



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

**RECIBIDO**

Por Juan C. Fernández Rodríguez fecha 14:09 , 26/06/2018

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 LUGO

N10250  
PLAZA AVILÉS S/N

-

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

DB

**N.I.G.** 27016 41 1 2017 0000051

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000820 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CHANTADA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000056 /2017

Recurrente: JOSE MANUEL VIGO VARELA, MONICA LOPEZ DELGADO

Procurador: JUAN CARLOS FERNANDEZ RODRIGUEZ, JUAN CARLOS FERNANDEZ RODRIGUEZ

Abogado: JOSE LOPEZ FERNANDEZ, JOSE LOPEZ FERNANDEZ

Recurrido: ABANCA CORPORACION BANCARIAS.A.

Procurador: EUGENIO GOMEZ COUCEIRO

Abogado:

### S E N T E N C I A N° 258/2.018

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

Doña. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

En LUGO, a veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000056/2017**, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CHANTADA**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000820/2017**, en los que aparece como parte apelante, **D. JOSE MANUEL VIGO VARELA y Doña. MONICA LOPEZ DELGADO**, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN CARLOS FERNANDEZ RODRIGUEZ, asistidos por el Abogado D. JOSE LOPEZ FERNANDEZ, y como parte apelada, **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr./a. EUGENIO GOMEZ COUCEIRO, asistida por el Abogado D. PABLO ALBERT ALBERT, sobre acción de nulidad contractual, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./D<sup>a</sup> DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CHANTADA, se dictó sentencia con fecha 9 de Noviembre de 2017, en el procedimiento del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fernández Rodríguez, en nombre y representación de D. José Manuel Vigo Varela frente a la entidad demandada Abanca S.A. representada por el Procurador Sr. Gómez couceiro y, en consecuencia, absuelvo a la entidad Abanca S.A. de todos los pedimentos declarativos y de condena formulados contra ella. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales." , que ha sido recurrido por la parte JOSE MANUEL VIGO VARELA y MONICA LOPEZ DELGADO.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 20 de Junio de 2018 a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto contradigan lo que a continuación se expone.

**PRIMERO.-** Interpone recurso de apelación la parte actora frente a la sentencia que desestimó su demanda al considerar caducada la acción. Alega en el recurso infracción del artículo 1.301 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica en relación con la caducidad de la acción, e infracción por inaplicación de la jurisprudencia sobre error o dolo en la contratación del swap. Considera, por las razones que expone, que la acción no se encuentra caducada, por lo que procede analizar el fondo del asunto y estimar su demanda, declarando la nulidad del contrato. Solicita, en definitiva, la estimación de su recurso de apelación y consiguientemente de la demanda, con imposición de costas.

**SEGUNDO.-** La sentencia desestima la demanda al considerar caducada la acción.

Sin embargo consideramos que dicha caducidad no puede tener acogida a la luz de las recientes sentencias de nuestro más alto Tribunal.



La acción ejercitada en la demanda es la de anulabilidad por vicio (error o dolo) en el consentimiento, sometida por tanto al plazo de ejercicio de cuatro años que indica el artículo 1.301 del Código Civil.

Como ya adelantábamos, creemos, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, que la acción no se encontraba caducada al tiempo de ser interpuesta la demanda.

Así, la sentencia nº 89, del Tribunal Supremo, de Pleno, de 19 de febrero de 2018, la cual analiza, entre otras cuestiones, el dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato de swap, señala lo siguiente:

“Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato). 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, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada periodo de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

4.- La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación. En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto”.

Y en el mismo sentido la reciente STS nº 202, de 10 de abril de 2018.

A la luz de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta no cabe declarar caducada la acción, pues el contrato de cobertura sobre hipoteca 45566736 de 27 de abril de 2009 cuya anulación se insta (el cual sustituyó a uno anterior de 2007) tiene un plazo de vigencia del 1 de mayo de 2009 al 1 de abril de 2019, de modo que no se encuentra consumado, pues no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato, por lo que habiéndose presentado la demanda el 26 de enero de 2017 y teniendo el swap litigioso un plazo de vigencia hasta el 1 de abril de 2019, no puede considerarse caducada la acción a la luz de la doctrina de nuestro más alto Tribunal, al no encontrarse consumado el contrato.

Decir, por último, que si bien se aportó por la entidad bancaria con su escrito de contestación a la demanda un documento (nº 10) titulado “cancelación contrato cobertura sobre hipoteca”, sin embargo visionado el correspondiente CD de la audiencia previa advertimos que la parte actora impugnó expresamente tal documento, tanto en cuanto a su autenticidad



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

como en cuanto su contenido, aportando incluso un recibo bancario de "cancelación parcial" del contrato de cobertura.

Y consideramos que ante tal impugnación por los actores correspondía a la parte que presentó el citado documento nº 10 (entidad bancaria) despejar las dudas sobre el mismo, esto es, se trasladaba a dicha entidad la carga de la prueba de su realidad, autenticidad, negociación y efectiva suscripción por los demandantes, y ello de conformidad con la LEC y jurisprudencia, de modo que le correspondía a la entidad bancaria una explicación razonada de dicho documento nº 10 y la justificación de que efectivamente existió un acuerdo entre las partes por el cual el contrato litigioso habría sido objeto de total y definitiva cancelación, prueba que no se ha practicado.

Y tal falta de prueba y explicación de aquel documento nº 10 por la parte a quien ello correspondía (entidad demandada apelada ex-artículo 217 LEC), impide tener por plenamente acreditada la existencia de un acuerdo para la total y definitiva cancelación del contrato objeto de este procedimiento, de modo que a efectos de una posible caducidad de la acción y a falta de mayor prueba en justificación y explicación de aquel documento, que correspondía, repetimos, a la entidad bancaria, hemos de partir de la fecha establecida en el propio contrato como de su finalización, esto es, el 1 de abril de 2019, de modo que no puede entenderse caducada la acción a la luz de la doctrina de nuestro más alto Tribunal que hemos dejado expuesta.

**TERCERO.-** Al no estimarse caducada la acción habremos de analizar el fondo del asunto debatido.

La STS nº 30, de 22 de enero de 2018, señala que 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.

Indica dicha STS nº 30 lo siguiente:

"Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora. En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID «ya recogía la obligación de las entidades

financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía”.

Sigue diciendo la STS nº 30, de 22 de enero de 2018:

“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 suministrársela 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



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

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».

c) 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».

La sentencia 2/2017, de 10 de enero, reiteró al respecto que:

«En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos».

En la misma línea, 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».



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

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.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos.

Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017:

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de

enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto» (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

3.- 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 atenderemos, 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».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también se dijo que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple



el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 1310 , 1311 y 1313 CC.”

**CUARTO.-** La aplicación al caso presente de la expuesta doctrina jurisprudencial ha de llevarnos a estimar íntegramente la demanda planteada, declarando la nulidad del contrato de cobertura sobre hipoteca nº 45566736 de 27 de abril de 2009.

En la demanda se hace referencia, entre otros preceptos legales, al artículo 1.265 del Código Civil, que dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, haciendo también referencia al artículo 1.266, sobre el error invalidante del consentimiento, y al artículo 1.269, en relación con el dolo.

Y creemos, sin necesidad de analizar una posible concurrencia de dolo en la contratación, que procede acoger la demanda al apreciar, tras un análisis de la prueba, la concurrencia de error en el consentimiento que deriva de la incompleta información proporcionada por la entidad bancaria a la parte actora, motivo por el cual el consentimiento contractual que dio lugar a la suscripción del contrato cobertura sobre hipoteca no se formó correctamente, por estar viciada la voluntad de una de las partes, que no conocía el verdadero alcance del negocio jurídico celebrado. Tal incumplimiento de la obligación legal de informar de forma completa por parte de la entidad bancaria demandada generó un error (que consideramos excusable) en los actores apelantes acerca de la verdadera naturaleza de la operación suscrita, de entidad suficiente para invalidar el consentimiento contractual por concurrir los requisitos que para el error invalidante exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como indica nuestra más alto Tribunal, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada.

Por otro lado y como también señala el Tribunal Supremo, el deber de información en este tipo de contratos complejos en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, pues es necesaria una actividad de la entidad bancaria para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, de modo que la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente.

Decir también que es reiterada la jurisprudencia que mantiene que las cláusulas tipo que se incluyen en la orden de compra que constituyen una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, conocer su significado y trascendencia o haber recibido determinada documentación, carecen de valor por sí mismas y no eximen a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. No resulta conciliable con la jurisprudencia al respecto pretender que con fórmulas predeterminadas pueda entenderse acreditado el cumplimiento por la entidad bancaria de su obligación de informar debidamente al cliente.

Por tanto, la mera suscripción de un documento los Tribunales ya han valorado que resulta por sí insuficiente para determinar el conocimiento del producto por parte del cliente minorista. Así, se ha llegado al convencimiento de que en multitud de ocasiones la firma de prolija documentación se produce sobre la base de la confianza, no sobre el previo conocimiento exhaustivo del producto. Por lo tanto, incluso aunque en dichos documentos suscritos se hagan constar advertencias sobre el riesgo que supone su contratación, sin embargo esas fórmulas suelen venir predispuestas, por lo que se trata de un simple formulismo si no vienen acompañadas de datos que evidencien que se advierte al cliente de que existe un riesgo serio en la contratación, especialmente ante productos complejos como es el que ahora nos ocupa.

En consecuencia, no puede colegirse de la existencia de menciones reflejadas en el contrato y demás documentación referida por la entidad bancaria en su escrito de contestación a la demanda, que los actores conocieran los riesgos y características del producto que contrataban.

Por otro lado, y como indica la STS nº 354, de 2 de junio de 2017, "para la doctrina jurisprudencial tampoco el encadenamiento de contratos del mismo tipo excluye el error, puntualizando al respecto, por ejemplo, la sentencia 651/2015 (citada por las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre y la 149/2017, de 2 de marzo), que «el hecho de que la demandante hubiera concertado anteriormente otros contratos de swap ligados a operaciones de financiación necesarias para desarrollar su actividad no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato de swap»".



No consta tampoco que los actores apelantes tuvieran específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Al respecto la STS nº 27, de 4 de febrero de 2016, también en relación con un swap, señala que "Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable".

Por lo demás, la testifical practicada en la vista a cargo de Doña Teresa López, empleada de la entidad bancaria, no creemos que permita tener por acreditado que por la entidad apelante se hubiera suministrado a los actores una información suficiente, comprensible y adecuada sobre el producto, con una advertencia sobre los concretos riesgos que por su parte se asumían.

Además es reiterada la jurisprudencia que mantiene que la prueba del cumplimiento del deber de información, cuando se facilita de forma oral, no puede apoyarse con carácter principal en la manifestación del propio empleado o ex empleado de la entidad bancaria, cuya versión, en cuanto que obligado a facilitar la información al cliente y por tanto responsable de la omisión en caso de no haberla facilitado, no es prueba suficiente de la información verbal que se habría facilitado (art. 376 LEC), tal como expone la STS de 12 de enero de 2015.

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha indicado que 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.

En conclusión, la aplicación de la jurisprudencia relativa al error vicio nos lleva a considerar que en el contrato litigioso concurre un error esencial y excusable, pues los actores, respecto de los que no constan especiales conocimientos financieros, no dispusieron, consecuencia del incumplimiento de la entidad financiera de su deber de suministrarles información comprensible y adecuada sobre los riesgos asociados al producto contratado, de un exacto conocimiento de lo que contrataban, especialmente de los riesgos que conllevaba, esto es, incurrieron en un error que

ha de conllevar la nulidad del contrato. El error se aprecia en la medida en que no ha quedado probado que los actores apelantes recibieran una información clara y completa sobre los concretos riesgos del producto contratado.

Como indican las sentencias del Tribunal Supremo a las que nos hemos referido en el anterior fundamento de derecho, 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. 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, deber de información que no consideramos cumplido en el caso analizado.

Por lo tanto y conforme señala nuestro más alto Tribunal, corresponde a las entidades financieras el deber, activo y no de mera disponibilidad, de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada, con antelación suficiente a la firma (por tanto, sin que se pueda reputar suficiente a tal efecto la que resulte del contenido contractual) y más allá de lo obvio, sobre las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación, recayendo en dicha entidad financiera las consecuencias de su falta de acreditación en la medida en que 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.

Procede, pues, sin necesidad de analizar la concurrencia o no de dolo, la estimación del recurso de apelación y la estimación de la demanda, pues la Sala, tras una valoración probatoria acorde a los criterios de la sana crítica, llega a la convicción, de la concurrencia de error (esencial y excusable) que vició el consentimiento, al apreciarse un incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos del producto, lo que propició un error en la prestación del consentimiento, siendo estrictas y rigurosas las obligaciones que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes, de modo que resulta procedente declarar por ello, de conformidad con los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, la nulidad del contrato litigioso, debiendo las partes, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil, restituirse recíprocamente las cantidades satisfechas durante la vigencia del contrato, con los intereses legales desde cada fecha de cobro y/o abono, incluidos gastos y comisiones.



**QUINTO.-** No procede hacer especial imposición de las costas del recurso de apelación, al ser estimado (artículo 398.2 de la LEC). Respecto de las de primera instancia, las costas se imponen a la entidad demandada (artículo 394.1 LEC), al haber sido acogida la demanda.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### F A L L A M O S

SE **ESTIMA** el recurso de apelación planteado por el Procurador Don Juan Carlos Fernández Rodríguez, en nombre y representación de DOÑA MONICA LOPEZ DELGADO Y DON JOSE MANUEL VIGO VARELA.

Se revoca la sentencia de instancia, y se acuerda en su lugar estimar la demanda, declarando la nulidad del contrato de cobertura sobre hipoteca nº 45566736, de 27 de abril de 2009, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cantidades satisfechas durante la vigencia del contrato, con los intereses legales desde cada fecha de cobro y/o abono, incluidos gastos y comisiones, con condena en costas a la entidad demandada.

Y sin efectuar una expresa imposición de las costas de la alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J, si se hubiera constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.