

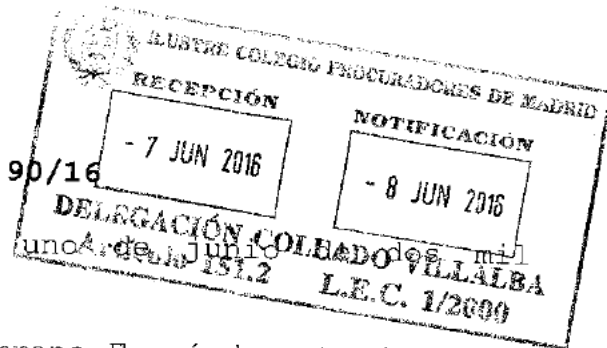
**JDO. 1A.INST.E INSTRUCCIÓN N. 6
COLLADO VILLALBA**

SENTENCIA: 00090/2016

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
NÚMERO SEIS DE COLLADO VILLALBA
JUICIO ORDINARIO 812/2015**

SENTENCIA n° 90/16

En Collado Villalba a
dieciséis.



VISTOS por Doña Camino Serrano Fernández, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Seis de Collado Villalba, los presentes autos de Juicio Ordinario de reclamación de cantidad y nulidad de contrato 812/2015, en el que han sido partes, ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A, representada por el procurador de los Tribunales Don Marcelino Bartolomé Garretas en calidad de demandante, así como Don [redacted] y [redacted], representados por el Procurador de los Tribunales Doña Virginia Saro González, representados por el procurador de los Tribunales Marcelino Bartolomé Garretas y [redacted] en situación procesal de rebeldía, como demandados, y la petición reconvenicional efectuada por Don [redacted] y [redacted], representados por el Procurador de los Tribunales Doña Virginia Saro González, contra la indicada entidad bancaria, sobre nulidad de contrato y otros, convengo en señalar los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada representación de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., se interpuso demanda de Juicio Ordinario en reclamación de cantidad contra [redacted] y [redacted] en la que, sucintamente, tras aducir hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación, terminaba solicitando que se admita a trámite la demanda y se dicte en su día sentencia por la que "se condene a los demandados a pagar a mi representada:

- 1.- La cantidad de 33.112,16 euros,
- 2.- Los intereses sobre la anterior cantidad, calculados conforme establece el contrato, cuya liquidación a fecha de sentencia se realizará en el momento de su ejecución.
- 3.- Los intereses sobre la suma de las cantidades establecidas en los apartados anteriores calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde sentencia.
- 4.- Las costas y gastos causados en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para su contestación, presentando escrito en fecha 22 de enero de 2016 la representación procesal de [redacted] y en el que tras hacer las alegaciones que estimó pertinentes, terminó solicitando el archivo de la demanda por falta de legitimación activa y la desestimación de la demanda y subsidiariamente interesaba la nulidad del contrato de permuta financiera, subsidiariamente su resolución por incumplimiento, y subsidiariamente su nulidad por infracción de normas imperativas. Mediante diligencia de ordenación de 27 de abril de 2016 se declaró a [redacted] en situación procesal de rebeldía.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa donde se rechazó la alegada falta de legitimación activa "ad procesum" de la actora y visto el contenido del escrito de contestación se efectuó traslado a la parte actora al amparo del art. 408 de la LEC y en relación a la petición de nulidad absoluta, por considerarse que la contestación contenía una implícita reconvencción y tras los trámites procesales pertinentes, se admitió la prueba documental propuesta, quedando los autos vistos para sentencia conforme art. 429 de la LEC.

CUARTO. - En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y Pretensiones. Demanda principal y reconvenccional.

Se ejercita por la parte actora ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA una acción de reclamación de cantidad en base a los siguientes hechos: la entidad bancaria reclamante contrató

con los demandados un contrato de cobertura de riesgo sobre préstamo hipotecario de fecha 6 de junio de 2007 adeudando la parte demandada un total de 31.254,82 euros de principal y 1.857,34 euros en concepto de intereses.

La parte demandada formula reconvencción implícita oponiendo a la reclamación de cantidad descrita: nulidad del pacto de liquidez considerando que la cláusula relativa al pacto de liquidez debe reputarse nula y sin efecto por abusiva al quedar totalmente al arbitrio de una de las partes y por falta de claridad y transparencia al impedir la contradicción al respecto de las cantidades adeudadas y permitir la inclusión de conceptos abusivos, considerando el producto no apto para un consumidor cliente minorista, indica que la entidad bancaria no proporcionó a los demandados información alguna sobre los riesgos del contrato de permuta financiera ni de la naturaleza del mismo, alegando error en el consentimiento por aquellos prestado debido al incumplimiento del deber de información impuesto a la entidad financiera por la normativa sectorial.

Subsidiariamente, plantea la anulabilidad del contrato por omisión de la información relevante por parte de la entidad financiera y por falta de realización del test de conveniencia; subsidiariamente interesa la resolución del contrato por incumplimiento por la entidad financiera consistente en colocar un producto de riesgo sin la diligencia debida y sin analizar el perfil de los afectados, incumpliendo la normativa correspondiente; por último solicita la resolución del contrato por incumplimiento de la normativa sobre mercado de valores, siendo el fundamento fáctico de todas las peticiones común, a saber: Los actores con una formación académica y financiera básica, forzados por la suscripción de un préstamo hipotecario para la adquisición de su única vivienda con Caixa Galicia (la actora es ahora su sucesora), suscribieron además un contrato de cobertura de hipoteca para asegurar los riesgos de variabilidad de los intereses de la hipoteca suscrita, sin informarles la entidad bancaria en ningún momento de la asunción del riesgo en caso de que se produjera una bajada de los tipos de interés, bajada que en el momento en que se firmó el contrato de permuta financiera al entidad financiera atendida la evolución de los mercados sabía que era lo más probable.

La entidad demandada se opone invocando que no se ofreció el citado contrato como un seguro, y que el citado contrato suscrito es claro, y en el mismo consta que los clientes fueron informados de la naturaleza del producto financiero,

sin que el mismo adolezca de complejidad, siendo un producto conservador.

Expuesto lo anterior, debe resolverse en primer lugar sobre la denunciada nulidad del contrato concertado por las partes y opuesto por la parte demandada, como ya se ha expuesto a modo de reconvención implícita, pues su estimación conllevaría la necesaria desestimación de la reclamación efectuada en la demanda

SEGUNDO.- Sobre el error en el consentimiento alegado en la suscripción del contrato.

Dispone el artículo 1265 del Código civil que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. El artículo 1266 dispone, asimismo, que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo.

Como ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2014, con mención a una doctrina jurisprudencial reiterada, hay error cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

La apreciación de un error invalidante del contrato exige, como necesario respeto a la palabra dada, la concurrencia de ciertos requisitos:

1.- Que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato, y ha de ser esencial en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

3.- El error ha de ser excusable. La jurisprudencia (sentencias de 4 de enero de 1982 , 28 de septiembre de 1996 , 17 de julio de 2000 , 13 de mayo de 2009 o 25 de noviembre de 2012) exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la

diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

En la petición reconventional funda el error en la falta de información sobre la naturaleza y condiciones esenciales del producto comercializado por la entidad demandada.

En su *sentencia de 20 de enero de 2014* el *Tribunal Supremo* ha señalado que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio, pero sí puede incidir en ella, pues la previsión legal de esos deberes se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros.

En este caso, la parte demandada comparecida afirma que incurrió en error sobre la propia naturaleza del producto, que consideraba como producto financiero que no entrañaba riesgo.

TERCERO.- Sobre la naturaleza del producto contratado

La reciente *sentencia del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 840/2013 de 20-01-2014* ya señaló que la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista, no experimentado, en su relación con el proveedor de servicios financieros.

Además la referida sentencia confirma la calificación del SWAP como producto financiero complejo que se deduce de la exclusión contemplada en el *art. 79 bis a) de la L.M .V.*

Interesa también traer a colación la *STS (1ª) nº 244/2013 de 18-4-2013* sobre la aplicación de la MIFID (en la interpretación de las obligaciones de la empresa proveedora de servicios aunque no hubiera sido traspuesta en nuestro país), y ello porque ya el T.J.U.E. señaló que la interpretación del derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (*sentencia de 8 de octubre, de 1.987, caso Kolpinghuis Nijmegen -asunto 80/86*). Recuerda nuestro alto Tribunal que la Sala ya había utilizado directivas cuyo plazo de transposición no había terminado, como ocurrió en la *sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 8 de Noviembre de 1.996, que utilizó la Directiva 93/13 CCE, sobre cláusulas abusivas en contrato celebrado con*

consumidores para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Pero es que además el art. 7 del código Civil establece el deber general de la buena fe, y en los principios del Derecho Europeo de Contratos, se recoge igualmente esa buena fe contractual con la consiguiente obligación de informar de los riesgos que tal contratación comporta. Se trata, en definitiva, que se produzca una "decisión informada", y no resulta de lo actuado que tal exigencia haya sido colmada por la entidad bancaria.

Especialmente interesante también para el caso que nos ocupa es la lectura del fundamento de derecho 9 de la primeramente referida STS (1ª) de 20-01-2004 que viene a establecer que tendrá la consideración de asesoramiento financiero la recomendación de suscribir un SWAP con la consiguiente obligación específica de información que ello comporta.

CUARTO.- Consideraciones jurídicas al caso de autos

De lo expuesto no puede sino concluirse que en el consentimiento de las demandantes concurría un error esencial y excusable al que habían sido inducidos por el propio comportamiento de la demandada, comercializadora del contrato de swap de tipo de interés bajo el sugerente título de contrato de cobertura sobre hipoteca (DOCUMENTO N° 2 aportado en el acto de la vista por la entidad bancaria), la cual suministró información incompleta a sus clientes sin dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la LMV para la comercialización de productos financieros complejos entre los que se encuentran los contratos de permutas financieras, sin que les permitiese comprender, pese a su lectura, el verdadero alcance del objeto contractual y sin que ni siquiera la entidad bancaria se hubiese cerciorado de la conveniencia para sus clientes de contratar tal producto financiero en atención al contrato de hipoteca que habían suscrito previamente, y que dicho contrato, el de permuta financiera de tipos de interés, se ajustase a su perfil inversor, sin explicar, por ejemplo, las razones por las que habría de resultar más conveniente para las actoras contratar un préstamo hipotecario con interés variable (así resulta de la escritura de hipoteca aportada como documento 1 en el acto de la vista) junto con un contrato de permuta financiera de tipos de interés (contrato de cobertura sobre hipotecas) frente a un contrato de préstamo hipotecario con interés fijo, debiendo valorarse a estos efectos que ambos contratos se firmaron de forma simultánea en fecha 6 de junio de 2007, como reconoce la entidad bancaria.

La tantas veces citada *STS (1ª) de 20-01-2014* ya indica que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocado y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero."

Se trata de un error excusable porque la complejidad del producto comporta que el banco, que es quien lo crea o comercializa, tendría que explicar el significado del mismo en toda su amplitud, esto es, advirtiendo de las consecuencias que pueda llevar aparejadas, y suministrando a sus clientes toda la información sobre tendencias de mercado que dispone. Mal se puede entender que un deudor hipotecario ordinario que únicamente pretende cubrirse contra un riesgo de subida de tipos pueda "motu proprio" acceder a la completa inteligencia de un contrato.

QUINTO.- Efectos de nulidad declarada.

Los efectos connaturales y ex lege de la nulidad son los del artículo 1.303 del Código Civil, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

El precepto define una restitutio in integrum con retroacción ex tunc, intentando que las partes afectadas vuelvan a encontrarse en la misma situación personal y patrimonial que tenían al tiempo del evento invalidador.

De ahí se ha de concluir la obligación de ambas partes de restituirse las liquidaciones dadas y percibidas en virtud del contrato, incrementadas en el interés legal desde la fecha de la percepción, y aumentado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia.

A fin de que la liquidación consista en una mera operación aritmética se deja señalado que se han de reintegrar los saldos en su cantidad bruta y no neta.

En la línea de lo razonado por la *SAP de Madrid* núm. 40/2014, de 13/02, Sección 10ª, rec. 495/2013, EDJ 2014/14284, este juzgador entiende que el pago del impuesto se refiere estrictamente a la relación entre perceptor y la Hacienda Pública, donde se habrá de liquidar, en su caso, sin que afecte a la restitución de prestaciones que, como se ha dicho, se le debe al Banco.

Es un efecto que deriva no del contrato sino de la Ley.

Así lo afirma una doctrina jurisprudencial reiterada (*SSTS* núm. 312/2006, de 24-marzo, ponente: *Jesús Corbal*

Fernández, EDJ 2006/29165 , o núm. 473/2006, de 22-mayo , EDJ 2006/71171, ponente: Montes Penades, entre muchas) hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que, al acordarlo así en el fallo de la sentencia, se hay incurrido en incongruenciaa.

No es este el momento sino que será en ejecución de sentencia cuando se podrá precisar la liquidación de las prestaciones a restituir, teniendo presente que la nulidad se consumó desde el momento mismo de perfección.

SEXTO.- Lo expuesto precedentemente determina la necesaria estimación de la petición principal que se ejercita de forma reconvencional, y la congruente e íntegra desestimación de la demanda principal.

SEPTIMO.- Sobre las costas

Respecto de las costas procesales, establece el artículo 394 de la LEC que **"se impondrán a aquella de las partes que haya visto rechazadas sus pretensiones salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o derecho"**. Por ello procede la imposición de las costas a la actora.

Vistos los artículos citados y todo lo demás de general y pertinente aplicación,

FALLO: Que, estimando la petición reconvencional efectuada por los demandados

y representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Virginia Saro González contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Marcelino Bartolomé Garretas, y desestimando íntegramente la demanda presentada por ésta última entidad contra Don

y Don , éste último en situación procesal de rebeldía, debo declarar la **nulidad del contrato de cobertura sobre hipoteca de fecha 6 de junio de 2007**, por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error, con recíproca restitución de la cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos, y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales desde la fecha de cada carga/abono, que se verá incrementado en dos puntos desde la sentencia, lo que se determinará en ejecución, y condenando a la actora principal al pago de todas las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe interponer recurso de

apelación dentro de los veinte días siguientes al en que se notifique mediante la presentación de un escrito ante este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.
Doña Camino Serrano Fernández, Magistrada-Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Seis de Collado Villalba.

PUBLICACIÓN.- Leída, dada y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado que la autoriza, hallándose celebrando audiencia pública en su Sala Despacho el mismo día de su fecha de lo que yo la Secretaria, doy fe.