



Roj: **SAP C 1923/2015 - ECLI:ES:APC:2015:1923**

Id Cendoj: **15030370042015100233**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **16/07/2015**

Nº de Recurso: **82/2015**

Nº de Resolución: **242/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL COLINA GAREA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00242/2015

FERROL Nº 2

ROLLO 82/15

S E N T E N C I A

Nº 242/15

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

CIVIL-MERCANTIL

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

RAFAEL COLINA GAREA

En A Coruña, a dieciséis de julio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000485 /2014, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de FERROL, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000082 /2015, en los que aparece como parte demandado-apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARÍA DEL PILAR CASTRO REY, asistido por el Letrado D. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ, y como parte demandante-apelada, Alexis , Virginia , Emiliano , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANA BELÉN SECO LAMAS, asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER TRIO FRIEIRO, sobre NULIDAD CONTRACTUAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE FERROL de fecha 1-12-14. Su parte dispositiva literalmente dice: " Se estima parcialmente la demanda presentada por la Procuradora SRA. SECO LAMAS, en representación de DON Alexis , DOÑA Virginia Y DON Emiliano , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, con los siguientes pronunciamientos:



1.- de declara la nulidad del contrato de permuta financiera celebrado el día 9-2-2007. Como consecuencia, se condena a las partes a la recíproca restitución de prestaciones:

-Los demandante deben restituir a BANCO POPULAR la liquidación positiva (641,13 euros) con los correspondientes intereses legales desde la fecha dela bono.

-BANVCO POPULAR debe restituir a los demandantes el importe de las liquidaciones negativas (5.306,73 euros; 11.009,83 euros; 9.513,89 euros; 7.624,94 euros) con los correspondientes intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos.

2.- Se declara la nulidad de la cancelación anticipada del contrato de SWAP de fecha 11/06/2013. En consecuencia, se condena a BANCO POPULAR a abonar a los demandantes la cantidad de 10.779,28 euros más los interese legales desde el día 11/06/2013.

3.- No ha lugar a declarar la nulidad del contrato de préstamo de fecha 12-4-11.

4.- Se declara que la entidad bancaria demandada ha incumplido las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario de fecha 9-2-2007 (escritura pública otorgada ante el Notario de Narón JUAN DE LA RIVA LOPEZ RIOBOO al número 248 de su protocolo) al haber cobrado unos intereses superiores a los pactados en la segunda revisión (producida el 4-2-2009. En consecuencia, se condena a la entidad bancaria a abonar a los demandantes la cantidad cobrada en exceso que, en defecto de acuerdo, se determinará en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: diferencia entre los intereses percibidos por el Banco (al tipo del 5,375%) y los debidos percibir (al tipo del 4,375%) en el periodo comprendido entre el 4-2-2009 y el 4-1-2010 calculados sobre el principal del préstamo (que el día 4-2-2009 ascendía a 346.579,47 euros). Se condena también a la entidad demandada a abonar los intereses legales de la anterior cantidad desde la presentación de la demanda (2-6-2014).

5).- No se hace expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandado se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. RAFAEL COLINA GAREA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ferrol, de 1 de diciembre de 2014 , recaída en los autos de juicio ordinario 485/2014 sobre nulidad contractual, estimó parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de D. Alexis , Dña. Virginia y D. Emiliano contra la entidad Banco Popular Español SA, adoptando en su parte dispositiva, entre otros, los siguientes pronunciamientos: a) Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera celebrado el 9 de febrero de 2007, condenando a las partes a restituirse recíprocamente las correspondientes prestaciones y b). Declarar la nulidad de la cancelación anticipada del contrato de swap, la cual fue llevada a cabo con fecha 11 de junio de 2013, condenando a la entidad bancaria demandada a abonar a los demandantes las cantidades cobradas en virtud de dicha cancelación más los pertinentes intereses legales.

Contra la referida resolución judicial, el Banco demandado interpuso recurso de apelación, impugnando expresamente la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de 9 de febrero de 2007, así como la declaración de nulidad de la cancelación anticipada del citado contrato de swap efectuada con fecha 11 de junio de 2013. La apelación presentada se sustenta en los siguientes motivos de recurso que a continuación nos corresponde resolver.

SEGUNDO.-Sobre la falta de acción de anulabilidad y pacto de no pedir.

En el primero de sus motivos de recurso, el recurrente sostiene que los demandantes carecen de acción para pedir la nulidad judicial del contrato de swap concertado, ya que la demanda fue interpuesta con fecha 2 de junio de 2014 y, por lo tanto, con posterioridad al momento en el que tuvo lugar la cancelación anticipada del aludido swap, lo cual sucedió con fecha 11 de junio de 2013. En otras palabras, la entidad apelante defiende que no cabe instar la nulidad del contrato de swap porque éste ya había sido cancelado al tiempo de ejercitarse la correspondiente acción judicial de nulidad.

El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

En primer lugar, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por las SSAP A Coruña 29 noviembre 2012 , Asturias 11 octubre 2013 , Madrid 7 julio 2014 y Córdoba 15 septiembre 2014 , entre otras, la mera circunstancia de que



el swap estuviese ya cancelado en el momento de presentarse la demandada no comporta por sí misma que el demandante haya perdido la posibilidad de entablar la acción de nulidad. Es cierto que la cancelación impediría decretar la resolución del contrato de que se trate por incumplimiento ex art. 1124 CC, ya que, para ello, es preciso que la relación contractual se encuentre en vigor. No obstante, y por contraposición, esta situación no tiene lugar cuando lo que se pretende es la anulación del contrato, ya que la cancelación no puede ser considerada como un acto confirmatorio o un acto propio que deje sin todo efecto la precitada anulabilidad desde el contenido de los arts. 1312 y 1313 CC, aun cuando se parta del dato esencial previsto en el art. 1311 CC y, según el cual, la confirmación puede ser tanto tácita como expresa.

En segundo lugar, y aunque generalmente se estimase (como hacen algunas Sentencias) que la cancelación del contrato implica por sí misma la pérdida de la acción de nulidad, en el presente caso, la cancelación del swap tampoco impediría que los demandantes ejercitasen posteriormente la acción de nulidad del mismo, pues en su demanda también solicitaron la nulidad de la propia cancelación para así, y una vez obtenida ésta, poder instar la anulación de la relación contractual. A este respecto, conviene advertir que la cancelación constituye una declaración de voluntad que, aun cuando sea unilateral y de carácter recepticio, debe formarse de manera libre y espontánea para que pueda desplegar todos los efectos que correspondan con arreglo a Derecho. Por eso, la eficacia de la declaración de voluntad de cancelar el swap podría ser impugnada de anulabilidad cuando se demostrase que aquélla no se formó libremente, sino que se extrajo de modo forzado debido a la imposición de la parte contraria.

En este sentido, resulta perfectamente acreditado de la prueba obrante en autos y de las declaraciones efectuadas por las partes en el acto del juicio que, al tiempo de firmar la cancelación anticipada del swap, los demandantes se encontraban en una complicadísima y precaria situación económica provocada, precisamente, por la asfixia financiera resultante de los préstamos que tuvieron que solicitar para poder afrontar el pago de las sucesivas liquidaciones negativas que iba generando el swap concertado, hasta tal punto que los actores necesitaban refinanciarse a toda costa ante el inminente riesgo de no poder seguir abonando los citados préstamos con lo que ello suponía en cuanto a intereses moratorios, ejecuciones y embargos. La financiación necesaria fue aportada por la entidad demandada, quien además era el mismo banco a quien los demandantes debían pagar las liquidaciones negativas y devolver los préstamos concertados para efectuar dicho pago. Ahora bien, igualmente queda demostrado que dicha financiación fue otorgada con las siguientes condiciones impuestas por el banco demandado: hipotecar las viviendas pertenecientes a las respectivas sociedades de gananciales de los tres demandantes, cancelar el swap con el dinero procedente de los tres préstamos hipotecarios referidos y entregar en pago (dación en pago con efectos *pro soluto*) la nave industrial que inicialmente se había dado como garantía inmobiliaria para la devolución del préstamo que también le concedió la entidad demandada para su adquisición.

De lo expuesto hasta este punto, cabe deducir que concurre una relación de causalidad eficiente entre la cancelación del swap y la deficitaria situación económica que atravesaban los actores. Ello lo demuestra, por un lado, el hecho de que tanto los préstamos hipotecarios sobre las viviendas familiares de los demandantes como el contrato de dación en pago de la nave industrial se concertaron en la misma fecha en la que se llevó a cabo la cancelación anticipada del swap (11 de junio de 2013). Y por otro lado, tal nexos causal también lo prueba la circunstancia de que el contrato de swap se canceló anticipadamente cuando únicamente restaban seis meses para que se devengase la última liquidación y llegase su vencimiento definitivo. Si no existiese tal nexos de causalidad entre la acuciante situación económica de los actores y la cancelación del swap, lo lógico habría sido que éstos esperasen a que se devengase la última liquidación y no lo cancelasen cuando solo faltaban seis meses para que llegase este instante.

En definitiva, no puede admitirse, tal y como pretende la parte apelante, que el actor abonase la cancelación anticipada a su entera satisfacción. Su voluntad de cancelar el swap no se formó libre y espontáneamente, sino que vino impuesta por la entidad bancaria demandada quien utilizó instrumentalmente para ello la deficitaria e insostenible situación económica en la que se hallaban los demandantes y su necesidad imperiosa de refinanciarse para evitar males todavía aún peores. Por todo ello, debemos confirmar la Sentencia de Instancia en el sentido de declarar la ineficacia de la cancelación anticipada del swap realizada con fecha 11 de junio de 2013, por lo que, habiéndose confirmado dicha nulidad, decae el principal motivo en virtud del cual la apelante venía sosteniendo que los demandantes carecían de acción para invocar la nulidad del contrato de swap que concertaron con aquélla.

TERCERO.-Sobre la caducidad de la acción de anulabilidad.

En la segunda parte de su primer motivo de recurso, la parte apelante alega que la acción de anulabilidad del swap ejercida por los demandantes ha caducado, porque, desde la consumación del contrato (9 de febrero de 2007, sic.) hasta la presentación de la demanda (2 de junio de 2014), han transcurrido con creces los cuatro años de los que se dispone para ejercitarla con arreglo a lo prescrito en el art. 1301 CC.



Para resolver esta alegación, y en primer término, es preciso señalar que no está resuelto si el plazo de cuatro años que establece el art. 1301 del CC sea de caducidad como se afirma la parte demandada y recurrida. Es cierto que la tesis de la entidad apelada encuentra amparo en las SSTS de 27 de marzo de 1963 , 7 de febrero de 1966 , 5 de diciembre de 1981 , 2 de junio de 1989 , 25 de julio de 1991 , 30 de septiembre de 1992 , 27 de febrero de 1995 y *obiter dicta* 18 de octubre de 2005 y 18 de junio de 2012 . Igualmente parece que se inclina por la caducidad la STS de 6 de noviembre de 2013 . Otras resoluciones, por el contrario, afirman que nos hallamos ante un plazo de prescripción, al ser planteada expresamente tal cuestión, así, por ejemplo, las SSTS de 23 de octubre de 1989 -con cita de las SSTS de 25 de abril de 1960 , 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1970 - susceptible, por lo tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor, en el mismo sentido admitiendo la interrupción las SSTS de 14 de mayo de 1955 , 27 de marzo de 1989 y 8 de abril de 1995 ; la STS de 1 de febrero de 2002 , por su parte, niega que dicho plazo pueda apreciarse de oficio -lo que lo distancia de la caducidad-; más recientemente optan por la prescripción las SSTS de 3 de marzo de 2006 , 9 de mayo de 2007 , 14 y 30 de noviembre de 2008 . Por último, otras resoluciones no lo califican, como las SSTS de 6 de septiembre de 2006 y 30 de mayo de 2008 o eluden hacerlo como la STS de 8 de octubre de 2012 : "aunque se aceptara que el plazo de cuatro años establecido en dicho artículo es de prescripción, como consideran muchas sentencias de esta Sala (SSTS 1-2-02 , 27-2-97 , 27-3-87 y 28-10-74 entre otras), y no de caducidad . . .".

En cualquier caso, lo verdaderamente decisivo en el presente supuesto es la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de cuatro años del art. 1301 CC , pues, aunque aparece fijado en los párrafos segundo y siguientes atendiendo a cuál sea el concreto vicio de consentimiento concurrente (o si el contrato está afectado por la falta de capacidad de una de las partes), ello no siempre resulta claro en su aplicación práctica.

En opinión de la entidad apelante, el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento debe comenzarse a contar desde el momento de la consumación del contrato, si bien cifra este instante en la fecha 9 de febrero de 2007, lo que significa que aquélla está confundiendo el concepto de consumación del contrato con el de perfeccionamiento del mismo, habida cuenta de que la fecha reseñada se identifica con aquella en la que se firmó el swap objeto del presente litigio. No olvidemos que la consumación del contrato se produce cuando están totalmente cumplidas las obligaciones derivadas del mismo; es decir, implica el cumplimiento completo de las prestaciones de ambas partes. Entonces, aplicando esta doctrina al contrato de swap, su consumación tendría lugar cuando se lleve a cabo su cancelación anticipada o cuando llegue su vencimiento definitivo habiéndose devengado y pagado todas las liquidaciones previstas. En el caso que nos ocupa, y dado que la cancelación anticipada ha sido declarada nula, la consumación del contrato de permuta financiera de tipos de interés que es objeto de este pleito se habría producido al tiempo de su vencimiento y en la fecha en la que se hubiese devengado y pagado la última liquidación (6 de enero de 2014). En este instante estarían totalmente cumplidas las obligaciones derivadas de la relación contractual y completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Por lo tanto, como quiera que el recurrente sostiene que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de nulidad por vicios del consentimiento está constituido por el momento de consumación del contrato de permuta financiera de tipos de interés, debemos concluir que, según el propio criterio del apelante, dicha acción no estaba prescrita ni caducada cuando los actores interpusieron su demanda, ya que entre una y otra fecha (6 de enero 2014 y 2 de junio de 2014) no habrían transcurrido los cuatro años de los que dispone para promover su ejercicio. Además, en el concreto caso de los swaps, la aplicación del criterio de la consumación contractual como *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de anulabilidad, se encuentra justificada y fundada, ya que, a diferencia de lo que sucede con las participaciones preferentes, nos hallamos ante una modalidad de contrato que, desde un principio, tiene fijada una fecha determinada para su vencimiento, entendiéndose que éste sería el momento en el que quedarían cumplidas totalmente las obligaciones derivadas de la relación contractual y las prestaciones a las que se hubiesen comprometido las partes.

Ahora bien, con fecha 6 de mayo de 2015 y, por consiguiente, después de haberse señalado día para la deliberación, votación y fallo del presente recurso (8 de abril de 2015), pero antes de que se dictase Sentencia, la parte apelante presentó escrito en el que invocando la aplicación del art. 271 LEC , pretende aportar al pleito la STS de 12 de enero de 2015 , afirmando que ésta debe ser tenida en consideración en la resolución de la apelación en lo que concierne a la excepción procesal de caducidad de la acción instada por la apelada. Con base en la doctrina contenida en la citada resolución judicial, la entidad recurrente acaba concluyendo que el plazo del que se dispone para ejercitar la acción de nulidad del swap por error en el consentimiento debe comenzar a contarse desde que el cliente hubiese podido tener conocimiento de la existencia del error alegado. Mediante Diligencia de Ordenación de 8 de julio de 2015, se dio traslado del escrito presentado por la recurrente a la parte contraria, la cual, y mediante escrito de 13 de julio de 2015, formuló las alegaciones que estimó conveniente.



A la vista de todo ello, esta Sala entiende que no procede incorporar al presente procedimiento la Sentencia del Tribunal Supremo invocada por la parte apelante, toda vez que se trata de una pretensión que no tiene cabida en el supuesto contemplado en el art. 271.2 LEC . La posibilidad de presentar sentencias dictadas o notificadas con posterioridad al momento de formular conclusiones, se refiere a aquellas resoluciones judiciales que, por razón de su objeto o de los sujetos, pudieran resultar condicionantes o decisivas a la hora de resolver el pleito en cuestión. En este sentido, se ha dicho que la excepción a la preclusión definitiva de la presentación de documentos hecha en favor de las sentencias resulta coherente con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prejudicialidad en sus arts. 40 , 43 y 44 . Sin embargo, lo que en realidad hace la entidad recurrente en este caso no es aportar una resolución judicial que sea condicionante o decisiva para resolver el presente recurso en el sentido del art. 271.2 LEC , sino que simplemente se dedica a traer a colación la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia alegada, la cual le sirve para modificar la fundamentación jurídica inicialmente desarrollada en su recurso de apelación en lo atinente a la determinación del *dies a quo* para el cómputo de la acción de nulidad del swap instada por los demandantes. Es decir, la apelante no estaría incorporando al pleito una decisión judicial condicionante de la solución del presente recurso, sino meramente jurisprudencia que podría servir de apoyo para una nueva argumentación jurídica que no se había incluido en el inicial recurso y, por lo tanto, en el momento procesal oportuno para hacerlo. A mayor abundamiento, el criterio marcado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 12 de enero de 2015 , ha sido acogido ya por este Tribunal en otras muchas sentencias previamente recaídas en torno a la anulabilidad por error de productos bancarios complejos como los swaps, las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas. Por este motivo, cabe concluir que la aportación intempestiva de la referida Sentencia del Tribunal Supremo ni siquiera podría justificarse en la circunstancia de que, de forma sobrevenida a la tramitación de la presente apelación, se hubiera acogido una doctrina novedosa antes inédita, sino que más bien podría obedecer al intento de subsanar un error padecido en el planteamiento de su recurso por parte de la entidad apelante.

Por consiguiente, y con invocación de lo prescrito en el art. 218 LEC , debemos atender a la fundamentación jurídica hecha valer por la entidad apelante en su recurso, en donde ésta sostiene que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del swap litigioso debe computarse desde la consumación del contrato, lo que nos lleva a concluir que la referida acción no había caducado o prescrito en el momento de interponerse la demanda, tal y como precedentemente hemos razonado en este mismo Fundamento de Derecho.

CUARTO.-Sobre la extinción de la acción de anulabilidad y la confirmación del contrato.

La parte apelante finaliza la argumentación contenida en el primer motivo de su escrito de recurso alegando, en relación con los arts. 1309 , 1311 y 1313 CC , que la acción ejercitada por los demandantes está extinguida, ya que han efectuado actos expresos de confirmación del contrato que ahora pretenden anular. La entidad recurrente considera que son actos confirmatorios del swap litigioso: a). el hecho de haber tardado siete años en presentar la demanda. b). el hecho de haber hecho suyas las liquidaciones positivas y haber abonado las negativas. c). el haber firmado el documento de solicitud de contratación de permuta financiera sobre tipos de interés. d). el haber solicitado financiación para abonar las liquidaciones, así como para abonar la liquidación de la cancelación. e). el haber formalizado diversas operaciones bancarias con la propia entidad apelante tras la firma del contrato de permuta financiera de tipos de interés.

Tal y como ya sostuvimos en nuestras Sentencias de 6 de noviembre de 2014 y 11 de febrero de 2015 , "Tampoco tales preceptos, relativos a la confirmación de los contratos anulables, han sido vulnerados. Baste para la desestimación de este nuevo motivo de apelación la cita de la consolidada doctrina jurisprudencial, que proclama que la confirmación tácita de los contratos, sólo se produce cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella (SSTS de 24 de marzo de 1956 , 1 de diciembre de 1971 , 10 de abril de 1976 , 8 de junio de 1973 , 27 de octubre de 1980 , 4 de julio de 1991 , 15 de febrero de 1995 , 12 de noviembre de 1996 , 4 de octubre de 1998 entre otras); es decir, que los vicios del consentimiento pueden ser subsanados, confirmándose el contrato, si se reitera en circunstancias tales en las que no pueden suponerse concurrentes las causas determinantes de la existencia del error, lo que no acontece en el caso presente. Por su parte, la STS de 5 de septiembre de 2012 nos enseña cuales son los requisitos para la aplicación de la clásica regla "venire contra factum proprium non valet" (no se puede actuar contra los propios actos): 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, Sentencias 292/2011, de 2 de mayo , 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo). Esta doctrina no es de aplicación "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" (STS de 31 de enero de 1995). En igual sentido, las SSTS de 25 de octubre de 2000 , 12 de febrero de 1999 y 4 de junio de 1992). E insistiendo en tal doctrina, las más recientes SSTS de 21 de junio de 2011 y 760/2013 , de 3 de diciembre, señalan que no procede tal



alegación, cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995)".

Pues bien, en el supuesto que enjuicamos, los demandantes no han efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de la acción de anulabilidad del swap. Y creemos que ello es así por las siguientes razones:

a). En puridad, no es cierto que los actores hayan tardado siete años en presentar la demanda, pues el tiempo disponible para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento no debe comenzar a computarse desde la perfección y firma del contrato, sino desde el día en que la acción pudiera ejercitarse (arts. 1301 y 1969 CC), lo que en nuestro caso acontece en el instante en el que el actor toma plena conciencia del error cometido y cabal conocimiento de las consecuencias económicas del mismo, presumiéndose que ello sucede cuando tiene lugar la consumación del contrato. Por lo tanto, la circunstancia de que hubiesen transcurrido siete años desde la firma del swap (9 de febrero de 2007) hasta la interposición de la demanda (2 de junio 2014) no puede ser interpretada como un acto que inequívocamente delate la concurrencia de una voluntad favorable a la confirmación de la relación contractual, siempre y cuando la acción se haya ejercitado en el plazo legalmente habilitado, tal y como ocurre en el asunto que nos ocupa y como hemos razonado en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución judicial.

b). Los demandantes solamente cobraron una única y primera liquidación positiva. Y como acertadamente ha puesto de manifiesto la SAP Asturias de 23 de julio de 2010 , "por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada del error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperado, y por tanto no es consciente del error padecido en ese momento".

c). Por lo que respecta a las circunstancias de que los actores hubiesen abonado cuatro liquidaciones negativas y que para ello hubieran solicitado financiación a la misma demandada, así como el hecho de haber formalizado otras operaciones bancarias con ésta (hipotecas constituidas sobre las viviendas gananciales de los demandantes y dación en pago de la nave industrial también previamente hipotecada) o haber abonado la liquidación de la cancelación, tampoco pueden ser conceptuados como actos confirmatorios del swap que impidan el ejercicio de la acción de anulabilidad. De acuerdo con la doctrina contenida en las SSAP de Córdoba de 13 de marzo , 15 de mayo y 15 de septiembre de 2014 , 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. Y ello porque una interpretación de tales actos de pago conforme a las reglas del criterio humano permite concluir, a tenor del art. 386 LEC , 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. 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. 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 los demandantes, que lo único que pretendieron fue limitar daños. A lo más que podrían otorgar su conformidad los actores 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 pudieron ser conscientes en toda su magnitud cuando se produjo la cancelación del contrato.

En particular, y como ya habíamos anticipado previamente, existe jurisprudencia (SSAP A Coruña 29 noviembre 2012 , Asturias 11 octubre 2013 , Madrid 7 julio 2014 y Córdoba 15 septiembre 2014), la cual subraya que la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera de tipos de interés no puede ser considerada como un acto confirmatorio o propio que deje sin todo efecto la pretendida anulabilidad, aun cuando se parta del dato esencial que recoge el art. 1311 CC de que la confirmación puede ser expresa o tácita.

d). A idénticas conclusiones debe llegarse cuando la entidad recurrente pretende calificar como confirmatorio el mero hecho de que el actor hubiese firmado el documento de solicitud de contratación de permuta financiera



sobre tipos de interés. Precisamente, porque lo que se está discutiendo en este pleito es si el consentimiento exteriorizado mediante la plasmación de la firma en el documento del contrato pudiera haber sido prestado al incurrir el demandante en un error provocado por no disponer de la información necesaria como para que la voluntad contractual pudiese formarse adecuadamente.

QUINTO.-Sobre el perfil de la parte actora firmante del contrato de swap.

En el segundo motivo de su escrito de recurso, la entidad apelante entiende que, atendiendo al perfil del actor firmante del contrato de swap, debe excluirse que éste hubiera podido prestar el consentimiento contractual sin saber expresamente lo que estaba contratando, porque, a juicio de aquélla, tiene un alto conocimiento del mundo bancario que le habilita para tomar sus propias decisiones de financiación y valorar correctamente sus riesgos. Para alcanzar esta conclusión, la recurrente se apoya en los siguientes argumentos: a). El actor firmante del swap (D. Alexis) es administrador solidario de la Sociedad Limitada Ferrallas Narón, por lo que considera que se trata de una persona acostumbrada a gestionar una sociedad, a comerciar y, por supuesto, a contratar productos bancarios. b). El mismo actor firmante del contrato de swap tiene contratados una serie de fondos de inversión, lo que acredita su alto conocimiento de los productos bancarios porque dichos fondos no los tiene un cliente de banca tradicional, al tratarse de un producto de alto riesgo. c). El actor firmante del swap tuvo a su disposición el asesoramiento de la gestoría Norgestión, por lo que, si no utilizó dicho asesoramiento en el momento de la firma del contrato, es porque no lo consideró necesario.

Sin embargo, una vez examinados los elementos probatorios obrantes en autos, debemos advertir que la parte apelante pretende hacer prevalecer su particular e interesada valoración de la prueba para poder llegar a un resultado que en ningún modo estimamos admisible. Antes al contrario, la correcta valoración de la prueba practicada permite demostrar que el actor firmante del contrato de permuta financiera de tipos de interés carece de conocimientos del mundo bancario, por lo que difícilmente podría saber en qué consistía y cuál era el riesgo que comportaba el producto que estaba contratando si no se le otorgaba la información que estaba obligada a suministrarle la entidad bancaria. Y entendemos que ello es así con base en los siguientes argumentos:

a). El hecho de que el actor firmante del swap fuese administrador solidario de la sociedad Ferrallas Narón SL no le convierte en un experto en productos financieros y bancarios. De la documentación obrante en autos, se infiere que estamos en presencia de una pequeña empresa familiar que se constituyó como sociedad limitada en el año 2006 con un capital de 14.424,29 euros, pero, previamente, y desde el año 2001, había funcionado como una Sociedad Limitada Laboral, lo que comporta que sus socios eran meros trabajadores y no expertos en finanzas. En concreto, se trataba personas que trabajaban la "ferralla" a pie de obra y que con tal trabajo contribuían a la sociedad.

b). Además, el particular perfil que individualmente presenta el demandante firmante del swap al margen de su condición de administrador de la sociedad antes referida, confirma igualmente que se trata de una persona sin conocimientos en materia de finanzas y productos bancarios. Tal y como consta en el informe de vida laboral obrante en autos, D. Alexis trabajó como ferrallista a pie de obra durante más de veinte años y anteriormente había trabajado en la mar embarcado en barcos pesqueros en torno a nueve años. No consta que el actor hubiera cursado estudios, ni siquiera primarios.

c). Los productos bancarios que tiene contratados el demandante firmante del swap, lejos de demostrar que éste es un experto en finanzas y contratos bancarios, contribuyen a acreditar que estamos ante un persona que tiene un perfil ahorrador conservador y que no está acostumbrado a asumir operaciones de riesgo. Según se deduce del documento 5 aportado con la contestación a la demanda, es cierto que D. Alexis contrató un total de cuatro fondos de inversión, pero también es cierto lo siguiente: se trata de fondos de inversión mobiliarios; incluso uno de ellos se contrató el mismo día en el que firmó el contrato de permuta financiera de tipos de interés, mientras que los tres restantes son posteriores a la firma del swap, por lo que no pueden ser alegados como indicativos de una experiencia previa en materia financiera; y finalmente, tres de los fondos de inversión contratados son denominados por la propia entidad bancaria con la calificación de "ahorro" y "conservador", por lo que, en puridad, no puede entenderse que estemos ante productos de alto riesgo. Este perfil conservador y ahorrador de D. Alexis queda igualmente demostrado por el resto de los productos bancarios que tenía contratados, entre los que destacan mayoritariamente créditos personales, préstamos hipotecarios, cuentas corrientes y de ahorro, seguros e imposiciones a plazo fijo.

d). La gestoría Norgestión únicamente empezó a asesorar a los demandantes después de que se comenzaran a devengar liquidaciones negativas, pero en modo alguno consta que dicha gestoría hubiera prestado sus servicios en el instante en el que se concertó y firmó el contrato de swap. A esta ausencia de asesoramiento en el momento de la firma del contrato parece incluso hacer alusión la entidad demandada cuando en su escrito de recurso afirma que "de la testifical de Braulio , empleado de la gestoría NORGESTIÓN, ha quedado demostrado



que los actores, entre ellos el firmante del IRS, tenía a su disposición todo el asesoramiento financiero que quisieran o considerasen necesario. Lo que hace pensar que si no acudieron en el momento de la firma (cuestión que desconoce esta parte) es porque no lo consideraron necesario". En cualquier caso, y ante estas afirmaciones, conviene subrayar que no es lo mismo que el asesoramiento no fuese objetivamente necesario y que los demandantes considerasen subjetivamente que el asesoramiento no era necesario, porque esto último es precisamente lo que sucede cuando, por error y equivocadamente debido a la falta de información, el actor firmante del swap piensa que se trata de un producto sencillo y ni por asomo imagina que se le está vendiendo un producto complejo de alto riesgo. Si el demandante firmante del swap hubiese tenido conocimiento de la naturaleza compleja y de riesgo del producto que se le ofrecía, lo lógico es que hubiera recurrido al asesoramiento de expertos a la hora de concertarlo, toda vez que su perfil personal no es el propio de un entendido en finanzas y contratos bancarios. Y sin embargo nada de ello se hizo, lo que resulta indicativo de que el actor tenía formada una imagen errónea de lo que en realidad era y comportaba el contrato que estaba firmando.

SEXTO.-Sobre el endeudamiento al que presta cobertura el contrato de swap.

En el tercer motivo de su escrito de recurso, la parte apelante parece querer afirmar que el actor firmante del swap sabía perfectamente lo que estaba haciendo al contratarlo, porque este contrato proporcionaba una cobertura perfecta al préstamo con garantía hipotecaria que fue concertado por los demandantes para la adquisición de la nave industrial en donde radicaría la sede física de su empresa. Independientemente de que esta apreciación pueda ser objeto de discusión, lo cierto es que, aun cuando el contrato de permuta financiera de tipos de interés proporcionase una cobertura perfecta al préstamo hipotecario, ello por sí mismo no demuestra que los actores supiesen que, en caso de descender el Euribor, tendrían que abonar liquidaciones negativas al banco, sino que únicamente prueba que existía una relación entre el swap y el préstamo hipotecario y que muy probablemente el actor firmante fuese consciente de ello, pero sólo en el aspecto relativo a la protección que se le proporcionaba con el pago de liquidaciones positivas frente a las subidas del Euribor.

SÉPTIMO.-Sobre el objeto y causa del contrato y el momento temporal en el que se suscribe el mismo.

En el motivo cuarto de su escrito de recurso, la parte apelante viene a insistir en que el actor firmante del swap conocía el funcionamiento y mecánica del contrato de permuta financiera de tipos de interés y era sabedor de que si el Euribor descendía tendría la obligación de abonar al banco liquidaciones negativas, porque nunca comercializó este producto como un seguro, sino que llevó a cabo su comercialización en cumplimiento de lo ordenado en el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, según el cual "las entidades de crédito informarán a sus deudores [...] con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles...".

Como ya tuvimos ocasión de manifestar en nuestras Sentencias de 20 de marzo de 2013 y 25 de marzo de 2015, "ni puede obviarse que si la entidad bancaria recurrente pretendía dar cumplimiento a la previsión establecida en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre (de que los bancos debían de ofrecer a quienes solicitaran préstamos hipotecarios a interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés) lo relevante sería que el negocio que se les propusiera fuera idóneo y acorde con la finalidad pretendida por el cliente, no pudiendo considerarse que los contratos de permuta financiera que en virtud de tal ofrecimiento se suscribieron respondan a esa finalidad, a la vista de su distinto desenvolvimiento respecto a los contratos de préstamo hipotecario". En efecto, el contrato de permuta financiera de tipos de interés que fue ofrecido a D. Alexis a iniciativa de la entidad bancaria demandada no sólo resultaba absolutamente inidóneo para alcanzar la finalidad realmente pretendida por aquél, sino que dicha falta de idoneidad también se apreciaba en relación con el propio perfil del cliente demandante.

Por un lado, no cabe duda de que lo que procuraba el actor era estabilizar el coste financiero de su contrato de préstamo hipotecario. En cambio, desde la perspectiva de la entidad bancaria, los swaps no dejan de constituir una operación comercial o financiera pactada con la esperanza de obtener beneficios basados en las variaciones de los precios o los cambios, independientemente de que el citado art. 19 de la Ley 36/2003 preceptuara ofrecer, y desde luego informar debidamente, a quienes solicitaran préstamos hipotecarios a interés variable algún instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Por lo tanto, el énfasis está en el riesgo del incremento y lo que se pretende es cubrir o proteger a los clientes de tal eventualidad, no arruinarles o perjudicarles en caso de descenso de los tipos de interés y menos en cuantías tan elevadas como la liquidaciones negativas devengadas en el presente caso, las cuales suman casi 33.500 euros sin incluir las cantidades pagadas en concepto de cancelación anticipada (10.779,28 euros), máxime cuando además el préstamo hipotecario tiene una acotación mínima o cláusula suelo a favor del banco.



Y por otro lado, tampoco se puede dudar de que el swap ofrecido por la entidad bancaria, en cuanto que producto financiero complejo, de riesgo y aleatorio, resultaba un producto inadecuado para el perfil que mostraba el actor, quien no era un inversor, sino un ferrallista trabajador a pie de obra, sin estudios y que, junto a sus socios familiares, simplemente había concertado un préstamo hipotecario para adquirir una nave industrial donde radicar la sede física de su empresa familiar de ferralla.

Además, la circunstancia de que el swap fuese ofrecido al actor firmante del mismo, según se alega para dar cumplimiento a lo prescrito en la Ley 36/2003 y con el fin de informar a aquél, como deudor hipotecario de un préstamo a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos disponibles de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la STJUE de 30 de mayo de 2013, pues puede entenderse probado que la entidad bancaria ofreció el swap sin que el producto fuese solicitado por el cliente directamente.

Al margen de lo anterior, la parte apelante también utiliza el presente motivo de recurso para alegar que el contrato de swap litigioso sólo puede ser correctamente analizado si este análisis se efectúa partiendo del momento temporal en el que se formalizó (febrero 2007), en el sentido de que se trataba de un escenario alcista de tipos de interés y de que el Euribor continuó con esta tendencia a la alza hasta noviembre de 2008. Pese a ello, consideramos que este razonamiento no resulta apto para poder justificar la adecuación del producto bancario contratado al perfil del actor demandante ni a la finalidad realmente pretendida por el mismo y consistente en quedar a salvo del riesgo que supondría una subida en los tipos de interés pactados para el préstamo hipotecario concertado. Evidentemente, el error que alega haber padecido el actor no viene dado por la creencia de que iba a continuar la tendencia alcista en los tipos de interés y en la ignorancia de que dicha tendencia pudiese quebrarse abruptamente por un brusco cambio hacia la baja, ya que, en cierto modo, la evolución de los tipos de interés no resulta previsible, al menos para una persona carente de conocimientos en finanzas y contratos bancarios. Por el contrario, el error que invoca el demandante firmante del swap radica en la circunstancia de que ignoraba y desconocía el producto que le ofreció la entidad bancaria demandada no sólo le protegía beneficiándole ante las subidas de los tipos de interés aplicables a su préstamo hipotecario, sino que también le podía perjudicar en el caso de que se materializase el riesgo consistente en que se produjese una bajada en los referidos tipos de interés.

OCTAVO.-Sobre las liquidaciones devengadas por el contrato de swap, la suscripción del préstamo personal solicitado para abonarlas y la cancelación anticipada y financiación facilitada.

En el motivo quinto de su escrito de recurso, la entidad apelante persiste en su afirmación de que el demandante firmante del swap conocía y comprendía el producto bancario que estaba adquiriendo y sabía perfectamente lo que estaba haciendo al contratarlo, ya que cobró la única liquidación positiva, abonó las negativas, solicitó financiación para pagar estas últimas a la misma entidad apelante y, finalmente, instó la cancelación anticipada únicamente en su interés y petición.

En orden a la resolución de la presente alegación, basta con remitirnos a lo ya manifestado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución judicial, sin perjuicio de que sintéticamente volvamos ahora a reiterar que comportamientos tales como el pago de las liquidaciones negativas, la solicitud de financiación para ello o la cancelación anticipada del swap, no pueden ser interpretados como actos que delaten que los actores tenían cabal conocimiento del producto contratado y que con ellos pretendiesen confirmarlo pese a haber padecido previamente un error, sino que simplemente demuestran que aquéllos procuraban 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.

NOVENO.-Sobre la normativa aplicable al contrato de swap litigioso. Breve referencia a la Directiva MiFID.

En el motivo sexto de su escrito de recurso, la parte apelante sostiene que la denominada normativa MiFID contenida en la Directiva 2004/39 y la reforma que ésta vino a introducir en la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores por obra de la Ley 47/2007, no resultan aplicables en el presente caso. En primer lugar, porque dicha regulación no estaba vigente en el momento de suscribirse el contrato de swap litigioso. Y en segundo lugar, por efecto de la excusión contemplada en el art. 79 LMV, toda vez que el contrato de permuta financiera de tipos de interés no es un producto de inversión, ni especulativo, sino bancario, al estar vinculado a otro de ese carácter.

En relación con estas cuestiones, hemos de admitir que la parte apelante tiene razón cuando afirma que la modificación normativa introducida en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007 en transposición de la llamada Directiva MiFID, no es de aplicación al contrato de swap objeto de este litigio. Pero también debemos advertir que, en cambio, carece de razón por lo que se refiere a los argumentos que utiliza para llegar a tal conclusión. Como es sobradamente conocido, y según la regla general contenida en la Disp. Trans. Segunda



CC, los contratos se rigen por la legislación que estuviese vigente en el momento de su celebración. Con arreglo a lo prescrito en la Disp. Final Sexta de la Ley 47/2007, las modificaciones normativas introducidas por esta norma en la Ley de Mercado de Valores no entraron en vigor hasta el 21 de diciembre de 2007, mientras que el contrato de permuta financiera ya había sido firmado previamente en fecha 9 de febrero de 2007 y, por lo tanto, antes de que adquiriese vigencia la citada reforma legal. En consecuencia, el swap que nos ocupa debe regirse por la redacción que la Ley de Mercado de Valores presentaba con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 47/2007.

Y ello es así por las razones ahora apuntadas y no, como sostiene la apelante, porque la normativa MiFID no fuese de aplicación al swap "debido al período de adaptación de seis meses de la Ley 47/2007 que no fue aplicable hasta el 21 de junio de 2008, y del RD 217/2008 que no fue aplicable hasta el 17 de agosto de 2008". Como ya tuvimos ocasión de aclarar en nuestra Sentencia de 15 de mayo de 2015, "Respecto a la legislación aplicable a las obligaciones de información del banco comercializador del producto contratado, aspecto clave para valorar la existencia o no de error en el consentimiento de la actora-apelada, las SSTS 7 julio 2014 y 26 febrero 2015, entre otras, dan respuesta a la cuestión planteada por el banco recurrente sobre la pretendida inaplicación al caso de la Ley 47/2007 que realizó la transposición al ordenamiento jurídico español de la denominada Directiva MiFID. Aunque la apelante sostiene que tal texto legal no era aplicable al contrato litigioso, suscrito el 10 de marzo de 2008, en virtud de lo ordenado en su Disposición Transitoria 1ª, el Tribunal Supremo ha establecido, en las citadas sentencias, que dicha disposición transitoria ordenó que las entidades que prestaran servicios de inversión adaptaran sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma, en contra de lo que se interpreta por el banco recurrente, ni tampoco en el RD 217/2008, que la desarrolló y entró en vigor el 17 de febrero de 2008, la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia".

Dado que la modificación operada en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007 no estaba vigente al tiempo de concertarse el swap litigioso y, por ello, no le resulta aplicable, debemos atender a la redacción que el art. 79 LMV presentaba con anterioridad a esta reforma, por lo que no tiene sentido cuestionarnos ahora si nos encontramos ante un producto de inversión o ante un mero producto bancario en orden a determinar si rige o no la excusión actualmente contemplada en este precepto, el cual restringe su aplicación a las entidades que presten servicios de inversión. Aun así, conviene recordar que en el Anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada, como productos financieros complejos, no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013.

Pues bien, en la redacción precedente de la Ley de Mercado de Valores, su art. 2.b) claramente incluía en su ámbito material de aplicación a los contratos de permuta financiera de tipos de interés. Consiguientemente, la versión de la Ley de Mercado de Valores previa a la Ley 47/2007 resulta aplicable al contrato de swap objeto del presente litigio, no sólo por razones de Derecho intertemporal, sino también porque este producto aparece incluido en el elenco de instrumentos financieros a los que materialmente se aplicaba esta normativa precedente.

La aplicación de la LMV en su redacción previa a la Ley 47/2007 implica, por ende, la aplicación de toda la normativa informativa que tal cuerpo legal exige a las entidades comercializadoras de contratos de permuta financiera de tipos de interés, la cual, además, es objeto de desarrollo en el RD 629/1993 (vigente hasta 17 de febrero de 2008). Esto significa que, aunque la normativa MiFID y las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007 en la legislación sobre mercado de valores no sean aplicables al contrato de swap que nos ocupa, la entidad bancaria comercializadora del mismo debe considerarse igualmente sujeta al cumplimiento de las obligaciones de información precontractual que tiene respecto a sus clientes.

DÉCIMO.- Sobre la existencia del error como vicio que anula el consentimiento contractual.

La parte apelante dedica un muy amplio motivo séptimo de recurso a intentar demostrar que la Sentencia de Instancia incurrió en una incorrecta aplicación de la interpretación jurisprudencial del error en el consentimiento como causa de anulabilidad de los contratos. Resumiendo muy sintéticamente los argumentos esgrimidos para fundamentar esta postura, la entidad recurrente considera que el error invocado por los demandantes no cumple el requisito de la esencialidad, porque, en su opinión, no llevó a cabo un servicio de asesoramiento, sino de mera comercialización del swap, y porque la Juzgadora a quo equiparó equivocadamente el defecto de información al error vicio, lo que es improcedente al tratarse de dos patologías diferentes en su contenido y alcance. Al mismo tiempo, la entidad bancaria apelante igualmente entiende que



el error alegado por los actores no puede ser calificado como excusable, pues, si aquéllos hubieran querido conocer las previsiones del Euribor no tenían más que haber accedido a dicha información a través de las numerosas fuentes públicas que la facilitan para, en función de la misma, tomar su decisión de inversión.

Antes de examinar la posible concurrencia del error como vicio del consentimiento determinante de la anulabilidad del contrato litigioso, es necesario realizar una serie de consideraciones previas sobre cuya base procede la resolución de este causal de apelación.

1. El error como vicio del consentimiento.

Cabe hablar de error vicio, cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - SSTS 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre , entre otras muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea.

Igualmente, para que quepa hablar del error como vicio del consentimiento es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias (STS de 29 de octubre de 2013).

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 les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, 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 (STS 29 de octubre de 2013).

2. Los requisitos del error.

La existencia del error está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos que le otorgan eficacia jurídica anulatoria, cuya finalidad no es otra que garantizar la estabilidad de los contratos (*pacta sunt servanda*), así como dar protección a la contraparte que confió de buena fe en la validez del contrato suscrito (principio de confianza). En definitiva, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - STS de 15 de febrero de 1977 -.

Dispone el art. 1266 CC que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ha de tratarse de un error esencial y excusable, de modo que cuando concurren tales requisitos puede realizarse una legítima transferencia del error de la persona que lo sufre a la otra parte contratante, provocando su anulabilidad y restitución ordenada de prestaciones.

3. El error sustancial o esencial.

El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" (SSTS 17 de julio de 2006 , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 y 6 de junio de 2013 en recurso 2039/2010 , entre otras).

También cabe enfocar tal requisito desde una perspectiva causal, en el sentido de que el error padecido fue determinante a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la STS de 29 de octubre de 2013 , proclama que el error debe "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".

Tampoco nos ha de ofrecer duda que, en principio, quien contrata soporta el riesgo de que se cumplan o no sus expectativas contractuales, o dicho de otra forma que sean acertadas o no las representaciones que se hizo sobre las circunstancias con respecto a las cuales decidió obligarse.

4. La excusabilidad del error: su imputabilidad y apreciación ponderada con el deber precontractual de información.

El otro requisito es el de la excusabilidad del error. Pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 CC , cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los arts. 7 y 1258 CC .



La inexcusabilidad del error habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso sometido a consideración judicial. En definitiva, la función de este requisito radica en impedir que el ordenamiento proteja a quien alega un error que le es imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser prioritariamente amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual efectuada. En este sentido, reiterada jurisprudencia exige que el error sea excusable; es decir, que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega; o dicho de otro modo, que no pueda ser superado mediante el comportamiento *civiliter* de emplear una diligencia media en atención a las circunstancias de la persona y lugar (SSTS de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 enero 2003 , 12 de noviembre de 2004 y más recientemente 4 de octubre de 2012 , entre otras).

Hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo, como son los swaps, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

En consecuencia, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico en general, frente a quien carece de tales conocimientos, ocupando una posición débil, que le hace merecedor a una indiscutible protección jurídica.

Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales tanto el Legislador comunitario como nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, le interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional.

En el contexto expuesto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció: Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte. Segunda, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento *civiliter* exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe (art. 1258 CC). Y tercera, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte. En este sentido, la STS de 4 de enero de 1982 , cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006 , señala que "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258 CC) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar", por eso la STS de 14 de febrero de 1994 exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta". Se alude a un deber de advertir que, en este caso, está tipificado por parte de la entidad bancaria en la legislación tuitiva del **consumidor** bancario. La STS de 26 de septiembre de 1996 aprecia el error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos". En otras ocasiones, también se reputó excusable el error, cuando quien lo padece no es un profesional experto (SSTS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995 entre otras), máxime dada la complejidad del contrato que nos ocupa.

Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (SSTS de 14 de junio de 1943 , 26 de octubre de 1981 , 23 de noviembre de 1989 , 14 de febrero de 1993 , 14 de febrero de 1994 , 18 de febrero de 1994 , 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998). La jurisprudencia admite, por ejemplo, en STS de 29 de octubre de 2013 , que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba. Incluso para la jurisprudencia deviene claro que el



incumplimiento de la falta de información precontractual influye directamente en la excusabilidad del error, tal y como se deduce de las SSTS 20 de enero de 2013 , 20 de enero de 2014 y 7 de julio de 2014 .

5. Los deberes de información de la demandada.

Como ya anticipamos previamente, aunque la normativa MiFID y las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007 en la legislación sobre mercado de valores no sean aplicables al contrato de swap que nos ocupa, la entidad bancaria comercializadora del mismo debe considerarse igualmente sujeta al cumplimiento de las obligaciones de información precontractual que tiene respecto a sus clientes. En orden a la identificación de estos deberes de información que corren a cargo de la demandada, son de relevancia los siguientes preceptos:

El art. 79 LMV en su redacción dada por la Ley 44/2002 (vigente hasta 20 de diciembre de 2007) establecía las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado (letra a) y de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (letra e). El art. 16 del RD 629/1993 , relativo a la información de la clientela, señalaba en su apartado 2 que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones". Y en su Anexo intitulado "Código general de conducta de los Mercados de Valores", integrado por sus arts. 1 a 7, se establecían determinados deberes que imponían a las entidades financieras, cuales son los de imparcialidad y buena fe (art. 1), de cuidado y diligencia (art. 2) y de recabar información de los clientes "para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando ésta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (art. 4). Esta información no es baladí y tiene como finalidad recomendar al cliente los servicios o instrumentos que más le convengan, como manifestación de la regla *know your costumer* . Especial importancia reviste lo normado por el art. 5 sobre obligaciones de información cuando literalmente afirma que "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos [...]".

6. La valoración del Tribunal sobre la cuestionada concurrencia del error y la conclusión sobre su existencia.

Del examen de la prueba practicada en este proceso, no extrapolable a otros casos, que cuenta con sus especiales particularidades, consideramos que la entidad demanda incumplió su deber precontractual de informar al actor firmante del swap provocando en éste un error esencial y excusable.

La iniciativa contractual para la firma del swap no partió de los actores, sino de la propia entidad bancaria demandada y, en este sentido, no cabe alegar la obligación de cumplir lo ordenado en el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica , para tratar de justificar la toma de dicha iniciativa, pues, como ya manifestamos precedentemente, la firma de un contrato de permuta financiera de tipos de interés no parece un instrumento idóneo ni adecuado para dar cobertura al eventual riesgo de incremento del tipo de interés pactado para el préstamo con garantía hipotecaria formalizado para la adquisición de la nave industrial en donde radicaría la sede física de la empresa familiar de los demandantes.

Resulta plenamente acreditado que el citado contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de la nave industrial y el contrato de permuta financiera de tipos de interés que le prestaba cobertura, fueron concertados y firmados en el mismo día (9 de febrero de 2007). A este respecto, debemos traer a colación la doctrina contenida en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicables a este supuesto, la cual declaró que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter contractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al cliente, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

Pudiera discutirse, como aduce la entidad recurrente, que el actor D. Alexis hubiese firmado el contrato de swap en la Notaria en la que, a su vez, se firmó el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la nave industrial y que no lo hizo en la oficina bancaria, como defienden los actores. Sin embargo, en el presente



caso, resulta indiscutible que no existe constancia de que la firma del swap hubiera sido intervenida por Notario alguno, lo que comporta la ausencia de las garantías en cuanto a la recta prestación del consentimiento contractual que resultan inherentes a la intervención de fedatario público.

Atendiendo a las declaraciones prestadas en el acto del juicio, debemos considerar igualmente probado que la entidad bancaria demandada no facilitó al actor firmante del swap una copia del contrato en el momento en que fue concertado y que sólo se le proporcionó una duplicado del mismo a partir de que se comenzaron a devengar liquidaciones negativas, siendo efectuada dicha entrega a petición de los propios demandantes.

El empleado de la entidad bancaria que se encargó de comercializar el swap tampoco entregó al actor firmante un folleto o instrucciones algunas con información explicativa sobre el producto adquirido. Tampoco consta que se efectuaran simulaciones o se planteasen escenarios sobre posibles bajadas de tipos de interés. Y no olvidemos que, por mor del principio de facilidad probatoria, la carga de la prueba le corresponde a la entidad demandada (art. 217.7 LEC), siendo obvio que no podemos exigir a los demandantes la carga de justificar un hecho negativo como la falta de información.

El producto contratado es un instrumento financiero, complejo, aleatorio, de riesgo, siendo ofrecido a un cliente cuyo perfil no era el más indicado y, en este sentido, debemos recordar que la entidad bancaria debe ponderar tales circunstancias a la hora de ofrecerlo a sus clientes. Como ya hemos explicado más ampliamente con anterioridad al tratar sobre el perfil del contratante, su condición de administrador de la Sociedad Limitada Ferrallas Narón no le convierte en un experto en productos financieros y bancarios. Se trata de una persona que durante largo tiempo trabajó como marinero y ferrallista a pie de obra sin que conste que haya cursado estudios, ni siquiera primarios. Los restantes productos bancarios mayoritariamente contratados por el actor firmante del swap, tales como créditos personales, préstamos hipotecarios, cuentas corrientes y de ahorro, seguros e imposiciones a plazo fijo, prueban igualmente que aquél muestra un perfil conservador y ahorrador sin tendencia a la asunción de riesgos desmesurados. Este perfil conservador se constata igualmente en los fondos de inversión mobiliaria concertados por el demandante, los cuales incluso se califican con adjetivos como "ahorro" o "conservador" y, además, todos ellos fueron contratados con posterioridad a la firma del contrato de permuta financiera, salvo el primero de esos fondos que fue concertado el mismo día en que se firmó no sólo el swap, sino también el préstamo hipotecario al que aquél proporcionaba cobertura. Todo ello confirma que, en el momento de contratar el swap, el actor firmante del mismo no poseía experiencia previa o conocimientos en finanzas o productos bancarios.

La evolución del *iter* contractual demostró el palpable desequilibrio entre las partes y su resultado ruinoso para la actora, pues, en un período de cinco años, desde enero de 2008 hasta enero de 2013, se benefició con 641,13 euros y se vio perjudicada en la cantidad de 33.455,4 euros, sin contar con las sumas pagadas en concepto de cancelación anticipada (10.779,28 euros), máxime cuando además el préstamo hipotecario al que pretendía proporcionar cobertura el swap tiene una acotación mínima o cláusula suelo a favor del banco.

No consideramos, por consiguiente, que la demandada haya cumplido con sus deberes impuestos por el RD 629/2003 cuando, en su art. 16 apartado 2 , señala que: "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones". Y, en su Anexo intitulado "Código general de conducta de los mercados de valores", en cuanto a sus deberes de imparcialidad y de buena fe (art. 1), y de cuidado y diligencia (art. 2). Tampoco la información facilitada fue clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva (art. 4).

No se cumplió, por parte de la apelante, con el canon de diligencia normativamente exigible que conforma un standard profesional agravado y que requiere la presentación a los clientes de aquellos productos más acordes con sus intereses.

Con la información suministrada al actor firmante del swap no le era posible comprender la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros ofrecidos, ni que, por lo tanto, dichos productos fueran los más apropiados a los objetivos, que le fueron aconsejados para su contratación.

Fue precisamente el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la demandada la que convierten, según la doctrina y la jurisprudencia antes reseñada, el error en excusable, pudiéndose concluir que la parte actora tenía viciada su voluntad contractual por tal causa (art. 1266 CC). No se podía esperar que se le estuviera ofertando un producto de tan elevado y asimétrico riesgo en las condiciones fijadas por la propia entidad bancaria ofertante.

Siendo obvio que el demandante firmante del swap sufrió un desconocimiento del contenido del contrato, no se hizo advertencia, por otra parte, de los elevados riesgos, en clara desproporción y asimetría en el intercambio



de intereses, que asumía el cliente, al que se le ofreció un producto desviado, o cuanto menos inapropiado, para la finalidad de protección que le indicó la demandada frente a los riesgos de incremento de los tipos de interés.

Todo ello determina que se dé por justificado el error esencial, en el sentido de determinante para la celebración del contrato impugnado, y excusable, lo que conduce a la íntegra desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la Sentencia de Instancia impugnada.

UNDÉCIMO.- Sobre las costas procesales.

Por todo lo anterior, el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado confirmando la Sentencia de Instancia en todos sus pronunciamientos, lo que determina la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398.1 y 394.1 LEC).

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

FALLAMOS

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Popular Español SA contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ferrol, de 1 de diciembre de 2014 , recaída en los autos de juicio ordinario 485/2014 sobre nulidad contractual, debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos la referida resolución judicial, con imposición de las costas generadas en esta alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal para la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.