



Roj: **SAP M 14139/2020 - ECLI: ES:APM:2020:14139**

Id Cendoj: **28079370112020100391**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **19/11/2020**

Nº de Recurso: **495/2019**

Nº de Resolución: **381/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0090635

Recurso de Apelación 495/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 43 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 557/2018

APELANTE: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ELENA MEDINA CUADROS

BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

APELADO: COLEGIO NOVA HISPALIS SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:

D. CESAREO DURO VENTURA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA TERESA SANTOS GUTIERREZ

En Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veinte.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 557/2018 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 43 de Madrid a instancia de **COLEGIO NOVA HISPALIS SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA**, como parte apelada, representada por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN contra **BANCO SANTANDER, S.A.**, como parte apelante representado por el Procurador Don EDUARDO CODES FEIJOO y **CAIXABANK, S.A.**, también como parte apelante, representada por la Procuradora



Doña ELENA MEDINA CUADROS; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 10/04/2019 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. CESÁREO DURO VENTURA.**

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 43 de Madrid se dictó *Sentencia* de fecha 10/04/2019, cuyo fallo es el tenor siguiente:<<Que estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de COLEGIO NOVA HISPALIS, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA contra las mercantiles BANCO DE DANTANDER, S.A. y CAIXABANK, S.A. y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos por la actora con Banco Santander y Caixa el 25 de junio de 2009, con todos los efectos inherentes a tal declaración, y condeno a Banco Santander a restituir a la actora la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CUERANTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NUEVE EUROS, (2.347.409 €), más los intereses legales que se hayan devengado desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera, y condeno a Caixabank a restituir a la actora la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CUERANTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NUEVE EUROS, (2.347.409 €), más los intereses legales que se hayan devengado desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera. Las costas del presente procedimiento se imponen a los demandados.>>

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpusieron sendos recursos de apelación por la parte demandada, que fueron admitidos a trámite, dándose traslado de los mismos a la parte contraria, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por la entidad Colegio Nova Hispalis, Sociedad Cooperativa Madrileña y declara la anulabilidad de la confirmación de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos con Banco Santander S.A. y Caixabank S.A. el 25 de junio de 2009, condenando a Banco Santander a restituir a la actora la cantidad de 2.347.409 euros con intereses desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera, y con condena a Caixabank a restituir a la actora la cantidad de 2.347.409 euros con intereses desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera, y con imposición de costas a las demandadas. La juez de instancia, tras rechazar la caducidad de la acción o la confirmación del contrato valora la prueba practicada y, tras cita de la jurisprudencia que estima de aplicación sobre el consentimiento, el error y el deber de información, concluye que las demandadas no habrían informado adecuadamente de las características del producto y sus riesgos sin que el perfil de quien firmó la operación por la actora permita considerar como inexcusable el error.

El recurso interpuesto por Banco Santander S.A. contra esta resolución se funda, sea ello expuesto resumidamente a los solos fines de abordar sus motivos, en la alegación de retraso desleal en el ejercicio de la acción al haberse estado ejecutando las permutas durante seis años y presentarse la demanda casi tres años después de su voluntaria cancelación, generando en el Banco la legítima confianza de que la actora entendía que había sido debidamente informada, lo que no habría sido tenido en cuenta por la sentencia al atribuir la carga de la prueba de la entrega de la información precontractual a la demandada cuando no tenía la obligación de conservar esa documentación dada la confianza del Banco por la actitud de la actora durante tanto tiempo; en segundo lugar se alega el rechazo incorrecto de la confirmación de los contratos, no siendo aplicables las sentencias invocadas por la juez toda vez que al menos desde el año 2013 y en 2014 la actora conoció los efectos económicos de las permuta y lejos de pedir la nulidad siguió cumpliéndola hasta su cancelación en el año 2015; en tercer lugar se alega que se habría valorado con error la prueba practicada con infracción de los artículos 1261 y ss del CC e infracción de la doctrina jurisprudencial, en relación con el error vicio en contratos de cobertura de tipos de interés así como respecto de la valoración de los conocimientos financieros de quien llevó a cabo la contratación, asesorado por la entidad Alfedel que cobró más de un millón de euros por su asesoramiento, con experiencia en otras operaciones idénticas a la que nos ocupa, ratificando los órganos de la cooperativa la contratación de las permutas expresamente, todo lo cual determina que no hubiera error en la contratación o que el mismo fuera inexcusable; en cuarto lugar de forma subsidiaria se alega que la sentencia desestima incorrectamente la caducidad de la acción; por último se argumenta sobre la desestimación de las acciones subsidiarias ejercitadas para el caso de que se desestimara la acción de anulabilidad.



La codemandada Caixabank S.A. recurre asimismo la sentencia con las siguientes alegaciones o motivos que extractamos ahora para su examen; en primer lugar alega la falta de jurisdicción y consiguiente nulidad de la sentencia dada la cláusula de sumisión a **arbitraje** establecida, no siendo de aplicación contra el criterio de instancia la STS 409/2017 toda vez que aquí la cláusula no estaba limitada; en segundo lugar se alega la errónea valoración de la prueba, sin valoración de la conducta de la cooperativa perfecta concedora del coste de la operación sobre el caso base en cuya virtud se realizó la contratación, estando asesorada la actora por la entidad Alfedel S.L., haciendo la parte pormenorizada referencia a la prueba practicada en el acto del juicio oral y documental aportada que justificaría una solución distinta a la acogida en la instancia carente de motivación suficiente respecto de las específicas cuestiones planteadas, habiendo confirmación tacita del contrato; en tercer lugar se argumenta sobre la inexistencia de los requisitos para entender concurrente el error que en todo caso sería inexcusable; en cuarto lugar se alega la convalidación del contrato según los parámetros de la STS de 19 de febrero de 2019 (109/2019); en quinto lugar se argumenta sobre la transacción y renuncia de acciones, cuestiones que la sentencia rechaza sin exponer el criterio seguido y sobre las que la apelante razona en relación con este supuesto para pedir por todo ello la integra estimación del recurso y declaración de nulidad de la sentencia o subsidiaria revocación de la misma.

La actora, en un mismo escrito, se opone a los recursos rechazando detalladamente sus argumentos e interesando la integra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.-Por una cuestión de sistemática la Sala ha de abordar en primer lugar la alegación hecha por Caixabank S.A. en petición de nulidad de la sentencia por falta de competencia del juzgado de instancia en atención a la cláusula de sometimiento a **arbitraje** contenida en el CMOF y anexo.

La juez de instancia resolvió esta cuestión al desestimar la declinatoria interpuesta por auto de 26 de octubre de 2018 (folios 1.170 y ss tomo II), confirmado por otro de 27 de noviembre de 2018 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la parte (folios 1731 y ss tomo III) fundamentalmente con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, argumento que rechaza ahora la recurrente Caixabank S.A. al mantener la excepción; en el criterio de la parte recurrente aquella sentencia del Alto Tribunal no comparte similitud con la cláusula que aquí nos ocupa toda vez que en aquel supuesto la cláusula arbitral se refería a la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF, limitación esencial en el criterio de la decisión del Tribunal Supremo que aquí no concurre, siendo así que en la estipulación primera del CMOF se establece que "las operaciones financieras que se convengan a su amparo mediante el correspondiente documento de confirmación se entenderán integradas en el objeto del presente contrato marco...", de modo que "el presente contrato marco y las operaciones se integran en una relación comercial única entre las partes, regida por el Contrato Marco...", y la estipulación 17ª del anexo 1 del propio CMOF dispone como cláusula compromisoria que " para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato las partes se someten al **arbitraje** de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el **Arbitraje**, a quien se le encomienda la designación del árbitro o árbitros y administración del **arbitraje**", cláusula por tanto omnicomprendiva que no limita las cuestiones sometidas a **arbitraje**, como habrían entendido las sentencias de Audiencias Provinciales que invoca en el recurso.

La Sala no comparte el criterio de la recurrente, ni desde luego la aseveración de que la cláusula que aquí examinamos y que antes hemos extractado sea "incompatible con la sentencia del Tribunal Supremo" antes referida.

Dicha STS sección 1ª del 27 de junio de 2017 centraba los términos del debate sobre esta cuestión desde la perspectiva de los principios generales aplicables:

*"La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de **Arbitraje** en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa.*

2.- Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada "tesis fuerte" del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.



La segunda sería la llamada "tesis débil", según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje** ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

3.- Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje**."

Y en aquel supuesto, al igual que en este, la entidad bancaria alegaba el carácter omnicomprendivo de la cláusula compromisaria:

".....Los argumentos que se expresan en el desarrollo del motivo son, fundamentalmente, que la interpretación de la cláusula de sumisión a **arbitraje** es errónea cuando afirma que entre las materias sometidas a **arbitraje** no estaba incluida la validez del contrato, puesto que se trata de una cláusula contenida en el CMOF, y la validez del CMOF no ha sido impugnada por Agrumexport. Los contratos cuya nulidad ha solicitado esta sociedad han sido los de swap y put, y se trata de contratos concertados en ejecución del CMOF, siendo la ejecución de este contrato una de las cuestiones sometidas a **arbitraje**."

Asimismo, se afirma que el convenio arbitral es omnicomprendivo de cualquier controversia, puesto que el CMOF contiene una cláusula de sumisión jurisdiccional que se prevé para el caso de que no se estipule convenio arbitral, por lo que este comprendía todas las controversias relativas a la relación negocial."

En el supuesto que ahora nos ocupa la cláusula se refiere a "cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato", en tanto en aquel examinado por el Tribunal Supremo la cláusula expresaba el sometimiento al **arbitraje** con la siguiente redacción "Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante **Arbitraje** de Equidad".

Al efecto razona el Tribunal Supremo:

".....5.- La trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El art. 9.2 de la Ley de **Arbitraje** prevé que "si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato". Por tal razón es correcta la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la regla de interpretación contra proferentem contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puesto que el convenio arbitral objeto de este litigio está contenido en un contrato de adhesión, predispuesto por Banco Popular. La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación contra proferentem, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la dispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa. Y en todo caso, dicha regla de interpretación de los contratos, contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no exige para su aplicación que la cláusula cuya interpretación se cuestiona haya sido introducida en el contrato en beneficio exclusivo del predisponente. 6.- A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea "explícita, clara, terminante e inequívoca" su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por **arbitraje**, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad "explícita, clara, terminante e inequívoca" del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a **arbitraje**. Por eso, la interpretación "elástica" del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del **arbitraje** (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del **arbitraje**, que es la voluntad "explícita, clara, terminante e inequívoca" de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción. 7.- El convenio arbitral contenido en el CMOF suscrito por las partes era del siguiente tenor: "Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante **Arbitraje** de Equidad". 8.- El argumento de la recurrente de que es aplicable el convenio arbitral a los litigios en los que se ejercite una acción de nulidad de los contratos de swap y put, pese a que en el texto de la cláusula arbitral solo se haga referencia expresa a la "interpretación, cumplimiento y ejecución" del contrato marco, porque la acción ejercitada no pretende la anulación del CMOF sino de los contratos de swap y put, no es admisible. Este razonamiento lleva



justamente a la conclusión contraria a la pretendida en el recurso, esto es, a la inaplicación de la cláusula arbitral a litigios sobre contratos distintos de aquel en el que se ha insertado la cláusula arbitral, que es el CMOF. No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF, como sostiene el recurrente, y que la impugnación de su validez quede comprendida por tal razón en las cuestiones arbitrables previstas en la cláusula compromisoria. No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes "confirmaciones", que tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución de este. Buena prueba de ello es que en numerosos litigios en los que se solicitaba la anulación, por vicio del consentimiento, tanto del contrato de swap como del CMOF, esta sala ha declarado la nulidad del swap pero ha denegado la nulidad del CMOF, por considerar que se trata de contratos diferenciados y con entidad propia, razón por la cual el vicio del consentimiento que afecta al swap no tiene por qué significar la anulación del CMOF al que está ligado."

De modo que no es lo relevante solo el hecho de que la redacción dada al CMOF en este caso intente ser omnicomprendiva, pues también lo era en el supuesto examinado por el Tribunal Supremo aun cuando tras la expresión genérica a toda controversia o conflicto que se derive del Contrato Marco se añadiesen las referencias a la interpretación, cumplimiento y ejecución, sino que lo esencial es que la cláusula arbitral se incluye en ese CMOF (anexo) y no en la confirmación del producto finalmente contratado y que nos ocupa al pedirse su anulación, los swap, inclusión a la que es perfectamente aplicable en el criterio del Tribunal lo expresado en la sentencia del Tribunal Supremo sobre la inclusión del convenio arbitral en un contrato de adhesión, su interpretación e insuficiencia para extenderse más allá del Contrato Marco en que se inserta.

Así lo expresa la sentencia que extractamos en términos que se nos antojan claros:

*"..... La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a **arbitraje** en el convenio arbitral contenido en dicha condición general.*

*.....La cuestión a decidir no es, por tanto, si Banco Popular, cuando dispuso la cláusula, tuvo la intención de que las acciones de nulidad de los contratos de swap o put concertados mediante confirmaciones del CMOF se sometieran **arbitraje**. Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a **arbitraje** y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a **arbitraje** cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco."*

Y ello no considera la sala que haya de cambiar su sentido por el hecho de que se suprimiese la referencia a la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF, pues lo esencial es que la anulación por error del contrato swap no es cuestión que deriva del contrato marco y hace quebrar la aceptación clara e inequívoca del convenio arbitral.

Debe por ello, aceptando la Sala las razones de la sentencia de instancia, rechazarse este primer motivo del recurso.

TERCERO.-Aun cuando la alegación de caducidad de la acción se esgrime por la representación de Banco Santander S.A de modo subsidiario al resto de motivos que expresa en su recurso con antelación a este la Sala examinará primero esta cuestión por la incidencia que la misma supone en la acción ejercitada.

En este motivo la recurrente reconoce la evolución de la jurisprudencia desde la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 12 de enero de 2015 para llegar a la conclusión de que el inicio del cómputo no puede ser anterior al momento de la consumación o extinción del contrato, pero a continuación intenta argumentar que en este caso se habría acreditado el conocimiento por la actora del funcionamiento del producto por sus cuentas anuales y los documentos elaborados en seguimiento del coste financiero de modo que pudo salir del error en que hubiera incurrido mucho antes del año 2015 en que se consumó el contrato.

El argumento reconoce la evolución de la jurisprudencia del Alto Tribunal y al mismo tiempo la desconoce pretendiendo la aplicación al supuesto del contenido de la sentencia de 12 de enero de 2015 y argumentando sobre los hechos que a su juicio revelan el conocimiento del producto y se oponen a todo error.

Como bien señala la sentencia de instancia la STS, sección 1ª Pleno del 19 de febrero de 2018 establece:



"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 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 período 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."

Doctrina reiterada luego sin fisuras, así la reciente STS sección 1ª del 23 de octubre de 2020:

"Según traíamos a colación en la STS 271/2020, de 9 de junio, en la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero, reiterada en las posteriores de 202/2018, de 10 de abril; 386/2018, de 21 de junio; 579/2018; 580/2018; 582/2018, todas ellas de 17 de octubre; 587/2018, de 22 de octubre; 602/2018, de 31 de octubre; 3/2019, de 8 de enero, y 369/2019, de 27 de junio, entre otras, ha explicitado la sala las razones por las que debe declararse que, en contratos como el litigioso, la consumación de los contratos swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, esto es, de la extinción del contrato.

Esta es la doctrina que se mantiene en supuestos de nulidad de contratos de permuta financiera (swaps) por error vicio."

Por lo que ha de rechazarse este motivo del recurso.

CUARTO.-La codemandada Banco Santander invoca también como motivo de recurso el retraso desleal en que habría incurrido la actora al presentar la demanda.

Motivo que no puede ser acogido al no haberse alegado en la instancia y no contener pronunciamiento alguno la sentencia sobre esta alegación, como asimismo por no apreciarse el retraso desleal conforme a los criterios pautados en la sentencia del Tribunal Supremo 243/2019, de 24 de abril, cuando declara: "La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo)."



La queja relativa a la supuesta falta de documentación precontractual por el tiempo transcurrido desde la formalización del contrato y la confianza de que no se produciría ya reclamación alguna no es sino una mera alegación que no puede perjudicar al contratante que mantiene no haber sido debidamente informado y que habría ejercitado la acción dentro del plazo legal para ello, no siendo creíble la alegación de que se informó precontractualmente pero no se conserva la documentación por la confianza generada en la operación y su validez dada la cuantía de la operación y la muy abundante documentación aportada.

El motivo debe ser rechazado.

QUINTO.-Con carácter previo al examen de los motivos relativos a la confirmación del contrato ha de examinarse el motivo que ambas partes invocan sobre el error en la valoración de la prueba respecto de la propia existencia del error invocado sobre el producto contratado que fundaría la pretensión de anulación por defecto en el consentimiento prestado por la actora, cuestión esta que ha de anticiparse al examen de la posible confirmación del contrato que devendría innecesaria de darse la razón a las recurrentes sobre la inexistencia de error alguno en la actora.

El marco de referencia respecto del deber de información de productos como el swap que aquí nos ocupa ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por nuestro Tribunal Supremo y asimismo por las Audiencias Provinciales.

Para resumir la cuestión es útil referir la STS, sección 1ª del 19 de noviembre de 2019 que viene a contemplar el alcance del deber de información en este tipo de productos en los siguientes términos:

"Deber de información.

Como hemos declarado en la reciente STS 542/2019, de 16 de octubre, la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, como resultaba de la normativa pre-MiFID (art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo).

En este sentido, la STS 32/2016, de 4 de febrero, precisa que: "[...] siendo 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". De igual forma, se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre.

En las SSTS 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras, se precisa cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los swaps, cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

"Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

"Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.



"El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

3.4.- Excusabilidad del error.

El requisito cuestionado de la excusabilidad del error, pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 del 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 del CC. Habrá de ser apreciado a través de la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso sometido a conocimiento judicial. Su función radica en impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien alega un error, que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser, en tales casos, amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual emitida.

La excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna, para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica a los efectos de obtener un real y equitativo equilibrio contractual.

Ahora bien, como destacábamos en la STS 542/2019, de 16 de octubre, en la apreciación de tal requisito, alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, posibilitando de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

Es precisamente en situaciones de asimetría convencional, sobre el conocimiento de la naturaleza y características de un producto financiero complejo, aleatorio y de riesgo, como es el swap concertado, cuando, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, pretenden que los adquirentes alcancen especial conocimiento de las obligaciones que asumen.

....No es de extrañar, entonces, que la STS de 29 de octubre de 2013, admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, derivado de que "el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran [...] los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". De igual forma, las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014, 458/2014, de 8 de septiembre, 60/2016, de 12 de febrero y 542/2019, de 16 de octubre entre otras.

En este sentido, señala la STS 6/2019, de 10 de enero, que:

"Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 559/2015, de 27 de octubre)".

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, declaramos:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

.....Se ha declarado, por esta Sala, que la carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera. Ello por sendas razones, primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, segunda, 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 (SSTS 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, entre otras muchas). En este caso, no consta, de la lectura de las sentencias de ambas instancias, que tal



información, sobre las características y riesgos del contrato de swap suscrito, se hubiera llevado a efecto, más allá de los términos del contrato, lo que no es suficiente.

Por otra parte, se ha declarado por este tribunal, que el deber de información constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios, en este caso a los funcionarios municipales, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015; 676/2015, de 30 de noviembre; 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre.

Por lo que respecta al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, en contra de lo sostenido por la resolución de la Audiencia, dijimos en la STS 195/2016, de 29 de marzo, que 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 su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre).

La formación necesaria del contratante, para conocer la naturaleza, características y riesgos de los swaps, es la propia del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos complejos (SSTS, 549/2015, de 22 de octubre; 676/2015, de 30 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre o 378/2019, de 1 de julio),..."

En el caso que nos ocupa ha de señalarse que ambas recurrentes insisten en la consideración de que no se estaría en presencia de error alguno en la contratación, y que en todo caso el error sería inexcusable, haciendo fundamentalmente referencia al asesoramiento de Alfedel y no de los Bancos, empresa con amplia experiencia en operaciones semejantes y que conocía perfectamente el funcionamiento de las permutas como resulta de lo expuesto en la sentencia de la sección 14ª de esta Audiencia de 1 de marzo de 2017, presentando un plan de negocio, aprobándose la operación con las permutas por la Asamblea y Consejo Rector de la actora, y acreditando los hechos posteriores la inexistencia del error, haciendo los recurrentes pormenorizada referencia al resultado de las pruebas testificales del representante de Alfedel, Sr. Hilario , y de su Director financiero, Sr. Imanol .

SEXTO.-Como quiera que se han examinado contratos semejantes al que nos ocupa en supuestos en que se habrían ejercitado acciones de anulación, y así se ha alegado, podemos reseñar algunas de las resoluciones dictadas al efecto en supuestos con una cierta relación, que es puesta de manifiesta por las partes.

La SAP, Madrid sección 14ª del 01 de marzo de 2017 a que se refiere la entidad Banco Santander en su recurso examina un asunto en el que en el suplico de la demanda, como acción principal la entidad cooperativa Hélade interesó que se declarase:

"Que Banco Santander ha incumplido el "mandato" de la Cooperativa de fecha 2 de noviembre de 2007 al haber ofrecido un producto que no era de cobertura, y por ello, se condene a Banco de Santander al resarcimiento de los daños y perjuicios, que se concretan en la restitución a la demandante de 4.142.364,55 euros, asumiendo Banco Santander las liquidaciones futuras que pudiera devengar el Swap a pagar por el Colegio hasta su vencimiento."

Con un supuesto de hecho en el que:

" La Cooperativa demandante, que pretendía construir un Colegio en la localidad madrileña de Boadilla del Monte, contrató en el mes de agosto de 2006, por el precio de 1.378.920 euros, los servicios de una entidad experta en la promoción de colegios concertados, ALFEDEL S.L., encargándose la misma, entre otros cometidos, del desarrollo de los recursos económicos y el seguimiento de la gestión docente y económica (ver documento 3 y 4 de la contestación, folios 1026 a 1032).

.....y negoció con Banco de Santander la obtención de la financiación necesaria para llevar a cabo el proyecto, que es el aspecto que nos interesa en este momento."

La ratio decidendi de la sentencia de la Sala, habiendo desestimado el juzgado íntegramente la reclamación sin abordar el déficit de información al no alegarse error en el consentimiento, resulta de los siguientes fundamentos:



"Al margen de los posibles contactos que ALFEDEL hubiera tenido con otras entidades de crédito, lo que a nosotros nos interesa conocer es que durante el año 2007 se dirigen al Banco de Santander, presentando un detallado plan de negocio incluyendo previsiones de ingresos y gastos, con un coste de financiación fijo y con proyección de resultados a 10 años, con lo que querían convencer de la viabilidad técnica y económica del proyecto (ver documento nº 12 de la contestación). Dentro de las posibles financiaciones, Alfedel solicitó como modalidad la del "project finance" o financiación de proyectos cuyo fundamento es la capacidad del proyecto para generar flujos de caja positivos, siendo este elemento y no el valor de los activos que los patrocinadores están dispuestos a poner como garantía, lo que daba seguridad y firmeza al proyecto. Obviamente la hipoteca constituida sobre una concesión de 50 años para explotar un colegio concertado no era una garantía adecuada para responder de un préstamo tan alto.

Como puede verse en el documento 18 de la contestación a la demanda, fue Alfedel quien presentó ante la Cooperativa la propuesta del Banco de Santander para obtener la financiación, en concreto en la Asamblea General de la Cooperativa de fecha 10 de diciembre de 2007, en el que se aprobaron los puntos esenciales de la propuesta de financiación, entre los que se incluía el contrato de cobertura de tipos de interés por al menos un 75% del importe y plazo del préstamo (ver folios 1236 a 1238).

Dentro de esta estructura suscribir un producto de cobertura de tipos de interés resulta esencial para evitar que un aumento desmesurado de los costes de la financiación del préstamo puedan quebrar el proyecto, y así se recogió en la oferta que finalmente fue aceptada y se hizo constar en la escritura de préstamo hipotecario mediante la cual se concedieron 22.85 millones de euros a la Cooperativa..."

Estimando únicamente la Sala en ese supuesto un incumplimiento contractual de la entidad bancaria por no aplicar el valor del mercado a la hora de la contratación del swap, con parcial estimación por ello de la reclamación.

En esta sentencia no se argumenta sobre el perfil de Alfedel.

Por otra parte la sentencia de esta sección que ahora resuelve del 26 de septiembre de 2018 resolvió un supuesto que se resume así en la propia resolución:

"Mediante la demanda origen del presente procedimiento la actora, Colegio Vegasur Sociedad Cooperativa Madrileña, ejercita una acción de reclamación de cantidad como indemnización de daños y perjuicios contra la entidad Bankia S.A.; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual la actora como cooperativa de docentes obtuvo la concesión de unas parcelas del Ayuntamiento de San Martín de la Vega para la construcción de un colegio, confiando la financiación a Caja de Madrid a la que otorgó un mandato el 27 de octubre de 2010 para dirigir y estructurar la operación, siendo una de las condiciones de la oferta de la demandada la suscripción de un contrato de cobertura de tipos de interés al menos por el 75% del importe y plazo del crédito, firmándose el contrato marco, el crédito y la confirmación del swap el 30 de diciembre de 2011."

En dicho asunto en el que también se está ante una Cooperativa que financia un colegio, actuando a través de la entidad Alfedel, la demandada se opuso a la demanda señalando:

"...no haber asesorado a la actora ni incumplido obligación alguna, habiendo contratado la permuta de forma libre y consciente, siendo así que la cooperativa estaba promovida por la sociedad Alfedel que habría promovido un total de veinte colegios gestionando la financiación para ellos, en algún caso con Bankia; se incide en el otorgamiento de un préstamo por importe de más de nueve millones de euros en una negociación que duró meses y en la que la actora tomó la decisión que creyó oportuna, siendo la cobertura de tipos de interés mecanismo para mitigar los riesgos de una eventual subida de los tipos, con adecuada información precontractual, realizándose el test de conveniencia y calificándose a la actora como cliente minorista, siendo adecuado el producto dada la inestabilidad de los tipos de interés en ese momento, solicitando la íntegra desestimación de la demanda."

Oposición que claramente es semejante a la aquí esgrimida.

El recurso que interpuso la demandada contra esta resolución se fundó, en el error en la valoración de la prueba con expresa referencia a los documentos aportados que justificarían la adecuada información del producto y sus riesgos, con cumplimiento de la normativa MIFID y sin tener en cuenta el perfil de D. Hilario como gestor de la cooperativa y buen conocedor del producto, siendo suficiente la información sobre el swap y sus efectos sobre la cancelación anticipada, no habiendo asesoramiento y siendo imposible prever la fluctuación de los tipos de interés variable.

Y la Sala resolvió lo siguiente, desestimando el recurso del Banco:

.....Es esencial cuestión a dilucidar si se cumplió o no adecuadamente el mandato suscrito en el proyecto financiado por la entidad bancaria en el que la operación se hallaba especialmente tutelada y garantizada según



los criterios de Bankia, y en el que era parte de la obtención de esta financiación el acuerdo no concretado inicialmente de establecer una cobertura de tipos de interés; obviamente el cumplimiento de sus obligaciones por el mandatario no solo dependía de la evolución más o menos favorable de los tipos de interés, algo que puede verse a posteriori con la fuerza de lo acaecido, sino de la información que ofreció sobre el producto diseñado en función de la finalidad perseguida, de los intereses del mandante, y de la búsqueda de su beneficio en función de la previsible evolución del mercado, siendo inevitable que al menos las consecuencias de la decisión adoptada por la entidad sean examinadas en función de sus resultados que por desgracia lejos de asegurar un escenario de protección al cliente han desembocado en una indudable e importante pérdida económica para el mismo. Puede sin duda sostenerse cual hicieron los testigos empleados de la entidad en el acto del juicio, especialmente D. Teofilo, que no hay pérdida alguna sino que lo que ocurre es que se abonan los intereses a cierto tipo, cuestión que es así como también lo es que ese tipo es el que decide el Banco en función de sus previsiones, de modo que la apuesta que el derivado supone sobre los tipos de interés, en expresión también utilizada por ese testigo, es una apuesta que hace el cliente por indicación exclusivamente del Banco que es su mandatario en la operación de supuesta cobertura, y una apuesta que resulta muy desfavorable para el cliente por la evolución de los tipos.

Es esencial en este punto considerar el alcance del deber de información. En efecto, como ya destacó esta Sala en su sentencia 294/2.012, de 29 de junio (Rollo de Apelación num. 70/2.012), "el deber de información queda tan exacerbado en la legislación del mercado de valores que puede afirmarse que tal comportamiento precontractual por la parte que ocupa una posición preeminente en el mercado, la entidad financiera, no es un mero deber de actividad sino de resultado, esto es que la entidad debe asegurarse de que el inversor ha comprendido el alcance y la posición de riesgos que asume con el producto. Posicionamiento de la legislación sectorial que tiene una inmediata trascendencia en la doctrina sobre la inexcusabilidad del error, que queda así matizada en gran medida, por no decir que anulada."

Conviene citar en a este respecto la reciente sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap: "El banco debe informar claramente al cliente de que el perfil de riesgo/oportunidades entre los participantes de la apuesta de tipos de interés no es equilibrado... También deberá garantizar, en el caso de un producto tan complejo, que el cliente tenga sustancialmente la misma información y el mismo conocimiento que su banco asesor con respecto al riesgo del negocio, dado que solo así le es posible adoptar una decisión autorresponsable sobre si quiere aceptar la apuesta de tipo de interés que se ofrece... Los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la demandada, como banco asesor, se encuentra en un grave conflicto de intereses".

Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido.

Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII enero 2009), y así el art. 1298 CC presenta la siguiente redacción: "1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda la cuestión relativa al deber de información en los siguientes términos:

"En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es



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

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

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Lo que sitúa el supuesto que nos ocupa en este ámbito en el que bajo la premisa de condicionarse la financiación a una operación de cobertura precisamente la que diseña el Banco bajo la premisa de su conveniencia al supuesto y fines perseguidos es el swap que bajo desconocidas predicciones implica finalmente un elevado coste para el cliente en exclusivo

La STS, Civil sección 1ª del 29 de diciembre de 2015 sobre la naturaleza de un producto como el que nos ocupa señala:

".....hemos de partir de la base, como hemos afirmado en otras resoluciones precedentes, de que posiblemente una de las razones por las que los contratos de permuta financiera han adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que la permuta financiera era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. "

Y abunda en la misma resolución en la importancia y alcance del deber de información:

".....partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los



riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro, tanto por la propia dinámica de la operación, como por los costes de su cancelación.

Este estricto deber de información obliga a la entidad financiera, en este caso "Banco Santander", a realizar un juicio de idoneidad del producto, que incluye el contenido del juicio de conveniencia. Y a partir de ahí, suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que abarque una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto es el que más que le conviene

.....No consta una información detallada sobre los riesgos inherentes al coste de cancelación anticipada, más allá de la advertencia genérica: "Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente". ...

Doctrina esta reiteradamente expuesta y mantenida en posteriores resoluciones; así la reciente STS, Civil sección 1ª del 04 de febrero de 2016 :

"Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía 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 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones -crédito sindicado y crédito para financiar un pago de impuestos ligado a la operación matriz financiada-, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

...Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable a los primeros contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"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 [...].

..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".

....Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, 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 (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014,



ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre).

.....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 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.

....El banco prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo 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."

Ciertamente estas consideraciones se han hecho en reiteradas ocasiones en relación con la alegación de vicio en el consentimiento por la falta de información y consecuente nulidad del producto contratado, pero nada impide que ello sea también mecanismo propio de la acción ahora ejercitada que opera sobre una misma realidad y unos mismos defectos en la comercialización del swap, razones todas que han de llevar en el presente caso a la confirmación de la sentencia de instancia que declara el incumplimiento del mandato por la entidad bancaria...."

La SAP, Madrid sección 8ª del 13 de junio de 2016 resolvió un recurso contra sentencia que declaró:

·ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de Litterator Sociedad Cooperativa contra AVANT TARJETA, E.F.C., S.A., contra Banco Santander Central Hispano, S.A. declarando la nulidad de pleno derecho del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 27 de noviembre de 2007 (CMOF) y de la Confirmación al mismo, también de 27 de noviembre de 2007, suscritos por las partes, al apreciarse vicio del consentimiento prestado por la actora por error en el objeto.."

Estándose ante un supuesto también semejante al que ahora nos ocupa y en una financiación en que también habría intervenido Alfedel de acuerdo a las premisas que la sentencia reseña:

"...Alfedel, S.L., es una empresa que se dedica a la promoción y gestión de centros educativos en España, fundada en 1995 por D. Eloy , profesional del ámbito educativo y empresarial con el interés de crear y promover espacios educativos a través de la creación de cooperativas integradas por profesionales del mundo de la enseñanza-profesores- que, a su vez, deben aportar capital a dicha cooperativa para poder participar en el proyecto que Don. Eloy les ofrecía: la única oportunidad para los profesores de poder ser empresarios gracias a Alfedel que les guiaría en la creación y gestión de su propio colegio".

Alfedel, S.L. reunió a aproximadamente 92 cooperativistas para que fueran los integrantes de Litterator Sociedad Cooperativa y llevasen a cabo el Proyecto consistente en la creación del Colegio Litterator, siempre bajo las directrices y gestión de Alfedel, S.L.

El día 7 de junio del año 2005, se constituyó Litterator Sociedad Cooperativa mediante escritura pública, con domicilio en la Calle Parla núm. 57, de Valdemoro (Madrid) y con un capital social de 2.400€ totalmente desembolsados en ese momento.

La Escritura contiene en su Apartado Tercero 2º- una disposición en la cual se confiere "Poder a favor de la Sociedad " ALFEDEL, S.L.[...para que a través de sus representantes legales y al compareciente Don Eloy , para que cualquiera de los dos pueda hacer uso indistintamente de determinadas facultades, entre las que se encuentran las que confieren a Alfedel, S.L. y a Don Eloy :

e) "Representar a la Sociedad ante toda clase de Entidades bancarias; abrir cuentas corrientes y cancelar las ya constituidas; retirar toda clase de fondos; ordenar transferencias; negociar toda clase de efectos mercantiles o



de crédito, incluyendo las certificaciones de obra; concertar préstamos con garantía o sin ella, con los pactos, cláusulas o condiciones que estime conveniente; constituir depósitos y cancelar los constituidos; ordenar depósitos, ventas y cesiones de valores bursátiles; avalar operaciones de crédito de terceras personas ordenando afianzamientos y cualesquiera otra operación bancaria, que pudieran ser exigidas para el desenvolvimiento del objeto social, incluyendo las ventas al exterior con crédito irrevocable o sin él".

d) "Representar a la Sociedad, en toda clase de actos mercantiles o de crédito; [... concertar y firmar todo tipo de operaciones de arrendamiento financiero con Sociedades de leasing; [...]

e) Comprar, vender, hipotecar, pignorar y gravar toda clase de bienes muebles e inmuebles, constituir, reconocer, aceptar, ejecutar, cancelar, total o parcialmente, 4 hipotecas t .4". (hecho segundo de la demanda).

.....Alfedel, S.L. acude al Banco Santander, SA para conseguir la financiación necesaria para poder llevar a cabo el Proyecto educativo de Litterator Sociedad Cooperativa, consistente en la construcción de un centro educativo en el municipio madrileño de Aranjuez.

Alfedel, S.L -como apoderada de Litterator- se ocupó de las negociaciones de la financiación, poniéndose en contacto con la entidad bancaria demandada.

Fruto de las negociaciones fue la concesión por parte de Banco de Santander de una financiación de 24.250.000 € a través de un crédito hipotecario con una serie de condiciones entre las que se encontraba el que la prestataria suscribiera un "contrato de cobertura de tipos de interés por al menos el 75% del importe y plazo del préstamo" (doc. 6 de la demanda) para acceder al préstamo hipotecario de más de 24 millones de € (doc. 6 demanda y reconocido en el recurso pago 13).

Litterator en junta acepta las condiciones impuestas por Banco Santander que concede el préstamo hipotecario por la referida cantidad y se firma el swaps litigioso en los términos exigidos por aquel.

.....En definitiva a través del su apoderado D. Eloy , la actora firma con Banco de Santander los siguientes contratos:

A.-Préstamo hipotecario.

El día 27 de noviembre se otorga Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria entre el Banco Santander, SA. y Litterator Sociedad Cooperativa ante el Notario Don José Luís López de Garayo y Gallardo (Documento núm. 12), por importe de 24.250.000 €, por 18 años .

Comparecen a la firma de la escritura, en nombre y representación de Banco Santander, SA., D. Hermenegildo y D. Higinio .D. Eloy en nombre y representación de Litterator Sociedad Cooperativa.

B.- En la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria consta que ambas partes firman en el mismo acto un Contrato de Permuta financiera de tipo de interés por un importe nominal inicial de 18.187.500€. Este contrato era necesario para que la parte actora accediera al préstamo hipotecario.

El día 27 de noviembre de 2007 Don. Eloy suscribe, en nombre y representación de Litterator Sociedad Cooperativa un Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés o SWAP, que fue ratificado posteriormente por la actora en junta por acta de 26 de noviembre de 2007.

C.- El día 27 de noviembre de 2007 se suscribe el Contrato Marco de Operaciones Financieras (en adelante, CMOF, (Documento núm. 21) entre Litterator Sociedad Cooperativa y Banco Santander, SA. así como el Anexo 1 del mismo.

.....D. - El mismo día, el 27 de noviembre de 2007, se firma el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("SWAP de Tipos de Interés" que se acompaña como Documento núm. 22)"

La sentencia estimó la demanda en los términos referidos y frente a ella se alzó la parte demandada interesando su revocación y desestimación de la demanda, alegando diversas cuestiones que también revelan la semejanza de supuestos; así:

"A.-Error en la valoración de la prueba.

1º.-error en la valoración de la prueba en relación con las circunstancias previas a la firma del contrato de permuta: arbitraria omisión de los hechos pacíficos que procedieron a la firma. El contrato de permuta forma parte de una financiación que fue buscada y aceptada por Literatorator, por lo que no puede ser objeto de análisis aislado ni limitado al momento de su firma como hace la sentencia.

Banco Santander no se dirigió a Litterator para ofrecerle ningún servicio y mucho menos una permuta financiera de tipos de interés.

La permuta era una parte integrante y una condición del préstamo de 24,25 millones de €.



2.-Litterator, bajo el asesoramiento de Alfedel, aceptó libremente firmar la cobertura para poder obtener la financiación de Banco de Santander.

3.-La estabilización del coste financiero que facilita la permuta financiera es imprescindible en una operación del tipo Project Finance.

B.-Error en la valoración de la prueba sobre la intervención de Alfedel en la negociación y suscripción de los contratos de financiación y sobre su experiencia y conocimiento.

1º. Alfedel actuó como asesor y representante de Litterator en la negociación de los contratos de financiación como parte del servicio de "desarrollo de los recursos financieros que se obligó a prestar a la cooperativa.

2.- Alfedel tenía amplia experiencia en la negociación y contratación de operaciones financieras, que incluían permutas financieras, como lo evidencia la declaración del director financiero de esta D. Prudencio .

C.-Grave error en la valoración de la prueba sobre la información suministrada a Alfedel sobre el contrato de permuta y sobre su conocimiento del contrato.

La declaración del SR. Hermenegildo tuvo un contenido distinto al que le atribuye la sentencia, atribuyendo valor probatorio a la declaración de este, que ya no trabaja para Banco Santander.

3.-La prueba evidencia que Banco Santander proporcionó información explicativa sobre el funcionamiento de la permuta.

4.-Error en la valoración de la prueba respecto de la conducta posterior a la suscripción de los contratos de financiación. Caducidad de la acción de anulabilidad.

..... cabe ninguna duda de que ALFEDEL es una empresa que se dedica profesionalmente a prestar un asesoramiento integral a la promoción de colegios y que tiene la capacidad necesaria para comprender todos los términos contractuales publicita explícitamente su experiencia en la negociación de financiaciones de gran envergadura, y disponía de un departamento específico dedicado a aspectos financieros encabezado por un "Director Financiero". Resulta evidente que quien actúa bajo esas credenciales genera en su contraparte un legítimo entendimiento de estar actuando entre profesionales con experiencia en el ámbito de negociación."

Y sobre el perfil del apoderado que firma el contrato y de la actora, entidad Alfedel la Sala señala como conclusión que determina su decisión que:

"No está acreditado que sean profesionales ni que tengan especiales conocimientos en materia de operaciones complejas de inversión como la que nos ocupa.

Tampoco consta que el director financiero de Alfedel tuviera aquellos conocimientos."

Concluyendo sobre la existencia de asesoramiento que:

"Es un hecho probado, documental y testificalmente, que el Banco de Santander impuso a la demandante el swaps como condición para concederle el préstamo hipotecario, por lo que existió un servicio de asesoramiento financiero por parte de aquel a la actora, que es minorista. Esa imposición evidencia que la actora no tenía intención de contratar el swaps."

De modo que la sentencia desestima el recurso y confirma la decisión del juzgado.

Y finalmente la SAP, Madrid, sección 9ª del 21 de marzo de 2014 alegada por la actora en apoyo de su pretensión, resuelve un asunto que puede resumirse así en las propias palabras de la sentencia, comprensivas de la similitud de supuestos que ahora nos interesa remarcar:

"La Sociedad Cooperativa Madrileña Arcadia interpuso demanda contra Banco Santander, SA y contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, en la actualidad Caixabank, SA, en la que pedía que se declarase la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por la actora con Banco Santander el 23 de junio de 2008, en el que se subrogó parcialmente Caixabank, SA por cesión de Banco Santander, debiendo procederse a la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, más intereses legales, sin que sea exigible ningún importe en concepto de cancelación anticipada."

La Sala desestima el recurso del Banco y confirma la sentencia de instancia, también en este caso intervino la entidad Alfedel en la contratación:

..... Realmente, si se hubiera informado de los riesgos de la operación de swap, constaría en autos, pero no es así; no puede equipararse a las rigurosas obligaciones de información que impone la ley la existencia de un período de "negociaciones" entre las partes de varios meses, que en realidad estuvo referido a la operación de refinanciación de la deuda de Arcadia, esto es, a la operación global, no específicamente al swap, respecto del que no consta que hubiera ninguna negociación específica; y tampoco cabe considerar salvada la obligación de informar por

el mero hecho, como alegan Banco Santander y Caixabank, SA, de que la Cooperativa Arcadia hubiese sido asesorada por una entidad, Alfedel, pues esta asesoró en materia educativa y en cuanto a la operación global de refinanciación (el préstamo hipotecario), pero no consta ni que debiera ofrecer asesoramiento alguno en materia de permuta financiera de tipos de interés ni que tuviera cualificación al efecto ni que, efectivamente, lo hiciera. Así lo confirmó la declaración testifical de D. Severino , director financiero de Alfedel, que llegó a afirmar que desconocía el contrato de junio de 2008 (el de swap), así como la presentación del mismo que se remitió días antes a la Cooperativa, resultando que dicha entidad no asumió asesoramiento alguno de la Cooperativa en relación con el contrato de permuta financiera de tipos de interés."

En todos estos asuntos se ha debido valorar el perfil de la actora y su negociación a través de la entidad Alfedel, cuestión esta que es asimismo esencial fundamento de los recursos cuando argumentan sobre el error en la valoración de la prueba respecto a la misma existencia del error en la contratación, o sobre su excusabilidad habida cuenta de los conocimientos de Alfedel que asesoraba a la actora en todas las negociaciones y que tenía experiencia en la contratación de swap en otras operaciones llevadas a cabo en todo semejantes a la que nos ocupa.

La respuesta de la Sala ahora a esta cuestión ha de ser la misma dada en la sentencia antes citada de esta misma sección de 26 de septiembre de 2018 cuyos razonamientos son perfectamente trasladables a este supuesto en una motivación por remisión que permite la identidad de supuestos, fundamentalmente respecto de las exigencias de información exigibles a las entidades bancarias en la contratación de un swap como el que nos ocupa, y también respecto del perfil de la actora y de la entidad Alfedel que promocionaba la construcción del colegio y gestionaba la cooperativa, también negociando la financiación con los Bancos.

La visualización del juicio oral no permite alterar aquellas conclusiones coincidentes como hemos expuesto con otras resoluciones de esta Audiencia en supuestos muy semejantes, ya que ni el Sr. Hilario , fundador y presidente de Alfedel, ni el Sr. Imanol , director financiero de esta entidad, revelaron conocimientos financieros suficientes y propios del entendimiento del funcionamiento de derivados, pues su principal función era la promoción y gestión del colegio con asesoramiento educativo aun cuando negociaran con los bancos la obtención de financiación, en este proyecto y en otros anteriores; una cosa es que en el diseño de la operación, financiada a través de un Project finance, se partiera de unos costes fijos y otra que el Banco impusiera un swap sin dar la suficiente información sobre el mismo en los términos que la jurisprudencia antes referida revela exigible y desde luego sin permitir que el contratante fuera consciente del elevado coste que el swap podía suponer como finalmente acaeció; los testigos empleados de las entidades bancarias no pudieron indicar haber informado del producto e insistieron en que un Project finance no podría haberse llevado adelante sin los derivados, lo que se contradice con lo declarado por el Sr. Victorio , empleado de Caixa Bank en el área de Project finance que intervino en la refinanciación en el año 2015 y convino en que se permitió cancelar el swap y dejar el tipo de interés abierto en la refinanciación, y ello por la sensibilidad que había contra este producto y la posibilidad de que el banco fuera demandado, decisión que sin duda no ha evitado la continuidad de la financiación.

D. Jose Antonio , empleado de Banco Santander encargado del Project finance, que si intervino en la negociación de la financiación no recordaba haber dado mucha información aunque sí que creía que sus interlocutores tenían experiencia previa en swap por otras operaciones, e insistió en que sin swap no se financiaría un Project finance porque se quiere evitar el riesgo de tipos de interés que ponga en peligro la operación; en esta idea también insistió el otro testigo empleado de Caixa Bank. Está dentro de la lógica que habiendo en el proyecto una previsión de ingresos dependiente del número de alumnos y otras variables, se contemplen los gastos con perspectiva de que no puedan dispararse y hacer inviable la devolución de la financiación, pero esta mitigación del riesgo (para la Cooperativa) se volvió en la práctica obtención de importantes cantidades de dinero para los Bancos por aplicación de los swap y lógicamente correlativas pérdidas para la Cooperativa, única que ha soportado un riesgo propio del diseño de la operación por los bancos demandados sin que el hecho de haber aceptado la financiación en estas condiciones indique el conocimiento del producto ni de sus consecuencias.

También este motivo del recurso ha de ser desestimado.

SEPTIMO.- Ambas recurrentes argumentan y esgrimen como motivo de recurso la confirmación del contrato que la juzgadora no habría apreciado y que resultaría del desarrollo del swap en el tiempo y conducta desplegada por la actora.

La juez rechazó el alegato en la instancia en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo que consideró de aplicación y negando que pudiera hablarse de confirmación por el hecho de la cancelación anticipada de los swap, ni por la contratación de un préstamo para hacer frente a los pagos por las liquidaciones negativas, ni por la larga negociación para la cancelación del contrato.



En el discurso de Banco Santander S.A. las sentencias reseñadas por la juez se refieren a supuestos de hecho que difieren del que nos ocupa en el que la actora habría tenido un conocimiento claro y preciso del alcance del error como exige la STS de 19 de febrero de 2019, conocimiento preciso que resulta de los correos electrónicos aportados, con documentación económica, que justifica que Nova Hispalis conocía todos los costes financieros de las permutas al menos en el año 2013, además de que en abril de 2014 conocieron los cooperativistas la sentencia declaratoria de la nulidad de la permuta financiera de la cooperativa Arcadia que intentaron utilizar a su favor para buscar concesiones sobre el swap que ahora nos ocupa, y ante la negativa de los Bancos la actora siguió cumpliendo las permutas y las canceló en marzo de 2015.

Argumentos sobre las negociaciones habidas en relación con el swap que haría aplicable el artículo 1311 del CC al conocer la actora la sentencia del Colegio Arcadia, haberla valorado y decidido no demandar, conociendo el coste económico del derivado pese a lo que se cumplió con el mismo, cancelándose luego y renunciando a las acciones, todo lo cual abundaría en la concreción de la confirmación del contrato.

La STS, sección 1ª del 19 de octubre de 2020 señala:

"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".

La STS, sección 1ª del 14 de octubre de 2020:

"[...] 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".

La STS, sección 1ª del 19 de febrero de 2019 en supuesto en el que el único motivo del recurso tenía como objeto la confirmación del contrato estimada por la Audiencia, resume la cuestión en los siguientes términos:

Por su parte en la sentencia recurrida se declaró que no es posible aplicar la doctrina de los actos propios, pero sí interpretó estos actos (cancelación y préstamo) como actos de confirmación del contrato, por ser acuerdos con el banco que llevan implícita la voluntad del cliente de modificar o extinguir la operación inicial.

En sentencia 19/2016, de 3 de febrero, se declaró:

"Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la demandante hubiese 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. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, 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 de 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 esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil".

En sentencia 57/2016, de 12 de febrero, se declaró:

"De los antecedentes del caso, de acuerdo con la valoración que realiza la sentencia de la Audiencia, tampoco puede sostenerse que la demandante haya confirmado, bien expresamente, o bien tácitamente, la validez de la permuta financiera, tal y como exigen los artículos 1310 y 1311 del Código Civil. En este sentido, como se ha señalado, desde que la demandante es consciente de las consecuencias del producto adquirido manifiesta sus desavenencias con la contratación realizada sobre la base del error provocado por la insuficiente información suministrada por la entidad bancaria. En esta línea, como también se ha señalado, el documento de renuncia suscrito por la demandante, a instancia de la entidad bancaria, tampoco le saca del error acerca de la complejidad del producto y la concreción de los riesgos adversos que pudieran derivarse. Lo que en términos del citado artículo 1311 del Código Civil supone que subsiste la causa de nulidad y que ésta no ha cesado. De ahí, que resulte improcedente la confirmación de un contrato que sigue estando sujeto a una ineficacia estructural por vicio o error en el consentimiento prestado".

En sentencia 164/2016, de 16 de marzo, se declaró:

"A la vista de los hechos considerados probados y conforme a la expuesta doctrina jurisprudencial, la conducta observada por los actores no puede considerarse como un acto inequívoco dirigido a convalidar un contrato anulable. La cancelación anticipada del contrato, prevista en su reglamentación y propuesta por la entidad bancaria recurrida, no puede entenderse más que como la única solución viable que tenían los prestatarios para tratar de regularizar su situación de impago motivada por las liquidaciones negativas del contrato de cobertura de tipo de interés. Además, la aparente negociación con la entidad, con asistencia letrada, no puede tener la virtualidad o el efecto de renuncia a una posible acción de nulidad porque, además de no estipularse nada en tal sentido, las circunstancias especialmente angustiosas motivadas por la situación de impago y ante el real riesgo de un empobrecimiento patrimonial todavía más agravado, impiden sostener que el acuerdo alcanzado estuviera revestido de unas condiciones de igualdad entre las partes aptas para que, en una adecuada aplicación de la doctrina de los actos propios, se generase una situación jurídica que permitiera tener por convalidado un negocio viciado por error en la prestación del consentimiento. Además, la condonación ofrecida del 25% del coste de cancelación por parte de la entidad recurrida, venía condicionada y contrarrestada por la aceptación de una ampliación del principal del préstamo hipotecario, con unas condiciones financieras -aumento del tipo de interés remuneratorio y mayor duración del préstamo- más gravosas que las inicialmente pactadas, y, en consecuencia, más perjudiciales para los actores. Con lo cual, en la práctica, no fue sino un señuelo para que los actores pagaran una parte sustancial del coste de cancelación y el banco obtuviera un nuevo negocio de financiación; lo que, lejos de subsanar el error y confirmar el consentimiento, lo que hizo fue mantener la situación de error".

En sentencia 503/2016, de 19 de julio, se declaró:

"Cierto es que en este caso se canceló anticipadamente el contrato, para lo que se obtuvo un nuevo préstamo hipotecario de la misma entidad, para sufragar su elevado coste, pero ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (en este sentido, sentencia de esta sala núm. 57/2016, de 12 de febrero)".

Se declaró en sentencia 580/2018, de 17 de octubre:

"Además, de acuerdo con esta jurisprudencia, el error contractual no se convalida ni hay confirmación contractual ni actos propios 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".

Aplicada la referida doctrina jurisprudencial al litigio planteado en el presente recurso, procede declarar que no concurre confirmación del contrato nulo de swap, por el hecho de cancelarlo anticipadamente, dado que con ello la parte recurrente se limitó a paralizar las consecuencias económicas negativas que le producía el swap.



Tampoco procede entender como confirmación tácita (art. 1311 del C. Civil), la contratación de un préstamo, para hacer frente a los pagos cursados por el banco como consecuencia de las liquidaciones negativas del swap, ya que con ello solo se pretendía evitar el riesgo de insolvencia y sin que consten actos de los que pueda deducirse renuncia expresa o tácita a la acción de nulidad derivada de error consensual.

Ante la ausencia de confirmación, debe estimarse el recurso, casando la sentencia recurrida, y asumiendo la instancia, mantenemos la nulidad contractual solicitada por error-vicio en la contratación del swap, dada la deficiente información ofrecida por el banco, confirmando íntegramente la sentencia de 23 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Benidorm (procedimiento ordinario 159/2013).

Y la STS, sección 1ª del 23 de octubre de 2019:

Para dar respuesta a esta cuestión debemos partir del concepto y función de la confirmación y de la jurisprudencia sobre confirmación tácita dictada por esta sala en el seno de procesos sobre nulidad por error vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros complejos.

La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (art. 1313 CC). El art. 1311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita.

La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar (art. 1312 CC), es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable.

Según el art. 1311 CC 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". Puesto que, de acuerdo con el art. 1309 CC, desde el momento en que el contrato ha sido confirmado válidamente "la acción de nulidad queda extinguida", la referencia a la renuncia de la acción en el art. 1311 CC apunta al efecto práctico de la confirmación, que es impedir el ejercicio de la acción.

Esto explica que en la jurisprudencia, el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. A partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo.

Precisamente porque en la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar, esta sala, en la impugnación de contratos financieros por clientes que habían padecido un error invalidante como consecuencia de la falta de información, ha declarado que no había confirmación por el mero hecho de recibir liquidaciones, o por no protestar inmediatamente al recibir liquidaciones gravosas, ni tampoco por cancelar anticipadamente el contrato mediante la celebración de otro parecido en condiciones que se consideraban más beneficiosas cuando tampoco a la hora de celebrar el nuevo contrato se informó sobre los riesgos que comportaban. Como explica la sentencia 344/2017, de 1 de junio, dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico (Sentencia 741/2015, de 17 de diciembre, citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la "sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas" (sentencia 503/2016, de 19 de julio). Por ello, en estas ocasiones, la sala ha apreciado que la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado, sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero). Por esa razón, en estos casos, se ha rechazado también que el cliente fuera contra sus propios actos al ejercer la acción de anulación, pues no había confirmado el contrato."

La aplicación de la anterior doctrina, como se ve claramente reiterada en el criterio del Tribunal Supremo, no permite considerar que se está en un supuesto en el que pueda hablarse de confirmación de las permutas financieras, pues todos los hechos llevados a cabo por la actora tienen encaje en aquellas actuaciones a las que se niega el efecto confirmatorio que se pretende.

El motivo debe ser por ello asimismo rechazado, con rechazo también del cuarto motivo del recurso de Caixabank sobre la convalidación del negocio jurídico asentado en iguales premisas a las ahora no aceptadas.

OCTAVO.-El último motivo del recurso de Caixabank mantiene la existencia de transacción y la renuncia de acciones, en ambos casos argumentando que al darse lugar a la cancelación del swap se puso de manifiesto la intención de las partes de lograr despejar cualquier duda sobre el derivado zanjando definitivamente la cuestión, prestamizando el Banco el coste de cancelación del swap y ampliando el plazo de la operación (doc. nº 24 de la contestación a la demanda, y doc. nº 19 de los aportados con la demanda).

La Sala no aprecia que en la novación del contrato mercantil con garantía hipotecaria, elevado a público el 25 de marzo de 2015 (folios 950 y ss tomo II) por el que se renegocia la deuda cancelados los contratos de cobertura



se produzca transacción alguna que impida el ejercicio de la acción que nos ocupa, pues tal transacción no resulta en modo alguno del referido documento.

Y tampoco estimamos que la renuncia obrante en el doc. nº 24 de los aportados por la demandada Caixabank (folios 1687 y ss tomo III) suponga en realidad renuncia alguna al ejercicio de acciones, más allá de prestar las partes la conformidad a la determinación del precio de cancelación de la permuta, no recogiendo renuncia de acciones alguna y no pudiendo por ello considerarse inviable la acción por esta alegación que ha de ser ahora rechazada.

NOVENO.-La desestimación de los recursos determina que se impongan a los recurrentes las costas causadas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 398 en relación con el artículo 394 LEC.

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

III.-FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por Banco Santander, S.A., y desestimando asimismo el recurso interpuesto por Caixabank contra la sentencia de fecha diez de abril de dos mil diecinueve, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 43 de Madrid, confirmamos dicha resolución, con imposición a los recurrentes de las costas causadas.

La desestimación del recurso determina **la pérdida de los depósitos** constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0495-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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