

SWAP: CADUCITAT DE L'ACCIÓ I EL SEU *DIES A QUO*; NATURALESA; I ALTRES ASPECTES.

Es tracta d'una Sentència que estima íntegrament la demanda interposada pel despatx professional *Bascompte Advocats*, qui va defensar una clienta minorista enfront una entitat bancària, que li havia venut el producte financer denominat "swap", sense haver-la informat de les reals característiques i riscos d'aquest producte. En aquesta demanda es va exercitar l'acció de nul·litat per vici del consentiment per error, i es va interessar la restitució recíproca de les prestacions, així com dels interessos i les costes.

D'entrada, aquesta Sentència examina la CADUCITAT de l'acció que oposa l'entitat bancària demandada, per arribar a la conclusió que l'acció de nul·litat exercitada no està caducada.

L'entitat bancària va al·legar que havent-se derivat ja d'aquest producte liquidacions negatives (a favor del banc) des del mes de febrer de 2010, en aquest moment la clienta minorista ja va poder tenir coneixement del seu error, i per tant a partir d'aquesta data s'iniciaria el còmput dels 4 anys que preveu l'art. 1.301 CC.

Al respecte aquesta Sentència resol que segons reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem i de les Audiències Provincials, no es pot confondre la perfecció del contracte (quan es presta el consentiment) amb la seva consumació (quan s'esgoten tots els efectes del contracte).

Així com que, per altra banda, hi ha contractes que es perfeccionen i consumeixen al mateix temps, en tracte únic; però el que ens ocupa és de tracte successiu per generar liquidacions periòdiques al subscriptor.

També aquesta Sentència fa referència al criteri del TS establert a la seva Sentència de data 12/01/2015: "... *el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error*", però això no vol dir que una primera liquidació negativa impliqui un coneixement perfecte del producte ni del seu abast i riscos, el qual només s'aconseguirà quan el contracte arribi a la seva fi, és a dir, quan es consumeixi. Així, aquesta resolució diu que aquesta Sentència del TS de 12/01/2015 s'ha d'interpretar tal i com ho fa la SAP de Girona de 15/06/2016: "... *su consumación no necesariamente se debe situar en el día en que dejan de producir efecto, sino en otro posterior ...*".

Per tant, l'inici del còmput d'aquest termini de 4 anys de l'art. 1.301 CC. el situa en el moment de la consumació del *swap*, és a dir, en el dia 01/12/2014, que és quan es va cancel·lar anticipadament. I per tant, l'acció no està caducada.

Així mateix, aquesta sentència també incideix en la NATURALESA d'aquest producte. Un *swap* és un producte complex. Segons la SAP Barcelona de 11/02/2015 a la que es fa referència "... *en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero*

de forma que el valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS ...”.

També en aquesta Sentència s'analitza que ja la pròpia DENOMINACIÓ del producte (“*Contrato de cobertura de hipoteca*”) indueix a error. Així com també posa de relleu que el primer contracte de cobertura firmat per la clienta minorista al contractar el préstec hipotecari era molt més beneficiós per a ella, i conclou que en conseqüència és inexplicable que, tenint el primer contracte de cobertura una durada fins a l'agost de 2013, que el 20/03/2009 se li proposés la firma d'un altre contracte de cobertura fins al 2019, en el que pujaven els topalls mínims a 4'35, 3'70 i 4'60%, quan ja des de principis de l'any la tendència de l'euribor era a la baixa. I tot això fa que sigui impensable que la clienta minorista entengués el que estava contractant, i d'haver-li explicat l'entitat bancària que empitjorava la seva situació respecte l'anterior contracte, és evident que la clienta no hagués seguit endavant amb la contractació d'aquest producte.

I per últim aquesta Sentència també incideix en les obligacions d'informació de les entitats financeres (STS 15/02/2017), el consentiment viciat per error, i la declaració de la nul·litat relativa.



Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granollers

Calle Josep Umbert, 124, planta. 4a - Granollers - C.P.: 08402

TEL.: 936934595
FAX: 936934597
EMAIL: instancia6.granollers@xif.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120158154583

Procedimiento ordinario 1050/2015 -A

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granollers
Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: i

Procuradora: Silvia Molina Gaya
Abogado/a: Ramir Josep Bascompte

Parte demandada/ejecutada: ABANCA
CORPORACIÓN BANCARIA S.A.
Procurador/a: i
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 181/2017

En Granollers, a 16 de junio de 2017

Vistos por Rosa María Brobia Varona, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granollers, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO número 1050/2015 seguidos ante este Juzgado, entre partes: de una, como demandante representada por la Procuradora Sra. Molina Gaya. Como demandada ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA representada por la Procuradora Sra. Pradera Rivera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- representada por la Procuradora Sra. Molina Gaya, interpuso demanda de Juicio Ordinario contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, tras alegar los hechos que en ella y fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:

- 1.- Se declare la nulidad del contrato de cobertura financiera sobre hipoteca nº 44771863 de fecha 20/03/2009 suscrito por la actora con Caixa Galicia (hoy Abanca)
- 2.- Se decrete la nulidad de las liquidaciones practicadas.
- 3.- Se declare la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, más los intereses legales devengados a tenor de las liquidaciones anuales ya producidas, debiendo la entidad Abanca pagar a la actora 21.613,10€, más los intereses legales que resulten de la liquidación desde la fecha en que se produjeran los pagos y hasta que se proceda a la

Doc. electrònic gencat amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ajustific.gencat.cat/AP/consultaCSY.html>

Codi Segur de Verificació: BAB7CGZELCUNHF1L68M1LAKPGUf97

Signat per Brobia Varona, Rosa María.

Data i hora: 21/06/2017 09:55





pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261». c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambos tipos de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265".

Realmente la actora en su demanda no está hablando de una nulidad absoluta por falta de alguno de los elementos del contrato. En ningún momento hace referencia a que faltase el consentimiento, sino de falta de información a la actora de lo que contrataba. De todo esto se deduce que no es posible hablar de la nulidad del contrato por falta de alguno de sus elementos esenciales, sino que estamos en presencia de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, es decir que según lo manifestado por la actora contrató un producto en el error de que creía que estaba contratando una modalidad de seguro para cubrirse frente a las subidas de los tipos de interés de la hipoteca, sin ningún riesgo, y sin que le pudieran cargar liquidaciones negativas y sin que tuviera que pagar una cuantiosa liquidación para su cancelación anticipada. Alega que la entidad en ningún momento le explicó que si bajaban los tipos de interés tendría ella que pagar a la entidad bancaria.

SEGUNDO.- Habiendo centrado la acción que se ejercita como la de anulabilidad, debo pasar a examinar la caducidad de la acción que opone la demandada.

Opone la demandada que la acción ha caducado ya que el contrato fue celebrado el 20/03/2009, pero que ya desde febrero de 2010 se produjeron liquidaciones negativas (a favor del banco) y esto siguió hasta diciembre de 2014. Por lo que desde 2010 pudo tener conocimiento de su error, pero no pidió la cancelación, y presentó la demanda en julio de 2015 cuando habían pasado más de cuatro años y la acción de anulabilidad ya había caducado.

Pues bien, nos encontramos con un contrato de un derivado financiero celebrado el 20/03/2009, del que finalmente la actora pidió su cancelación anticipada el 1/12/2014, puesto que necesitaba vender la vivienda y liquidar la hipoteca y el contrato anexo de cobertura.

En efecto, las liquidaciones negativas comenzaron en marzo de 2010 hasta noviembre de 2014.

Codi Segur de Verificació: BAB7Q6ZE7L0U4BF1LGM/MTL3KPGU197

Signat per: Brodia Yágora, Rosa María.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Antiga web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 21/06/2017 09:35





A este respecto hay que decir que, si bien nos encontramos ante una pretensión de nulidad relativa sometida al dictado de los artículos 1300 ("los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a ley") y 1301 ("la acción de nulidad sólo durará cuatro años", tiempo que empezará a correr en los casos de "error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato") del CC, y entendiéndose que, conforme a la doctrina más reciente, el plazo establecido en este último precepto es de caducidad y no de prescripción, ha de afirmarse, también de conformidad a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, que no puede confundirse la perfección del contrato con la consumación del mismo, pues mientras aquélla se origina cuando se presta el consentimiento contractual, en virtud a lo dispuesto en los artículos 1254, 1258 y 1262 del CC, ésta sólo se produce cuando se agotan todos los efectos del contrato con el cumplimiento íntegro de las obligaciones contraídas por las partes, pudiendo apreciarse el vicio consensual y ejercitarse la acción desde la perfección del contrato hasta los cuatro años posteriores al citado cumplimiento integral del mismo.

Hay contratos que se perfeccionan y consuman al mismo tiempo, en tracto único, pero el que origina la demanda origen del presente procedimiento lo es de tracto sucesivo por generar liquidaciones periódicas al suscriptor, lo que determina que el momento de su perfección, correspondiente a la firma contractual, no coincida con el de su consumación. En casos como el presente, en consonancia con un reiterado criterio del Tribunal Supremo, ya asumido también reiteradamente por esta Sala, la reciente sentencia 769/2014 del Pleno de la Sala de lo Civil de nuestro alto Tribunal, de fecha 12 de enero de 2015, que ha venido a reexaminar el estado de la cuestión, concluye que el momento de tal consumación coincidirá con "el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error". Ahora bien, esto no quiere decir, como pretende la parte demandada, que una primera liquidación negativa o una primera y simple queja impliquen un conocimiento perfecto del derivado financiero contratado, ni de su alcance y peligros económicos reales subyacentes. Esa comprensión plena sólo puede conseguirse cuando el contrato llega a su fin, es decir, cuando se consume, pues entonces ya se dispone de todos los datos precisos para conocer de forma real y total la naturaleza del producto suscrito y, en definitiva, el verdadero riesgo asumido. (En este sentido Roj: SAP Madrid de 18/12/2015 17231/2015 - ECLI:ES:APM:2015:17231)

Codi: Segur de Verificació: BABYGGZE7L0UNBF1G8MMT13KPL197

Signat per Brodia Varona, Rosa Maria.

Des. electrónic parantill amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/MAP/consolidatCSV.html>

Data i hora: 21/09/2017 09:55





En este sentido cabe mencionar la interpretación que hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de Civil sección 2 del 15 de junio de 2016 de las sentencias del TS mencionadas (ROJ: SAP GI 860/2016 - ECLI:ES:APGI:2016:860) *"No podemos estar de acuerdo con la interpretación que de estas dos sentencias (las del TS mencionadas) hace el banco demandado.*

Según su tesis resultaría que lo que pretenden es avanzar el momento en el que se produciría la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento en los contratos de trato sucesivo desde aquél en que se agotaron y produjeron todos sus efectos, a uno anterior cuando el cliente hubiera tenido conocimiento de ciertos hechos negativos relevantes para sus intereses. Una lectura objetiva y desapasionada de las sentencias indicadas nos lleva a entender que lo que ha perseguido el Tribunal Supremo ha sido precisamente lo contrario. Es decir, en función de la complejidad de estos contratos y de la realidad social del momento en que han aplicarse las normas jurídicas, considera que su consumación no necesariamente se debe situar en el día en que dejan de producir efecto, sino en otro posterior, cuando no ha sido hasta aquel momento cuando el cliente ha podido tener conocimiento de las circunstancias que lo han llevado a dar un consentimiento viciado por el error propiciado por la insuficiente información que la entidad financiera le facilitó."

En el presente asunto, el contrato se perfeccionó con su suscripción el día 20/03/2009, pero no se consumó hasta la cancelación anticipada el 1/12/2014, por lo que desde esta última fecha hasta la presentación del escrito rector de esta litis; en fecha 30/07/2015 la acción de nulidad relativa no estaba caducada.

TERCERO.- Pasemos al estudio de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, pudiéndose citar la clasificación que realiza la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 11 de febrero de 2015 recogiendo a su vez los conceptos contenidos en otras resoluciones: *"Es indiscutible que el swap es un contrato complejo y que, como dijimos en la Sentencia de esta Sección de fecha 29 de mayo de 2012 , "Dicho contrato se engloba dentro de los llamados contratos de permuta financiera o swap (en su denominación anglosajona), que, en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero de forma que el valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS (Interest Rate Swap).*

Atendiendo a los elementos esenciales de los IRS y sin perjuicio de las particularidades propias de las distintas modalidades de ellos que existen en el mercado, podemos señalar que se trata de un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de trato sucesivo y duración determinada, por el que



Enviado electrónicamente a través de la plataforma de firma electrónica de la Audiencia Provincial de Girona. Fecha de emisión: 21/08/2017 09:55
 Enviado electrónicamente a través de la plataforma de firma electrónica de la Audiencia Provincial de Girona. Fecha de emisión: 21/08/2017 09:55
 Codi Segur de Verificació: B40703ZFE7L0UNBF1LGBMANTL3KFGU197
 Signat per Bràbbia Várcia, Rosa Maria



dos sujetos (normalmente, cliente y entidad bancaria o financiera) se comprometen a intercambiar, durante un cierto periodo y al llegar la fecha o fechas de liquidación (se suelen pactar varias), el importe resultante de aplicar unos determinados tipos de interés, que funcionan como factores externos de referencia siendo distintos para cada una de las partes, sobre un importe nominal o teórico, llamado así porque no existe en realidad sino que solo sirve como referencia sobre la que calcular dichas cuotas."

La Sentencia de la Sección 15ª de esta misma Audiencia Provincial de fecha 26 de enero de 2012, por su parte, dice que "Este tipo contractual consiste en el intercambio de prestaciones dinerarias entre dos partes en función de las variaciones que experimente un índice variable de referencia (tipo de interés, en este caso el Euribor), sobre una cantidad prefijada denominada nominal o importe nominal (cifra de referencia fijada por las partes que no es objeto de entrega por ninguna de ellas, y sobre la que se aplican las obligaciones de pago que surgen a su respectivo cargo), durante un periodo de tiempo establecido, dando lugar a un flujo de prestaciones en dinero efectivo, positivas o negativas para el cliente o para la entidad financiera, que se liquidan cada cierto tiempo, trimestralmente en este caso, estableciendo el convenio un tope o límite cuantitativo del índice de referencia, cuya variación, al alza o a la baja, dará lugar a una prestación dineraria a cargo del cliente o de la entidad financiera."

Que se trata de un contrato complejo se infiere, incluso, de las propias palabras "extravagantes" empleadas en el mismo como Tipo de Interés "Collar", que hace presumir que va dirigido a personas, físicas o jurídicas, con más que probado conocimiento del mercado financiero, y a su vez hace que tengan que venir precedidos de suficiente información sobre su contenido y los riesgos para el cliente asociados al mismo.

La Jurisprudencia y doctrina vienen considerando que en dicho tipo de negocio existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012, "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr. SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012, de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, entre muchas otras)."

Doctrina toda ella aplicable al caso de autos.

CUARTO.- La Sra. _____ manifiesta que contrató un producto en el error de que creía que estaba contratando una modalidad de seguro para cubrirse frente



Doc. electrónico: garantía_amb_sígnatura_e. Dirección web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/AP/verificadorCSV.html>
 Codi Segur de verificació: BAB7QZGZETL0UNBF1LGRMM1L3KFGU197
 Data i hora 21/09/2017 09:55
 Signat per Eirebia Varona, Rosa Maria.



a las subidas de los tipos de interés de la hipoteca, sin ningún riesgo, y sin que le pudieran cargar liquidaciones negativas y sin que tuviera que pagar una cuantiosa liquidación para su cancelación anticipada. Alega que la Entidad en ningún momento le explicó que si bajaban los tipos de interés tendría ella que pagar a la entidad bancaria.

Es más, manifestó que cuando contrató su hipoteca firmó un primer "contrato de cobertura de hipoteca" el 11/07/2008 con una duración del 1/08/2008 al 1/08/2013, sobre un nominal de 67.283,25€ con referencia la Euribor bancario, con los tipos pactados para cada año de 4,80 y 5,45 % y tipo de referencia mínimo del 3,25%. Que entonces la liquidaciones fueron positivas, hasta la de 1/2/2009 que fue negativa (-61,67€). Que posteriormente la Caixa contactó con ella para que suscribiese un nuevo seguro para cubrirse frente las subidas de tipos del préstamo hipotecario, el cual le dijeron que le sería mucho más ventajoso haciéndole firmar un nuevo contrato el 20/03/2009. Este nuevo contrato era de duración de 10 años, del 01/04/2009 al 1/02/2019, sobre el mismo capital nominal, pero los nuevos tipos pactados eran 3,70 mínimo y 5,75 máximo. Mantiene que recibió varios meses con liquidación a 0€, pero en 01/03/2010 empezaron las liquidaciones negativas y ya siempre lo fueron hasta la cancelación en 2014, por una suma total de 10.433,80€ más 377,31 de intereses porque no pudo afrontarlas.

Añade que firmó los dos contratos de cobertura sobre hipoteca sin tener conocimientos sobre los productos financieros desconociendo que se trataba de una permuta financiera por falta de información. Que se le informó de las ventajas pero no de los riesgos o perjuicios, y que tampoco que se le explicó el coste de cancelación. Añadió que cuando vio la liquidaciones negativas pidió explicaciones a la Entidad y le dijeron que se trataba del swap que había firmado, y ella les comunicó que no sabía de lo que le hablaban y la Entidad le dijo que no se podía hacer nada. Que no pudo hacer frente a las liquidaciones, pero en el año 2014 puso a la venta la vivienda del referido préstamo y para cancelar la hipoteca tuvo que pagar las liquidaciones y la comisión por cancelación si quería liquidarla. Añade que ante el Notario hizo un acta de manifestaciones con nº de protocolo 2492 de la misma fecha de venta 17/12/2014 en la que decía que la entidad en virtud del contrato de cobertura de hipoteca le había presentado una liquidación de fecha 20/03/2009, con la que no estaba en absoluto conforme, dado que se le pretendía cobrar un importe por cancelación anticipada, concepto del que en ningún momento fue informada, no habiendo comprendido entonces lo que contrataba. Que dado que, si no procedía la pago, no cancelaban la hipoteca había procedido al pago pero se reserva las acciones para reclamar las cantidades abonadas al entender que dicho contrato es anulable, y sin que el pago implicase confirmación o sanación del contrato.

En el acto del juicio la directora de la Entidad Caixa Galicia, Sra. que fue quien le comercializó la hipoteca y el contrato de cobertura, manifestó que en

Codi Segur de Verificació: BAB706ZETL0UNBF1LGBMMTL3KPGU197

Signat per Breixia Varona, Rosa Elena

Doc. electrònic generat amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAF/consultasCSV.html>

Data i hora: 21/08/2017 09:55





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/API/comunitatCSV.html> Codi Segur de Verificació: BAB70G2E7LJUNBF1LGRMMTL3KP0U197
 Data i hora 21/06/2017 09:59 Signat per Brodia Varona, Rosa Maria

aquella época dicho contrato iba en el pack al contratar el préstamo con hipoteca, al igual que el seguro de vivienda, vida o paro, que también comercializaban el seguro de cobertura. Que iba en el pack y, o se firmaba todo, o no concedían el préstamo. Preguntada si se comercializaba como un seguro manifestó que no se acordaba bien del producto. Que se explicaba que era una ventaja para cliente si los tipo subían, pero no, si bajaban. Que no recordaba cómo estaban los tipos en aquella época. Que ella explicaba lo que el banco le decía que explicase, pero que no sabía si el producto era ventajoso para el cliente. Que era un producto que tenía que vender y que entendía que sería ventajoso para el Banco. Añadió que no recordaba si le dieron algún tipo de curso o formación para comercializarlo, quizás alguna reunión para el nuevo producto. Que lo que le enseñaban era a vender el producto no a analizarlo. Dijo que ella transmitió al cliente la información que el Banco le enseñó a decir. Manifestó que no recordaba a la actora, que eran muchos clientes y mucho tiempo transcurrido. Manifestó que a la mayoría de los clientes a los que se ofrecía este producto no tenían conocimientos financieros, Y que el producto lo ofrecía el Banco, que no era a iniciativa del clientes que ellos no lo conocían. Mantuvo que el ordenador sacaba el contrato, y se le daba a leer al cliente. Que ella sabía que era pero no lo leía. Preguntada si explicó que era un flujo de intereses, manifestó que no sabe lo que le contó que lo explicaba en un idioma que el cliente entendiera con la información que ella tenía. Que no recordaba si simulaba escenarios. Tampoco recordaba si explicaba que el producto tenía un valor de cancelación elevado. Que ella no trataba de engañar al cliente, pero les daba la información que ella tenía. Manifestó que ella nunca canceló un contrato de éstos. No pudo explicar la mecánica del contrato, manifestando que posiblemente ella tendría que haberlo consultado con el Departamento correspondiente. Manifestó que ella concertó el préstamo con hipoteca y el primer contrato de cobertura, pero no la novación del contrato de cobertura porque ya no estaba en la entidad.

De la documental aportada hay que decir que en la oferta vinculante nada se dice del contrato de cobertura, y no se aporta ningún otro documento explicativo del mencionado contrato.

Examinado el mismo, hay que comenzar diciendo que el propio nombre ya induce a error "contrato de cobertura de hipoteca" La explicación del mecanismo que se hace en el mismo es realmente compleja. Y sin los recibos en los que se aplica de manera práctica los intereses contratados, se hace realmente dificultoso entender su mecánica. La empleada de la entidad los equiparaba a un seguro, y aunque las Audiencias Provinciales han venido a decir que no puede confundirse con un seguro porque no tiene prima, entiendo que lo que se transmitía al cliente era que éste era un mecanismo para protegerse de los aumentos del tipo de interés. Pero dejando sin explicar correctamente que en caso de que el Euribor bajase, sería el cliente el que debería hacer pagos al





Banco.

Debo poner de relieve que el primer contrato de cobertura firmado por la actora al contratar el préstamo hipotecario, era mucho más beneficioso para ella. Puesto que se fijaba un interés máximo del 1/08/2008 al 31/01/2009 del 4,80%, es decir que si el Euribor subía del 4,80, el Banco pagaría la diferencia al cliente. Y del 01/09/2009 al 01/2013 se pactó un tipo máximo del 5,45€. Fijado para todo ese periodo un interés mínimo del 3,25€, es decir que si el Euribor bajaba de ese porcentaje sería el cliente el que tendría que pagar al Banco la diferencia. Es destacar que es notorio que el Euribor nunca superó la barrera del 5,39%. Y que desde finales de 2008 comenzó a bajar en caída libre.

Por eso es inexplicable que, teniendo el primer contrato de cobertura una duración hasta el agosto de 2013, el 20/03/2009 se le propusiere la firma de otro contrato de cobertura hasta 2019, en el que se subían los topes mínimos a 4,35, 3,70 y ya 4,60%

Es decir se empeoraba la posición del cliente, cuando ya desde principios del año la tendencia del Euribor era a la baja y cuando se contrató en marzo de 2009, el Euribor estaba 1,909%, y desde ese porcentaje siguió bajando, excepto en el año 2011 que estuvo entorno al 2%. Por lo que es impensable que de entender lo que estaba contratando, y de haberle explicado la Entidad que empeoraba su situación respecto del anterior contrato, la Sra. Calderón hubiese seguido adelante con la contratación de dicho contrato.

QUINTO.- Dicho todo esto recordemos lo que el Tribunal Supremo ha mantenido en su reciente sentencia de 15 de febrero de 2017 (Roj: STS 568/2017 - ECLI:ES:TS:2017:568) "*Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- Las pretensiones formuladas en la demanda y sostenidas en este recurso de casación se refieren a la nulidad de contratos de swap celebrados antes y después de la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, que tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE (normativa MiFID).

Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el

Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: <https://ejusipita.gencat.cat/AP/consultacsv.html>

Doc. electrònic garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: <https://ejusipita.gencat.cat/AP/consultacsv.html>

Data i hora 21/05/2017 09:56

Codi Segur de Verificació: BA870GZ7E7L0UNA8F1L98NMTL3KPGU187

Signat per Bròdia Vilanova, Rosa Maria.





cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período 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; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

2.- No obstante, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV 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), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero, entre otras muchas). Pero dicha obligación ya existía con anterioridad a la reforma, tanto en la Ley del Mercado de Valores (arts. 78 y 79) como en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios...

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante 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. En concreto, hemos mantenido que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

2.- 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

Doc. electrónico garantizado con certificado de firma: https://registro-general.cajal/APP/consultas/CSV.html
Data i hora: 21/09/2017 09:55
Conf: Seguir de verificació: BAB70G2E7LOUNBF1LG8MMT13KFGU197
Signat per: Bribbia Varona, Rose Maria





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).

3.- De este modo partimos de que la entidad financiera venía obligada, con carácter previo a la contratación, a aportar una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los riesgos concretos del producto. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre , y 195/2016, de 29 de marzo)."

aplicando la anterior doctrina la caso de autos, existe por tanto una obligación de información de la Entidad financiera que entiendo que no se ha acreditado que se produjese, es más entiendo que la información ofrecida al cliente fue confusa y contraria a los intereses de la Sra. Calderón, pues se la hizo sustituir un contrato de cobertura por otro mucho más perjudicial que el anterior. La actora contrató el primer contrato pasando totalmente desapercibido. Entiendo por lo explicado por la empleada de la entidad que testificó en el acto del juicio, que ni ella misma entendía bien en qué consistía ese producto, manifestando lo que la entidad les decía que tenían que decir para venderlo, pero siempre dentro de un lote, pasando desapercibido para el cliente, sin conocer la verdadera transcendencia del producto, y sin que se le explicase tampoco los gasto de cancelación anticipada en caso de haberla.

Por todo ello entiendo que se produjo un consentimiento viciado por parte de la actora en el momento de la contratación. En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1266 Código Civil, se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio 2009, recurso 230/2005 según la cual "*Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - 30 de septiembre de 1999, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004, entre otras muchas- al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se niega 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 producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida "*

De igual modo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "*en relación con una actuación omisiva de ocultación o*

Doc. electrónico garantit amb signatura e. Adreça web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/JAP/consultaCSV.htmf>

Data i hora: 21/09/2017 08:55

Codi Segur de Verificació: BA87GGZETL0UNBF1LG9MMT13KFGU197

Signat per: Brobbia Varela, Roser Maria.





falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido"

Nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a " *que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado*", de esta manera SSTS 6 de febrero de 1998, 14 de julio de 1995, 29 de marzo de 1994. Lo que, evidentemente, se sigue por nuestras Audiencias, así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 20 de septiembre de 2011 o de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 14 de febrero de 2012, entre otras.

En el presente caso se dan todos esos requisitos, error padecido se produjo por la falta de información o la deficiente información facilitada por la entidad, que produjo un perjuicio en la actora, que de haber conocido la verdadera naturaleza del contrato no lo hubiera suscrito, siendo el error excusable, puesto que la actora no tiene conocimientos financieros, e iba incluido junto con un préstamo hipotecario, enmascarando su verdadera naturaleza, y el riesgo que el mismo suponía.

SÉXTO.- De conformidad con lo establecido en los anteriores fundamentos, procederá declarar la nulidad relativa (anulabilidad) por error como vicio del consentimiento, respecto de la contratación del contrato de cobertura de hipoteca de fecha 20/03/2009.

La anulabilidad conlleva los efectos del artículo 1.303 Código Civil. Así Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 establece " *opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1.303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales*".

Por lo tanto, procede la estimación de la demanda, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que fueron objeto del

Codi Segur de Verificació: BA3703ZETL0UNBF1L08M5TLKPKGU197

Signal per Brobja Valona, Rosa Maria

Proc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://judicial.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 21/06/2017 09:55





contrato de cobertura de hipoteca, con los intereses legales devengados, en ambos casos.

Puesto que la demandada nada opone a la cuantificación realizada por la actora, se condena a la entidad Abanca al pago a Erika Calderón Chaves de la cantidda de 10.811,11€ por la liquidaciones negativas, más 10.801,99 por la cancelación anticipada, es decir 21.613,10€, más los intereses legales que resulten de la liquidación desde la fecha en que se produjeran los pagos, hasta que se proceda a su devolución.

SEPTIMO.- Estimada la demanda se imponen las costas de esta instancia a la demandada (art. 394.1 de la LEC).

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

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta representada por la Procuradora Sra. Molina Gaya contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA.

DECLARO la nulidad del contrato de cobertura financiera sobre hipotecá nº 44771863 de fecha 20/03/2009 suscrito por la actora con Caixa Galicia (hoy Abanca), así como las liquidaciones practicadas en su virtud.

Acuerdo la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, más los intereses legales devengados a tenor de las liquidaciones anuales ya producidas.

CONDENO a la entidad ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA. pagar a la actora 21.613,10€, más los intereses legales que resulten de la liquidación desde la fecha en que se produjeran los pagos, hasta que se proceda a su devolución.

CONDENO a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA a las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación para su posterior decisión por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de apelación la consignación como depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Así por esta sentencia, así lo pronuncio, mando y firmo.

