización del mecanismo de cancelación, como cobertura última para el cliente para minimizar los daños y evitar unos mayores perjuicios económicos crecientes, no puede considerarse

en modo alguno convalidación de un contrato viciado en la prestación de su consentimiento, en la línea seguida, entre otras, por la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de febrero del 2011 (posteriormente reiterada por otras muchas de esa Audiencia Provincial) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 25 de marzo de 2014 , que dice "...Como declara la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, de 9-12-2010, num. 545/2010, rec. 1433/2006 . Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio, "la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000 ; SSTC 73/1988 y 198/1988 y ATC de 1 de marzo de 1993). Sin embargo (SSTS de 5 de octubre de 1984 , 5 de octubre de 1987 , 10 de junio de 1994 , 14 de octubre de 2005 , 28 de octubre de 2005 , 29 de noviembre de 2005, RC núm. 671/1999), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella. Requisitos que desde luego no concurren en el presente caso respecto a los actos llevados a cabo por la parte demandada cuándo afectó algunas liquidaciones positivas e incluso alguna negativa, derivados del contrato de **Swap** objeto de juicio, ya que dicho pago no puede ser considerado como un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, convalidante o confirmatoria. Toda vez que una interpretación de tales actos de pago conforme a las reglas del criterio humano permite concluir ex art. 386 LEC que la finalidad de los mismos no fue convalidar el contrato celebrado, sino tan sólo seguir teniendo una línea de crédito para la empresa, sin renunciar por ello de manera expresa, ni tácita, ni confirmar tampoco expresa, ni tácitamente el contrato celebrado, sino que al contrario, simplemente consiguió seguir teniendo una línea de crédito, a la par que evitó ser considerada dicha empresa como deudora morosa, con su inclusión en las listas o registros correspondientes, con todos los efectos negativos que ello supondría para sus negocios.

Por tanto, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación por pago del contrato pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación convalidante o confirmatoria. Toda vez que una interpretación de tales actos de pago

conforme a las reglas del criterio humano permite concluir, a tenor del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la finalidad de los mismos no fue convalidar el contrato celebrado, sino tan sólo evitar las consecuencias negativas de la morosidad e intentar, en la medida de lo posible, paliar los cuantiosos daños económicos que ya se estaban produciendo. Además, como dijimos en la Sentencia de 13 de marzo de 2014, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los actores hubiesen subsanado dicho consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando la liquidación deviene negativa y se informa del concreto importe de la cancelación del contrato. En suma, no hay ánimo de convalidación, sino todo lo contrario, de reacción defensiva ante el desastre económico al que el desenvolvimiento del contrato estaba abocando a la entidad demandante, que lo único que pretendió fue limitar daños. A lo más que podría otorgar su conformidad la entidad demandante sería a la corrección formal de las liquidaciones, no a la complejidad intrínseca del contrato ("producto", en el lenguaje bancario), ni al déficit informativo del que sólo pudo ser consciente en toda su magnitud cuando se produjo la cancelación del contrato. Por lo que este motivo de apelación también debe ser desestimado."

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 12 de noviembre de 2013: "Y ello nos lleva al tema que con más amplitud ha sido debatido en el recurso de apelación, la cancelación anticipada por mutuo disenso (documento ocho de la contestación a la demanda). Manifiesta, en esencia, la apelante, que si el contrato fue disuelto, ya no existe, por lo que no puede pretenderse su nulidad, apoyando tal argumento en diversas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de Valencia y Madrid, así como por algún Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

Como acabamos de decir, el contrato radicalmente nulo no puede ser subsanado de forma alguna, lo que incluye la imposibilidad de que la causa que motiva la nulidad en el presente caso pudiera ser subsanada por el acuerdo de cancelación anticipada (máxime en las circunstancias en que se produjo, como veremos a continuación) suscrito por las partes. El vicio del consentimiento, que se produjo "ab initio", contraviniendo normas esenciales de la legislación de protección de los consumidores arrastra y se lleva consigo todos los actos posteriores.

El contrato de permuta financiera de tipos de interés se suscribió el 7 de agosto de 2.008 por tres años, comenzando las liquidaciones en diciembre de dicho año y estando prevista su terminación en noviembre de 2.011. Manifiesta la demandante que como consecuencia de las ininterrumpidas liquidaciones negativas que venía sufriendo, en abril de 2.010 entró en conversaciones con el Banco para ver la forma de detener la "sangría", siendo informada por

primera vez del enorme coste al que tendría que hacer frente por la cancelación anticipada (10.960,58 euros), coste que se vió obligada a aceptar para evitar un mayor perjuicio, y obligada como estaba a seguir pagando las cuotas de la hipoteca a la que el contrato de permuta financiera de tipos de interés se hallaba vinculado. Esas circunstancias, frente a lo que manifiesta la apelante, difícilmente revelan una voluntad inequívoca y consciente de dar validez a lo realizado con anterioridad, sino que más bien lo que muestran, es que la actora se vió inducida de nuevo por la entidad bancaria a suscribir el acuerdo de cancelación como medio de evitar o aminorar las nefastas consecuencias económicas que para ella había tenido el contrato, y, sobre todo, ante la incertidumbre que le creaba el desconocimiento del alcance de los posibles perjuicios de todo tipo que podían seguirse produciendo, sobre lo que no se le había facilitado información alguna.

La mejor prueba de la existencia de una total falta de información por parte del Banco al consumidor sobre el importe de los gastos de cancelación es la absoluta ambigüedad y falta de concreción de las cláusulas contractuales que regulan este tema, lo que hace sospechar que el Banco no podía dar una información que no tenía, ya que no resultaba del contrato. Esta sospecha la ratifica el acuerdo de cancelación, en el que tampoco se dice nada acerca de las cláusulas contractuales que permiten imponer al consumidor un coste por cancelación anticipada, ni sobre las bases que sirven para calcular lo que se denomina "Importe Extinción", cuya finalidad, se dice, es asegurar al "Beneficiario Importe Extinción" una adecuada compensación por la extinción de la operación. Así pues, si las cláusulas contractuales son ambiguas y faltas de concreción y en el acuerdo de cancelación no se establecen las razones que justifican la existencia de esa compensación, ni el cálculo realizado para determinarla, ha de concluirse que se trata de una cantidad totalmente arbitraria fijada unilateralmente por otro "departamento" del Banco, diferente al que trató con el cliente. En cualquier caso, hay que concluir que el acuerdo de resolución de mutuo acuerdo es radicalmente nulo de acuerdo con la normativa citada de protección de los consumidores, tanto por oscuridad de sus cláusulas como por el desequilibrio que generan en detrimento del consumidor.

Por otra parte, el Banco no puede alegar que el cliente va contra sus propios actos al pedir la nulidad de un contrato que ratificó mediante un acuerdo de resolución de mutuo acuerdo, porque no va contra sus propios actos quién realizó los primeros en base a un conocimiento equivocado de la realidad, precisamente, inducido por la parte que ahora alega esa teoría de los actos propios. En cualquier caso, en el acuerdo de resolución el cliente no renunció al ejercicio de acciones legales.

En cuanto a la jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales citada en el recurso, hay que señalar que frente al criterio sustentado por las sentencias que se citan, existe otra, de la que participa plenamente esta Sección de la Audiencia Provincial, que considera, por diversos motivos, que esa actuación no supone la confirmación del negocio cancelado. Así, por ejemplo, las sentencias de 15 de noviembre de 2.012 de la Audiencia Provincial

de Palencia (que alude a "la nulidad radical del aludido **swap**, conexamente también la nulidad de la cancelación anticipada (.) a tenor de lo establecido en el artículo 6.3 del Código Civil , sin que por ello fuera factible apreciar caducidad, subsanación o aplicación de la teoría de los actos propios"); la de 14 de junio de 2.013 de la Audiencia Provincial de Baleares (que señala que la cancelación se firmó sin saber la cantidad a la que ascendía, que fue la "solución" ofrecida por la entidad bancaria ante la situación creada por ellos, pero que trasladó las consecuencias de la desinformación al cliente y que apreciada la nulidad del contrato de cobertura de intereses, consecuentemente, es nula la decisión de cancelarlo, concurriendo la causa de intimidación tal y como la define la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 2.012), o la más reciente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, número 201/13, de 4 de julio , que cita la anterior de la misma Audiencia de 27 de junio, también de 2.013. En dicha sentencia se hace un análisis detenido de la cuestión y se señala lo siguiente: <<QUINTO.- Llegados a este punto, cabe abordar ahora la cuestión de si la cancelación del contrato de permuta de intereses ha de implicar su confirmación. La recurrente reitera su postura favorable con base, en primer lugar, en el contenido del propio documento de cancelación, en el que el actor se comprometió a nada más pedir ni reclamar, y al que se le dio la consideración de saldo y finiquito, y en segundo lugar resalta que dicha cancelación se realizó mediante un nuevo endeudamiento del actor, al contratar un nuevo préstamo. Ciertamente, el art. 1.313 del C. Civil establece que la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, esto es, tiene efectos retroactivos. En cuanto a su forma, puede ser expresa o tácita, produciéndose ésta, como dispone el art. 1.311 del Código Civil , cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecuta un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, lo que enlaza con el art. 6-2 del Código Civil referente a la necesidad de que la renuncia de los derechos sea precisa, clara y terminante. Por ello, y lo avala además la expresión "necesariamente" que utiliza el art. 1.311 del C. Civil , ha de obrarse con cautela y estar al caso concreto y sus circunstancias cuando se trate de deducir si una determinada actuación puede considerarse como purificadora de un vicio contractual. En este sentido nuestro T.S., en sentencia de 24-07-06 , ha señalado que el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica aceptación. No desconoce este Tribunal el contenido de la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia, solución que no es pacífica, existiendo otras resoluciones en sentido contrario, que ha citado la apelada, siendo así que se refiere a un caso en el que las circunstancias son diferentes. En el supuesto que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta que ya en el momento de concertar el contrato de **SWAP** los ingresos del Sr. Jose Ignacio estaban muy ajustados, por lo que si aceptó de inmediato la suscripción del negocio fue porque pensó que le beneficiaría ya que una subida de los tipos le pondría en situación apurada. Por ello, cuando las liquidaciones comenzaron a ser ciertamente negativas, y se vio en números rojos, fue el propio Banco quien le ofertó como solución la cancelación, financiada a través de un préstamo personal, que resultó de 18.600 euros, a un interés nominal del 7%, con un importe total de

intereses de 5.744,28 euros, a amortizar en 96 meses con importe de cuota mensual de 253,59 euros. Así las cosas, resulta que el actor se vio abocado a una actuación, a fin de no sufrir una reclamación judicial, derivada precisamente del error padecido, y que lo que le reportó fue el abono de más intereses, superiores en buena medida a los resultantes del préstamo hipotecario inicialmente contratado. En estas circunstancias, no puede aceptarse que estamos ante un supuesto de confirmación tácita, y ello por más que en el documento nº 6 (folio 68) referente a la cancelación de la deuda se haya consignado al expresión "sin nada más que pedir ni reclamar "; y que el documento "tiene la consideración de saldo o finiquito", pues no queda claro que tales expresiones, sobre todo la última, se entiendan como renuncia al ejercicio de las acciones que pudieran corresponderle, y no como liquidación de la cancelación. Pero es que, además, y respecto a la cancelación anticipada, en el caso de autos no ya la misma pudiera resultar oscura o inconcreta, sino que en el documento nº 3 antes referido, de confirmación, nada se dice al respecto, siendo entonces la primera vez que Don Jose Ignacio tiene noticia del precio de la misma cuando la entidad bancaria le sugiere la operación, sin opción pues a discutirla. Por lo tanto, si la oscuridad o inconcreción de tal cláusula ha venido siendo declarada nula por los tribunales en reiteradas ocasiones, con mayor razón se daría el mismo resultado en el caso que nos ocupa. En este sentido, la reciente sentencia de esta Sala de 27-06-13 afirmó en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente: "El núcleo del recurso se desenvuelve entorno a la confirmación del negocio (art. 1.309 del CC) como no podía ser de otro modo, pues fue eso lo que determinó la desestimación de la demanda. Al respecto acusa el recurrente errónea valoración de la prueba, y argumenta que fue el demandado quien ofreció la cancelación como solución, y no existió en la parte el ánimo de convalidar el contrato al ejercitar la cláusula de cancelación, sino el propósito de desvincularse, y que su ejercicio no puede convalidar el contrato anulable en cuanto que nula la cláusula de cancelación. Desde luego, en orden a la consideración del ejercicio de la facultad de cancelación anticipada como acto de convalidación del contrato anulable, partiendo de que la confirmación pueda ser tácita (art. 1.311 CC), no se advierte suficiente significación en el hecho de quién tome la iniciativa de su ejercicio para considerar o no que constituya un acto que implique necesariamente la voluntad del contratante de renunciar a la acción de anulabilidad. De más enjundia y peso es el argumento de que resulta inasumible atribuir al acto de cancelación aquel significado cuando es que se practica con sustento en una cláusula nula, ope legis, por tanto, inexistente, como también y entonces nulo el negocio de cancelación, sometido a denuncia sin sujeción a plazo alguno, con el lógico resultado, de acuerdo con el planteamiento del recurrente, de que la convalidación del negocio anulable se habría producido a través de un acto nulo. La facultad de cancelación anticipada por el cliente bancario se pacta sin especificación, ni aún de un modo relativo, de su posible coste, remitiéndose al que resulte del mercado (en este sentido la precitada OM se refiere a una metodología de cálculo en su art. 24.1 C 3º). Aún aceptando la concurrencia de cierta incertidumbre en cuanto a dicho coste derivada de la propia naturaleza del producto, el pacto litigioso

adolece de una absoluta inconcreción, sin referencia alguna a fórmula matemática de cálculo o factores a considerar, limitándose a remitirse al mercado, y esto determina que, de acuerdo con lo previsto en los artículo 5.4 y 7B de la LCGC, dicho pacto debe de no tenerse por incorporado al contrato, por contrario a la Ley y, por tanto, inexistente. Ahora bien los actos nulos, sino susceptibles de confirmación conforme al art. 1.309 CC (STS 21-1-2.000 , 6 10- 2.006 y 29-05- 2.008), pueden ser ratificados (art. 1.727 CC) e incluso se admite su convalidación mediante nuevo acto jurídico y manifestación expresa, clara, precisa y concluyente convalidante de la causa de nulidad preexistente (STS 8-3-1.989). Dicho de otro modo, nada impide que conociendo el contratante de la nulidad de un acto o negocio desee sus efectos y por medio de un acto voluntario los haga resurgir a la luz del derecho con plena eficacia vinculante y en tanto no se oponga a la ley y el orden público por razón del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Lo que pasaría entonces, llevado eso al caso, es que al acto de cancelación habría que otorgarse un significado que va más allá de la propia confirmación del negocio anulable, cual sería la también ratificación o asunción del precio de cancelación al margen de los pactos del negocio anulable y a sabiendas de su nulidad y, obviamente, a juicio de la Sala, no cabe atribuir tan amplio y profundo significado al acto jurídico de cancelación, pudiendo obedecer a muy distinto motivo (entre ellos, el afirmado de desvincularse de los costes del contrato de permuta), y otro tanto cabe decir respecto del pago de las liquidaciones sucesivas negativas para el cliente bancario; en este sentido el no ejercicio de la acción de anulabilidad dentro del plazo legal no puede ser entendida, sin más, como conformidad o convalidación del contrato)".

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2014 dice: "Sobre la extensión de la nulidad del primer contrato sobre el contrato de extinción por mutuo disenso de fecha 30-9-2009 resulta de plena aplicación la jurisprudencia mencionada en el recurso, STS, del 22 de diciembre de 2009 (Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS), reiterada en la STS, del 17 de junio de 2010 (Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS), por la similitud que guarda con el caso que nos ocupa. Así se dice en esos supuestos respecto del Anexo II: "De la declaración de hechos efectuada por la sentencia recurrida se desprende que el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 (declarada nula por su carácter abusivo y por falta de claridad y transparencia, la cual había conducido a pérdidas inesperadas) implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural-conforme a la cláusula M declarada nula; comportaba unas condiciones de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo; y era consecuencia de éste. De estos hechos se desprende que las ventas y depósitos de acciones contratadas por diversos clientes con posterioridad a las pérdidas sufridas por la E-20 presuponian en la voluntad de los contratantes la subsistencia de las pérdidas experimentadas en el primer contrato, puesto que constituían un instrumento que, siendo de condiciones similares, se ofrecía a los interesados para enjugar unas pérdidas que se consideraban definitivas sin serlo . En efecto, en la hipótesis de no haberse producido las pérdidas originadas por el

primer contrato por haberse hecho patente y efectiva desde el primer momento la nulidad de que adolecía resulta indudable que no se hubieran celebrado los posteriores contratos. Éstos únicamente tenían por objeto enjugar las pérdidas producidas por aquél.

Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Estos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad”.

Razonamientos de aplicación al presente caso, en el que no puede estimarse que la señora ... tuviera otra forma de evitar las liquidaciones negativas del contrato, que cancelar el mismo, suscribiendo el documento preimpreso por el banco, aceptando el coste fijado por el banco en evitación de tener que seguir soportando grandes pérdidas, extendiéndose la nulidad del primer contrato al segundo que trae causa de aquel.

Por todo lo razonado, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

DÉCIMO: Respecto de las costas procesales del recurso, y de conformidad con lo establecido en el art. 394 y 398 LEC, procede la imposición de las causadas en esta instancia a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales señor Toledo Sobrón en nombre y representación de **Caixabank S.A.**, contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia núm. 5 de Logroño en fecha 21 de noviembre de 2012, en autos de

juicio ordinario núm. 159/2012, de la que el presente Rollo núm. 63/2013 dimana, debemos confirmarla y la confirmamos.

Con imposición de las costas causadas en este recurso de apelación a la parte apelante.

Contra la presente resolución puede haber recurso de casación ante el Tribunal Supremo, si se cumplieran los requisitos legales, que serán examinados en cada caso por la Sala.

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.