

**FECHA NOTIFICACION 4-7-17 RECEPCION LEXNET 3-7-17**

**Juzgado Primera Instancia 4 El Vendrell (UPAD)**  
Francesc Riera, 13  
Vendrell (El) Tarragona

**Procedimiento** Procedimiento ordinario 598/2015 **Sección A**

**OBJETO DEL JUICIO :** Civil

**Parte demandante** ABANCA CORPORACION BANCARIA, SA  
**Procurador** MANEL DIONISIO BORRELL  
**Parte demandada**  
**Procurador** MARIA DOLORS LOU CABALLE

### **SENTENCIA 112/2017**

En El Vendrell a diez de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por Doña Marta Canals Lardiés, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de El Vendrell los presentes autos de juicio ordinario número 598/2015 seguidos ante este Juzgado a instancia de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Dionisio Borrell frente a \_\_\_\_\_ y BORAFULL, representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Lou Caballé, en virtud de las facultades que me han sido dadas por la Constitución, y en nombre del Rey, dicto la siguiente Sentencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., en adelante ABANCA, bajo la representación antes mentada, se presentó demanda de juicio ordinario en fecha 30 de septiembre de 2015, cuyo conocimiento ha correspondido tras su reparto a este Juzgado, en cuyo suplico, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, solicita se dicte sentencia en la que se condene a los demandados Dña. \_\_\_\_\_ y D.

\_\_\_\_\_ a pagar a la actora:

*"1. La cantidad de 43.578,95 euros (CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS).*

*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 del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde sentencia.*

4. *Las costas y gastos causados en el presente procedimiento”.*

**SEGUNDO.-** Dictado Decreto de 28 de enero de 2016 admitiendo la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera en autos asistida de Abogado y Procurador y contestara aquélla, lo cual verificó dentro de plazo oponiéndose a la demanda en base a los hechos y con los fundamentos que consideró oportunos, entre los que se encontraba la nulidad del contrato, suplicando la desestimación de la demanda.

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley, y llegado el día señalado, comparecieron ambas partes, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose la parte demandante en sus escritos de demanda y contestación, y solicitando ambas el recibimiento del pleito a prueba, propusieron las que tuvieron por conveniente, admitiéndose las pertinentes, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** El juicio se celebró el día 3 de mayo de 2017 con la práctica de la prueba propuesta y admitida, siendo la testifical de D. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_, en los términos que consta en la grabación y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido. Practicadas las pruebas las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El contrato de swap sobre tipos de interés es un producto financiero complejo, cuya comprensión y correcta valoración exige una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, complejidad a la que se une el hecho de que se suele tratar de contratos de adhesión. El propio legislador ha calificado estos contratos como contratos complejos (art. 79 bis 8 a) de la Ley del Mercado de Valores.

En orden al concepto del negocio jurídico en cuestión que vincula a ambas partes destaca la sentencia del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, que *“las operaciones de permuta financiera o swaps constituyen contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiéndose distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o de materias primas y de*

*acciones. En el swap de tipos de interés como el que aquí nos ocupa, las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nominal), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"); aunque también cabe el intercambio de flujos de intereses variables (swaps de variable contra variable o "basis swaps"), ya sea con distinta periodificación (EURIBOR a tres meses contra EURIBOR a seis meses) o con distinta indexación (EURIBOR a tres meses contra LIBOR a tres meses, etc.). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables, o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación".*

Como destaca la sentencia del Juzgado mercantil número 4 de Barcelona 28 de septiembre de 2009 "en general este tipo de acuerdos (swaps) pueden nacer como contratos autónomos, pero también pueden configurarse como contratos vinculados a otras operaciones de pasivo. Concretamente lo habitual en los swap de intereses es que el importe nominal sobre el que se aplican los diferentes tipos de interés pactados, venga determinado por el importe del capital prestado por el banco al cliente en otra u otras operaciones de pasivo. De esta manera el swap de intereses no se suele configurar como un contrato autónomo, sino un contrato vinculado a otro principal que es el contrato de préstamo o crédito, mediante el cual se modifica el pacto de intereses. La causa concreta de este tipo de swaps es reducir los riesgos de las oscilaciones de los tipos de intereses y con ellos reducir los costes financieros de las operaciones crediticias, no es sencillamente la especulación. Por ello, han de vincularse esas operaciones, la operación de préstamo o crédito y la permuta financiera, cuya suerte han de seguir"

Esta característica de contrato complejo requiere una especial labor de información por parte de la entidad bancaria para asegurarse que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance, máxime cuando el cliente es un consumidor, al que confiere especial protección su legislación tuitiva, siendo lo relevante la obligación que tiene la entidad bancaria de facilitar a sus clientes información suficiente, clara y comprensible de los productos bancarios que van a contratar y de los riesgos que conllevan para que así puedan decidir con total libertad si les interesan o no. Esa información no puede limitarse a lo obvio, esto es, a la advertencia de que el resultado de la operación puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación del tipo referencial, sino que debe abarcar aspectos mucho más relevantes para la correcta formación de la voluntad del contratante, tales como las previsiones del mercado del propio Banco sobre la

evolución de los tipos de interés. Como señala, entre otras, la SAP Asturias de 4 de mayo de 2012, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Este deber de información aplicable al contrato de autos al encontrarse ya en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La entidad bancaria que lo diseña y ofrece a su clientela debe realizar un esfuerzo adicional a fin de que el cliente comprenda con claridad el alcance de su decisión y valore si es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

Particularmente, debe cerciorarse de que sus clientes sean conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes (y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido).

**SEGUNDO.-** La parte demandante, ABANCA, relata en la demanda, como hechos jurídicamente relevantes que fundamentan su pretensión, los siguientes:

1. En fecha 21 de abril de 2009 los demandados firmaron con CAIXA GALICIA un contrato de cobertura del riesgo de tipo de interés, número 45583248, con el fin de estabilizar el importe de la cuota del préstamo hipotecario, que estaba sujeto a variabilidad.
2. Que los demandados eran clientes de la entidad bancaria de otros productos bancarios, y que tras las oportunas explicaciones y asesoramientos se suscribieron con la entidad bancaria este contrato de cobertura de riesgo.
3. ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A es la sucesora de CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE Y PONTEVENDRA, resultado de la

fusión de la CAJA DE HORROS DE GALICIA y la CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE y PONTEVENDRA, CAIXANOVA.

4. Que durante el periodo de vigencia del contrato se giraron las oportunas liquidaciones. Como consecuencia de la reestructuración interna de la entidad sobre ese mismo contrato y cliente obran dos listados de liquidaciones de cuotas con dos números de expediente, que acreditan una única y total deuda final (DOC.4 y 4 BIS), que asciende a 42.163,04 euros y 2.415,91 euros, esto es, 43.578,95 euros correspondientes a las liquidaciones giradas entre el 1 de septiembre de 2011 y el 22 de septiembre de 2015.

La parte actora invoca, como título jurídico, básicamente, el principio de autonomía del Código Civil (1255 Cc), y el contenido de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, artículo 19.

Sobre la base de estos hechos y fundamentos jurídicos, resumidamente expuestos ejercita una acción de reclamación de cantidad por la que interesa el abono de las liquidaciones practicadas por el importe ya señalado de 4.578,95 euros más los intereses correspondientes en el sentido que obra en el suplico transcrito en el antecedente de hecho primero de la presente resolución.

La parte demandada alega, en síntesis, y en cuanto atañe a la resolución jurídica del fondo del asunto: que los demandados suscribieron con CAJA DE AHORROS DE GALICIA un contrato de préstamo hipotecario al que la entidad bancaria, con explicaciones poco claras, indujo a firmar un documento por el que se que garantizaría el pago sin problemas del préstamo hipotecario, entendiéndose así que sería un seguro que acarrearía con el pago del mismo cuando los clientes no pudieran efectuarlo. Que incumplió la entidad bancaria la normativa sobre cláusulas abusivas, estando ante un contrato de adhesión, al tener que suscribir si o si el citado contrato junto con el préstamo hipotecario suscrito, siendo aquel desproporcionado al solo beneficiar a su redactora. Se expone reiteradamente el tipo de información insuficiente que se proporcionó y que no permitió conocer el alcance de las cláusulas. En consecuencia, aduce la nulidad del contrato (página 20, entre otras) y pluspetición. Asimismo, en relación a la cláusula relativa a las comisiones y gastos derivados de posiciones deudoras, por las que se reclama por la actora la cantidad de 2.410,24 euros, no responden a ningún servicio prestado a clientes, siendo así abusiva su imposición y por ende nula. Finalmente en el punto 15º aduce desconocer del proceso de fusión, segregación, traspaso o disolución de CAJA DE AHRORROS DE GALICIA que es con quien se efectuó la operación reclamada, no habiendo sido así notificados fehacientemente.

**TERCERO.- Excepción de nulidad del negocio jurídico.** Expuestas las posiciones de las partes, se observa cómo la demandada excepciona la nulidad del contrato swap en virtud del cual se le reclaman las anteriores cantidades.

El artículo 408 LEC regula el tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. En relación con el segundo aspecto, dispone en su apartado 2: *“Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto”*.

Anteriormente, la doctrina jurisprudencial ya afirmaba la posibilidad de que la nulidad contractual se hiciera valer por la vía de excepción sin necesidad de acudir a la vía reconvenccional (STS, Sala de lo Civil, núm. 1034/1994 de 19 de noviembre, núm. 35/2008, de 23 de enero) pero actualmente el nuevo tratamiento de la nulidad del negocio jurídico en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2.000 permite al demandado oponer la nulidad absoluta del negocio en que se basa la pretensión por medio de excepción, con un régimen especial, conocido como “excepción reconvenccional”. En este sentido, STS, Sala de lo Civil, núm.670/2013 de 29 de octubre. Se concede a la parte actora la facultad, que en el presente caso no ejercitó, de pedir al Tribunal la concesión de un plazo para contestar a la alegación de nulidad invocada como excepción, y no como reconvencción, por parte del demandado, precluyendo la posibilidad procesal en caso de falta de solicitud al no ser un trámite preceptivo; así como que el particular de la nulidad debe de resolverse con pronunciamiento propio en la sentencia, la cual en los términos del 408.3 LEC tendrá fuerza de cosa juzgada.

Por todo ello, a la vista de la solicitud de declaración de nulidad del negocio jurídico efectuado por la parte demandada, acompañado de las alegaciones de fondo efectuadas y determinantes, en su caso, de nulidad del mismo por faltar alguno de los requisitos esenciales del artículo 1261 del Código Civil dicha oposición es susceptible de plantearse como mera excepción sin necesidad del ejercicio de acción reconvenccional.

**CUARTO.- Legitimación activa.** Se adujo por la parte demandada el desconocimiento que tenía del proceso de fusión, segregación, traspaso o disolución de CAJA DE AHRORROS DE GALICIA que es con quien se efectuó la operación reclamada, no habiendo sido así notificados fehacientemente.

Queda acreditada la segregación de CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA, y consiguiente constitución de NCG BANCO S.A como sociedad unipersonal beneficiaria de la segregación que así adquiere por sucesión universal todos los derechos y obligaciones de la Caja mencionada, mediante escritura pública otorgada en fecha 14 de septiembre de 2011. Asimismo, la fusión por la que la entidad NGG BANCO S.A absorbió a BANCO ETCHEVERRIA S.A el 1 de diciembre de 2014 y el cambio de denominación de la entidad absorbente a “ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A” (DOC.1).

Por otro lado, vista la regulación de la cesión de crédito en los arts. 1.526 y ss del Código Civil, no es precisa la notificación al deudor para que ésta surta efectos, sin perjuicio de que éste puede, conforme al art. 1.527, oponer al nuevo acreedor las excepciones que puedan asistirle, o el pago realizado al antiguo acreedor, si no conoció por cualquier medio la cesión. En tal sentido se pronuncia la STS de 19 de febrero de 1993, AC 655/93, que señala *“El contrato de cesión de crédito, como tal negocio bilateral vincula principalmente a los sujetos cedente y cesionario de tal manera que el deudor cedido como no es parte en el negocio de cesión no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo”*.

En definitiva, la cesión de crédito como operación por la que se transmite el derecho de crédito de una persona a otra, permaneciendo una y la misma la obligación, es perfectamente válido si concurre consentimiento de cedente y cesionario, lo que en este caso se evidencia con las escrituras públicas mencionadas y los que se incluyen como DOC.2 por el actor. Por lo tanto, tiene plena validez, no obstante lo dispuesto en el art. 1.527 del Código Civil ya que los arts. 1164 y 1527 del Código Civil no condicionan la eficacia de la cesión al conocimiento del deudor cedido, sino que protegen la buena fe del deudor que paga al acreedor original porque considera que sigue en posesión del crédito, esto es, protege al deudor frente a la apariencia de titularidad de quien recibe el pago, en la que pudo legítimamente confiar.

Así, tiene el cesionario del crédito derecho a ejercitar las acciones que le ha transmitido el cedente, conforme al art. 1.528 del Código Civil, y por lo tanto legitimación activa, por lo que debe desestimarse la excepción. A ello cabe añadir que se desconocen los plazos por los que se pactó el contrato de préstamo hipotecario que permitiría comprobar cómo se abonaron a partir de la segregación bancaria las cuotas hipotecarias a un nuevo acreedor. No obstante si obra el contrato de swap litigioso (contrato de cobertura sobre hipoteca DOC.3), vinculado a aquél, que finaliza el 1 de abril de 2019, que permitiría así corroborar lo antes expuesto.

**QUINTO.-** En primer lugar, los demandados Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED], son, sin ninguna duda, dos consumidores que suscribieron el contrato swap enlazadamente al contrato de préstamo hipotecario, personas así ajenas al mundo inversor y financiero sin haberse dispuesto nada al respecto por la entidad actora, y por tanto merecedora de la protección máxima que se otorga por la normativa reguladora de consumidores y usuarios,

La reciente sentencia del *Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (STS n° 840/2013)*, cuya doctrina fijada, en el marco normativo de la Directiva MiFID, es plenamente aplicable al presente asunto dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación objeto del litigio, parte de la consideración de que todo cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Además de sentar unos específicos deberes de información, diferencia entre el deber de informar y el de asesorar. Así, se establece que el test de

conveniencia conforme a lo previsto en el art.79 bis 7 LMV se debe de realizar cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, es decir, cuando el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Y, en cambio, el de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, cuando exista una recomendación personalizada, implica la elaboración del test de idoneidad.

Como afirma la *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)*, "(1)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* matiza 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.

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. Es decir, labor informadora en los casos en que el cliente es quien pide la contratación del producto y labor de asesoramiento cuando es la entidad bancaria la que lo ofrece al margen de su publicidad general.

En este sentido, el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de empresas de servicios de inversión, establece en su artículo 64 que "Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, 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. En la descripción se deberá 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, advirtiéndole de los riesgos conexos y la volatilidad del precio. Toda esta información, con las notas de claridad y transparencia del art. 60, debe proporcionarse con antelación suficiente según el art. 62. En los artículos siguientes se desarrolla la obligación de efectuar test de idoneidad. En parecido sentido y dentro de su



ámbito de aplicación cabe citar la obligación de información sobre instrumentos financieros de modo que permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico de instrumento financiero, pudiendo adoptar decisiones conocimiento de causa, que se contiene en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Por todo lo expuesto, queda acreditado que la labor de la entidad demandante ABANCA, era de asesoramiento. De esta manera, debería de haber realizado el juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y el Sr. RIDER, Director de la oficina en el mes de abril del año 2009, y por tanto persona que negoció con los demandados la contratación del swap en cuestión, no recuerda concretamente si se hacían simulaciones en este tipo de contrataciones, y vagamente contesta que cree que se proporcionaban folletos informativos, ya que no recuerda el caso de los demandados en concreto, aunque si a ellos, como clientes de la entidad, indicando que se contrató porque el demandado tenía confianza con él. Del interrogatorio del testigo se desprende que el proceso de contratación adoleció de la información requerida para este tipo de contratos, en los términos anteriormente expuestos, puesto que llega a indicar que la formación que se les dio a los empleados acerca de este producto brilló por su ausencia refiriendo expresamente que “se les había explicado muy mal”, y “en una tarde”; que no recuerda que hubiera información previa a la firma a los clientes, que no recuerda si se informaba del riesgo que corría la contratación, y especialmente en caso de bajada de tipos; pero lo que confirma que era un contrato inexorablemente unido a la contratación de la hipoteca, en el que no se podían hacer variaciones, y que los empleados se veían sometidos a presión comercial para que los clientes los suscribieran.

Así, se corrobora que no se cumplió con la obligación legal de cerciorarse de que los clientes fueran capaces de comprender estos riesgos, puesto que ninguna información se proporcionó y así, de que la propia entidad bancaria, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, fuera plenamente conocedora de que este producto no era el que más que le convenía.

**SEXTO.- Consecuencias ante el incumplimiento.** Según el artículo 1.261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos, a saber, consentimiento, objeto cierto y causa. Respecto del consentimiento, el artículo 1.265 del CC, lo declara nulo si el mismo se presta entre otras causas, por error. Pero no todo error determina la nulidad contractual, así, para que el error invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad de un contrato, el artículo 1.266 del mismo precepto legal especifica que ese error deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo y que sea esencial, relevante y excusable. La doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala primera del Tribunal Supremo dispone que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea, mostrándose razonablemente cierta, difícilmente cabrá admitirlo cuando el

funcionamiento del contrato se proyecte sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad e incertidumbre, como se desprende de la documental aportada que ocurrió en el presente asunto.

Desde el punto de vista contractual, el incumplimiento de la anterior normativa, verificada en este caso ante la ausencia de información precontractual, no determina por sí solo la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, (aunque la vulneración de dicha normativa podría interpretarse como nulidad de pleno derecho al amparo del art. 6.3. del Código Civil por vulneración de normas imperativas o prohibitivas). Pero, sin duda, la falta de la anterior información es un elemento de peso importante que permite concluir que una persona como los Sres. \_\_\_\_\_ y

\_\_\_\_\_ medianamente informada, aunque sin los conocimientos específicos sobre derivados o instrumentos financieros, como el SWAP, pudiera creer razonablemente que estaba contratando algo diferente de lo que realmente contrataba, concretamente un contrato de seguro. De hecho no se explica el por qué, si se iban realizando las liquidaciones periódicamente, no se fueron reclamando sino hasta la interposición de la presente demanda.

En efecto, ha quedado probado que de la información proporcionada por el SR. RIDER, siendo el elemento definitorio más elemental de esta figura del SWAP, la aleatoriedad, resulta fácil de entender, incluso para personas ajenas al mundo financiero y bancario (aunque no las cláusulas de cancelación). La idea básica del producto es la siguiente: si el Euribor es superior al tipo fijo marcado en el contrato, el cliente recibe dinero en una liquidación positiva y si es inferior el cliente paga dinero al banco en una liquidación negativa. El resultado incierto del "alea", de la suerte de que el EURIBOR baje o suba del porcentaje depende de que suba o baje del tipo fijado en el contrato.

Sin embargo, no ha quedado acreditado por la testifical del Sr. RIDER que esta información fuera proporcionada, pero si bien matiza que la posibilidad de subidas del EURIBOR era lo que es informaba, para asegurarse los clientes que la cuota no subiera. No obra en autos tampoco documento alguno en el que se subrayara este riesgo propio del elemento aleatorio, que ante la bajada de tipos de interés, el cliente tendría que pagar más dinero y que todo ello se hacía al margen de la cuota hipotecaria que ya estaba pagando, en caso de liquidación negativa, puesto que nada se ha aportado por la entidad actora.

De todo lo anterior se debió informar por escrito a la demandante antes de formalizar el contrato dando cumplimiento a la normativa antes citada: el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de empresas de servicios de inversión, art. 79 bis LMV y art. 60 TRLCU.

Si se aportó por la actora el contrato de permuta financiera como DOC.3, en la cláusula 2 relativa al objeto del contrato, no clarifica en modo alguno su naturaleza o finalidad, ni sobre todo, establece de un modo claro cuál es la finalidad del contrato y cuáles son los riesgos que se asumen.

Por todo lo anterior procede declarar la nulidad del contrato de cobertura sobre hipoteca de 21 de abril de 2009, por error en el consentimiento, al ser valorarse la concurrencia de un error por parte de la demandante de carácter esencial e inevitable.

La declaración de nulidad del contrato por el anterior motivo agota la finalidad práctica perseguida por la demanda y hace innecesario el análisis de los restantes motivos alegados por las partes.

**SÉPTIMO.- Costas.-** Atendiendo a la desestimación de la demanda, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, procede la condena en costas a la parte actora.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

### FALLO

DESESTIMANDO la demanda formulada por ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A frente a D. \_\_\_\_\_ y Dña. \_\_\_\_\_, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a estos dos últimos de las pretensiones frente a ellos formuladas. En consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO nulo el contrato denominado "COBERTURA SOBRE HIPOTECA" de fecha 21 de abril de 2009.

Todo ello con imposición de las costas a la parte actora.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.