

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035
Tfno.: 914933855
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0046953

Recurso de Apelación 819/2020 -3

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 345/2019

APELANTE: CAIXABANK, S.A.
PROCURADOR Dña. ELENA MEDINA CUADROS
BANCO SANTANDER, S.A.
PROCURADOR D. EDUARDO CODES FEIJOO

APELADO:
PROCURADOR D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

SENTENCIA NÚMERO: 72/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCIA
D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO
DÑA. MARÍA PILAR PALÁ CASTÁN

En Madrid, a once de febrero de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 345/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 819/2020, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada

representada por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín; de otra, como demandada y hoy apelada CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora Dña. Elena Medina Cuadros, y de otra, como demandada y hoy apelada BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo; sobre nulidad de los contratos de permuta financieros.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida,

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, en fecha dieciocho de junio de dos mil veinte, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “*Fallo: Que estimando la demanda formulada por representada por el procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN contra BANCO SANTANDER SA representado por el procurador D. EDUARDO CODES FEJOO y CAIXABANK SA representado por la procuradora D^a: ELENA MEDINA CUADROS debo declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés, restituyendo Banco Santander, La Caixa las liquidaciones abonadas por la actora conforme se establece en la tabla I de la demanda, incluyendo los que se hayan podido cargar con posterioridad , interés legal conforme a lo previsto en el artículo 1108 del Código Civil y 576 de la LEC, dejando sin efecto la exigibilidad de cualquier comisión por cancelación anticipada, todo ello con imposición de costas a los demandados.*”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandante, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.



TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día diez de febrero del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- (en adelante,)
interpuso demanda contra Banco Santander, SA y Caixabank, SA, siendo la acción principal ejercitada, y estimada en la instancia, la de anulabilidad por la concurrencia de error como vicio del consentimiento de dos contratos de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) celebrados, respectivamente, con los bancos demandados, ambos de fecha 15 de octubre de 2009.

Alegaba sustancialmente que la entidad

(hoy) fue constituida con el fin de llevar a cabo actividades docentes y de explotación de centros educativos, de acuerdo con el objeto social recogido en sus estatutos. En virtud del acuerdo de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de de 15 de mayo de 2009, la Cooperativa resultó adjudicataria del concurso para la enajenación de la Parcela Dotacional (construcción de un colegio) ubicada en el sector UDE “Oeste-Norte” del Plan General de .



Con el fin de acometer la construcción del colegio, el 1 de julio de 2009 la Cooperativa recibe una “oferta de aseguramiento de la financiación” de Banco Santander y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa, actualmente Caixabank). En ella se establecen las condiciones para la financiación, con estructura de “Project Finance”, para la construcción de un colegio concertado en Valdemoro. En el apartado “Covenants” (“Compromisos”, página 7), se establece en el punto 8: “*Suscribir con los Aseguradores [Banco Santander y La Caixa] un contrato de cobertura de tipo de interés por al menos un 75% del importe y plazo del Préstamo*”. De esta manera, los Bancos se arrogaban para sí la condición de proveedores del “contrato de cobertura de tipo de interés”.

suscribió y elevó a público el 15 de octubre de 2009 el contrato mercantil de crédito con garantía hipotecaria otorgado por Banco Santander y La Caixa. De acuerdo con las condiciones para otorgar la financiación impuestas por los Bancos, la Cooperativa suscribió el 15 de octubre de 2009 sendos Contratos Marco de Operaciones Financieras con Banco Santander y La Caixa, elevándolos a público el mismo día y uniéndolos a las escrituras los respectivos contratos de *swap*. Ambos *swaps* tenían un nominal máximo de 3.825.000 euros.

Alega la demandante que Banco Santander y La Caixa conocían –o debían conocer– la inexperiencia y desconocimiento del Colegio sobre derivados financieros, así como que su objetivo no era invertir en productos de riesgo, y mucho menos entrar en un mercado no regulado a través de derivados con la finalidad de especular con tipos de interés. Su objetivo era todo lo contrario: obtener una financiación para construir un colegio y equiparlo adecuadamente. Igualmente se afirma en la demanda que los Bancos no informaron de los riesgos que asumían los cooperativistas ni de las consecuencias de la evolución de los tipos de referencia. Nunca advirtieron al Colegio de que los productos podían generar al Colegio pérdidas millonarias. Más aún, de la información precontractual proporcionada al Colegio en la oferta de aseguramiento de la financiación sindicada y en el propio contrato de crédito hipotecario el Colegio nunca podía haber imaginado que la contratación de estos productos pudiera generarle semejante pérdida.



Se precisa en la demanda que las liquidaciones del *swap* giradas al Colegio han supuesto pagos para la actora que ascienden, a fecha de presentación de la demanda, a 1.949.315,03 euros.

La sentencia de instancia estimó esa acción principal. Declaró la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés, condenando a Banco Santander y a Caixabank a restituir a la demandante *«las liquidaciones abonadas conforme se establece en la tabla I de la demanda, incluyendo los que se hayan podido cargar con posterioridad, interés legal conforme a lo previsto en el artículo 1108 del Código Civil y 576 de la LEC, dejando sin efecto la exigibilidad de cualquier comisión por cancelación anticipada»*. Condenó a las demandadas al pago de las costas.

Dicha sentencia ha sido apelada por Banco Santander, SA y por Caixabank, SA.

Ambos recursos sobrepasan con creces la extensión que resulta del punto 10º de los Acuerdos de Unificación de Criterios de Magistrados de las Secciones Civiles y de la Sección Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2019. Esa extensión se fijó por remisión a lo acordado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, expresándose que se asumían los criterios y consecuencias establecidos en ese Acuerdo del Tribunal Supremo.

Recordemos que el referido Acuerdo del Tribunal Supremo dice: *«La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen»*.

Se recuerda a las partes la necesidad de ajustarse a la extensión de los escritos que se deja expuesta.



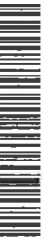
TERCERO.- Inexistencia de confirmación de los contratos.

1) El primer motivo del recurso de Banco Santander se titula «La sentencia rechaza incorrectamente la confirmación de los contratos».

En el desarrollo del motivo se mantiene que existió confirmación de los contratos (con extensión innecesariamente ampliada a lo dicho en la contestación a la demanda, cuando no son posibles alegaciones nuevas en segunda instancia: art. 456.1 L.E.Civil), señalando que en octubre de 2012 conocía el funcionamiento, riesgos y coste de cancelación de las coberturas y los pagos que tendría que hacer en los siguientes años, no obstante lo cual firmó escritura de novación el 10 de octubre de 2013, ratificando la vigencia de las coberturas y cumpliendo las obligaciones derivadas de las mismas durante casi seis años.

Planteamiento algo diferente del esgrimido en su contestación a la demanda, por lo que hemos de atenernos a este (artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En esa contestación se invoca la confirmación de los contratos porque ya de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 resulta que el órgano de administración de la Sociedad era plenamente conocedor de que la valoración negativa de las coberturas estaba teniendo un impacto en la situación de la Sociedad. Sin embargo -dice el banco-, la demandante, libre y voluntariamente, optó por no demandar al Banco, seguir pagando las liquidaciones negativas. Añade que *«Además, la situación financiera de le llevó a negociar la refinanciación de la deuda desde el año 2012, que se firmó casi tres años más tarde de la formulación de las cuentas anuales del 2010 (doc. nº 21 de la demanda). Durante el tiempo que duraron las negociaciones de la refinanciación se previó la existencia de las Coberturas (doc. nº 18 de la contestación), y sin embargo cuando se firmó la novación de las condiciones de financiación, se dejaron fuera las Coberturas, que se mantuvieron vigentes en las condiciones existentes.»*

Concluye por ello el banco que *«La válida confirmación que de conformidad con el art. 1.309 del CC extingue la acción de nulidad no puede ser más clara».*



2) Caixabank también alega en su recurso la confirmación de los contratos por la ratificación de las operaciones de cobertura que se habrían producido con las dos novaciones suscritas: el 4 de agosto de 2011 de la línea de crédito y el 10 de octubre de 2013 del contrato de financiación.

Decisión de la Sala. No se aceptan las alegaciones de los bancos apelantes, no existiendo actos confirmatorios de los contratos de conformidad con la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. A tenor del artículo 1311 del Código civil, *«Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo»*, sin que en el caso de autos exista ningún acto del que resulte la voluntad de renunciar a la acción de nulidad, no teniendo tal interpretación la firma de las novaciones alegadas. Estas solo suponen una forma de hacer frente a las obligaciones económicas asumidas, sin que de ese simple hecho pueda inferirse una voluntad de renuncia a la acción de nulidad.

Las sentencias del Tribunal Supremo STS de 19 de febrero de 2018 (nº 89/2018) y STS de 10 de abril de 2018 (nº 202/2018), entre otras muchas, descartan que en supuestos como el de autos exista confirmación del contrato:

«En la doctrina más reciente el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice: «Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado».

»Con anterioridad, la sentencia 503/2016, de 19 julio, declaró:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente



resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero .

»Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, 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 confirmatoria.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del 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 las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos».

CUARTO.- El recurso de Banco Santander se refiere en su segundo motivo a la inexistencia de error excusable, el tercero aduce de forma subsidiaria que se desestima incorrectamente la caducidad de la acción de anulabilidad; el cuarto trata de la acción subsidiaria de responsabilidad (por incumplimiento de «obligaciones legales y contractuales»).

El recurso de Caixabank trata en su primer motivo de la «Ausencia de valoración probatoria» (ya que el «Preliminar» debe considerarse sin contenido, al no ser, en rigor, ningún motivo), el segundo versa sobre los requisitos para que concurra error, el tercero sobre la confirmación del negocio y el cuarto sobre el retraso desleal. Examinaremos en primer lugar los motivos relativos al incumplimiento del deber de información, error y sus consecuencias, para después analizar las restantes alegaciones (caducidad y retraso desleal).

Sobre el deber de información y su incumplimiento por los bancos demandados. Incumplimiento de la obligación de realizar los test de conveniencia y de idoneidad.



I) La obligación de informar al cliente sobre la naturaleza y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* ha sido reconocida en una consolidada jurisprudencia, muestra de la cual son las siguientes declaraciones jurisprudenciales:

1) *«La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el art. 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el RD.Leg 4/2015), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene»* (STS de 14 de noviembre de 2016, núm. 670/2016).

2) *«La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que se impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados»* (STS de 30 de noviembre de 2016, núm. 715/2016).

3) *«Las entidades financieras deben asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos, y deben suministrar a los clientes clasificados como minoristas una información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. El test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, 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. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión»* (STS de 16 de noviembre de 2016, núm. 677/2016).

Y son insuficientes las estipulaciones contractuales para considerar cumplido por el banco su deber de información, según reiterada jurisprudencia, en contra de lo pretendido por los bancos demandados. La STS número 202/2018, de 10 de abril, recuerda:

«Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.





Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, razona:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias n.º 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

»En particular, considera que "no se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada", y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero ».

Y añade:

«[...] la sentencia 595/2016, de 5 de octubre, ya había puntualizado que «las menciones predisuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento».



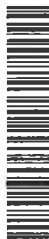
»En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.»

II) Alegaciones de las apelantes.

- Caixabank. Refiriéndose a que evaluó la «idoneidad» del producto para la actora aduce que realizó el test que aporta como documento 11 de su contestación. Este documento no se refiere a la idoneidad (art. 79 bis.6 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, entonces vigente), sino a la conveniencia (art. 79 bis.7 de esa Ley), como resulta del mismo (se llama el documento «Evaluación de la Conveniencia»). Luego no existe test de idoneidad, pese a existir asesoramiento de los bancos demandados, que impusieron la contratación del *swap* como requisito para acceder a la financiación que necesitaba.

En cuanto a ese documento 11, es más bien un ejemplo de lo que no debe ser un test de conveniencia, empezando por que no dice a qué producto se refiere (hemos de asumir que se refiere al *swap* suscrito con la actora, siendo de su misma fecha, 15 de octubre de 2009) y tampoco concluye que sea «conveniente» para el cliente en función de sus conocimientos y experiencia inversora en el ámbito a que pertenece la permuta financiera de tipos de interés, como establece el art. 79 bis.7 LMV; tampoco afirma que no sea conveniente, no dice nada al respecto.

A la vista del escaso contenido de ese documento, parece claro que, por lo declarado en él por [redacted], debió advertir el banco a esta que el producto, el *swap*, no era adecuado a su perfil: «Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá» (art. 79 bis.7 de la citada LMV). Pero no lo hizo, pese a la claridad que resulta de ese documento en cuanto a la carencia de conocimientos y experiencia financiera de



: marcó la casilla «*Entiendo algunos conceptos financieros básicos (acción, tipo de interés, tipo de cambio, inflación...)*»; y la casilla «*Nunca he trabajado en el sector financiero ni en departamentos financieros de empresas*»; y «*no tiene experiencia en otras entidades en la contratación de un producto similar al que desea contratar*». Ninguna duda cabía de que se trataba de un cliente minorista (art. 78 bis.4 LMV); por tanto, no se le presumía «*la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*» (art. 78 bis.2 LMV a contrario). Le correspondía, por ello, el mayor nivel de protección, estando los bancos demandados obligados a actuar con «*diligencia y transparencia en interés de sus clientes*» (art. 79 LMV); a informar al cliente «*adecuadamente*» (art. 79.1 LMV), suministrándole información de forma «*imparcial, clara y no engañosa*» (art. 79 bis.2 LMV); proporcionársela «*de manera comprensible*» para que el cliente pudiera «*comprender la naturaleza y los riesgos*» del producto que iba a contratar y, en consecuencia, «*tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa*» (art. 79 bis.3 LMV).

- En cuanto a Banco Santander, ni siquiera alega que realizase test de conveniencia ni test de idoneidad a la actora, no habiendo realizado ninguno de los dos, lo que de por sí supone que debe presumirse el error en la contratación, como viene declarando el Tribunal Supremo desde la STS de 20 de enero de 2014 (número 840/2013):

«La omisión del test que debía recoger esta valoración [evaluación de la conveniencia], 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 el mismo sentido, la STS de 17 de abril de 2018, número 222/2018, señala:

«Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 [...], sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de swap, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre las más



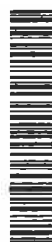
recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero, 10/2017, de 13 de enero, 131/2017, de 27 de febrero, 179/2017, de 13 de marzo, 243/2017, de 20 de abril, 244/2017, de 20 de abril, 425/2017, de 6 de julio, 591/2017, de 7 de noviembre, 641/2017, de 24 de noviembre, y 37/2018, de 24 de enero), la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable».

Conforme a lo expuesto, es ineficaz la simple mención en la orden de confirmación del *swap* suscrito con Banco Santander (documento 14 de la demanda) de que la operación *«se basa en el resultado positivo de la evaluación de la idoneidad realizada por el mismo [el banco] de forma implícita en la Propuesta de Inversión (Term Sheet) puesta a su disposición con anterioridad, donde se han valorado sus objetivos de inversión y, en su caso, sus conocimientos y experiencia y su situación financiera»*. Se reitera lo dicho sobre la insuficiencia de las estipulaciones contractuales para considerar cumplido por el banco su deber de información.

III) Ambos bancos demandados han pretendido excusar su responsabilidad con el argumento de que la actora fue asesorada por , y si esta no lo hizo correctamente, a ella debería reclamar. Argumento inacogible:

1) Por un lado, porque no consta que . haya asesorado en el aspecto financiero relacionado con los *swap*, ya que su representante legal declaró en juicio que no es experto financiero; resulta así que esa entidad habría asesorado en los aspectos educativos o de financiación, pero no específicamente en relación con los contratos de *swap*; los bancos aducen interesadamente que sí era asesor financiero, pero ninguna prueba hay de ello, ni del asesoramiento de facto ni de la preparación de a tal efecto.

2) En segundo lugar, es inacogible porque la obligación de informar recae sobre los bancos, no sobre terceros que no son parte en ninguno de los contratos de *swap*; ya se han mencionado las obligaciones de información que establece la ley, y



es jurisprudencia más que reiterada la que establece la obligación de la entidad financiera de informar completa y adecuadamente al inversor minorista. Es obligatorio legalmente poner el acento en las condiciones subjetivas acreditadas del cliente y en las obligaciones de información que recaen sobre el banco, sin invertir los términos para exigir que el cliente tenga que demostrar que *desconocía* el producto y los riesgos inherentes al mismo; y es contrario a la regulación legal pretender que era el cliente el que tenía que *asesorarse* convenientemente o hacer preguntas o pedir aclaraciones, cuando las obligaciones de información -se reitera- recaen sobre el propio banco. Como apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 (recurso número 1548/2011):

«... como se declaró en la STS de 7 de julio de 2014, rec. nº 1520/2012, lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), 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 le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad».

Los bancos demandados incumplieron esa obligación, sin que puedan pretender traspasar su responsabilidad a un tercero; si el tercero incumplió sus obligaciones según los términos que recoja el contrato suscrito con _____, el cliente “no asesorado” se la podrá exigir; pero no compete a un tercero (los bancos) inmiscuirse en contratos en los que no son parte, mucho menos para pretender eludir lo que eran las propias obligaciones y lo que constituye su propia responsabilidad.

Error. De la prueba practicada resulta que los bancos demandados no dieron a la contratante actora la información completa y detallada a que venían obligados sobre las características y riesgos de la permuta financiera de tipos de interés.

Es al banco a quien correspondía demostrar el suministro de información previo a la suscripción de los contratos (art. 217.3 de la L.E.Civil), luego la falta de prueba le perjudica e impide considerar que el cliente fuera informado de forma previa en los



términos legalmente exigidos. En este sentido, apunta la STS 14 diciembre 2020, número 673/2020:

«De acuerdo con la jurisprudencia de la sala, es a la entidad financiera demandada a quien corresponde la carga de la prueba sobre la información dispensada. Ello porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, en segundo lugar, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (sentencias 668/2015, de 4 de diciembre, 60/2016, de 12 de febrero, 690/2016, de 23 de noviembre, y 618/2019, de 19 de noviembre, entre otras muchas. »

Siguiendo a la STS de 10 de abril de 2018 (número 202/2018), *«la Sala Primera del Tribunal Supremo ya ha dictado un número muy considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión y, en concreto, en la contratación de swaps de tipos de interés por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión»*. Se declara en esa sentencia:

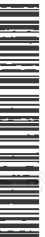
Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.

La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero, declara al respecto:

«[l]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.



»A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La misma sentencia 10/2017 declara sobre este punto:

«No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

Como consecuencia de la omisión de la información al cliente a que venían obligados los bancos demandados, la actora padeció error en su consentimiento al contratar, como resulta de lo expuesto. Dicho error ha de calificarse de esencial y excusable y, por ello, da lugar a la anulación del contrato, como acordó la juzgadora de instancia, conforme a los artículos 1.265, 1.266 y 1.300 del Código civil, con las consecuencias restitutorias que determina el artículo 1.303 del mismo Código. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en sentencias como las antes citadas y otras muchas, como las de 3 de febrero de 2016 (número 21/2016), 25/02/2016 (número 102/2016), 19/05/2016 (número 331/2016), 14/07/2016 (número 491/2016), 07/10/2016 (número 607/2016), 19/02/2018 (nº 89/2018) y 10/04/2018 (nº 202/2018).

Procede desestimar los motivos alegados por los bancos que afectan a la existencia del error y su calificación como esencial y excusable.



QUINTO.- El motivo tercero de Banco Santander alega que la excepción de **caducidad de la acción de anulabilidad** fue incorrectamente desestimada.

Según la más reciente jurisprudencia, para que comience el plazo de caducidad deben cumplirse dos requisitos: que el contrato esté consumado y que el contratante sea consciente del error en que incurrió (STS de 19 de febrero de 2018 -nº 89/2018- y STS de 10 de abril de 2018 -nº 202/2018-, entre otras muchas). Igualmente es jurisprudencia consolidada que *«En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual»*, como ratifica el Tribunal Supremo en sentencia 721/2018, de 19 de diciembre (STS de 25 de noviembre de 2020, número 637/2020).

Basta la lectura de este motivo para desestimarlos, pues no ataca la razón decisoria de la sentencia de instancia. A mayor abundamiento, no procedería rectificar el criterio de la juzgadora de instancia, ya que el contrato de permuta financiera tenía vencimiento el 15 de octubre de 2024, luego hasta este día no estaba consumado ni podía comenzar el plazo de caducidad de la acción de anulabilidad.

SEXTO.- Retraso desleal. Es alegado por Caixabank como motivo cuarto de su recurso. En la contestación a la demanda se limitó a mencionar la existencia de retraso desleal, pero añadiendo que el mismo se traduce en (i) la caducidad de la acción de anulabilidad y (ii) prescripción de las acciones relativas a lo que la demandante califica de incumplimiento. Con ello, más parecía dirigida esta alegación a hacer un resumen de lo que luego se iba a alegar, caducidad y prescripción, que una alegación de retraso desleal con sustantividad propia.

No obstante, la sentencia de instancia se refirió al retraso desleal, señalando que *«no basta que exista un retraso en reclamar sino que se exige un plus de abuso del*



derecho», que «en atención a las circunstancias y por algún medio el titular haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho no se va a ejercitar», siendo «preciso que haga algo más que una falta de reclamación», «circunstancia que no concurre en el caso de autos».

El motivo que examinamos se adentra en unas alegaciones bastante confusas y oscuras, además de alejadas de la aislada y simple mención del «retraso desleal» que se contenía en su contestación a la demanda, que -como se ha dicho- carecía de sustantividad propia, pues nada se alegó ni fundamentó al respecto más allá de la simple mención de esa figura. Lo que conduce a considerar tales alegaciones como novedosas en segunda instancia y, por ello, ineficaces (artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debiendo resaltarse la importancia de este precepto y la imperatividad de que el debate en segunda instancia coincida con el de la primera, sin extralimitaciones por alegaciones novedosas.

En todo caso, y a mayor abundamiento, esta Sala coincide con la valoración probatoria de la juzgadora de instancia al rechazar que exista retraso desleal y su apreciación de que no consta (ni se alega) ninguna actuación de la actora contraria a la buena fe que haya generado esa supuesta confianza en que el derecho a pedir la nulidad de los contratos no sería ejercitado ni consta tampoco que ese “ejercicio retrasado” comporte para el banco demandado -aquí, Caixabank, que es quien alega el retraso desleal- algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (STS de 24 de abril de 2019 -número 243/2019-).

SÉPTIMO.- Procede imponer a las partes apelantes, Banco Santander, SA y Caixabank, SA, las costas causadas por sus respectivos recursos (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación



FALLO

Desestimamos los recursos de apelación presentados por Banco Santander, SA y Caixabank, SA contra la sentencia dictada con fecha 18 de junio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, acordando:

1º. Confirmar dicha sentencia.

2º. Condenar a las apelantes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación 465 firmado electrónicamente por JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO, JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA , PILAR PALÁ CASTÁN