

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 64 DE MADRID**

C/ María de Molina, 42 , Planta 1 - 28006  
Tfno: 914930848  
Fax: 914930850  
42010143



NIG: 28.079.42.2-2013/0197544

**Procedimiento Ordinario 1500/2013 A.**

**Demandante:** S.L.  
PROCURADOR D. JOSE ANDRES PERALTA DE LA TORRE  
**Demandada:** BANKIA S.A.  
PROCURADOR D. FRANCISCO ABAJO ABRIL

**SENTENCIA Nº 133/2015**

**MAGISTRADO- JUEZ:**  
D. ALFONSO MORENO CARDOSO

**Lugar:** Madrid  
**Fecha:** veinte de julio de dos mil quince

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Alfonso Moreno Cardoso, Magistrado - Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 64 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario que con el número 1520/2013, se han seguido en este Juzgado, y en los que han sido parte, demandante la entidad S.L. (Hoy S.A.), representada por el Procurador de los Tribunales, José Andrés Peralta de la Torre, y defendida por la Letrada, Sra. Rosario Gómez Castaño, y de otra, y como demandada, BANKIA S.A., en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre, se presentó demanda de juicio ordinario contra BANKIA S.A., basada en los hechos y fundamentos de derecho que aquí se dan por reproducidos, terminando por suplicar al Juzgado, que, previa la tramitación correspondiente, se dicte sentencia por la que se condene a las demandadas a abonar la cantidad de 117.926, 97 euros.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que contestase en el plazo de veinte días.

**TERCERO.-** Dentro de plazo, las entidad demanda, representada por el procurador Francisco Abajo Abril, se presentó escrito de contestación a la demanda, interesando que se dictase sentencia desestimatoria de la demanda.

**CUARTO.-** Se citó a las partes a la audiencia previa en que se dio un primer turno de palabra para alegaciones. No siendo posible el acuerdo, se recibió el pleito a prueba, y previa declaración de pertinencia, se citó a las partes a juicio.

**QUINTO.-** El día y hora señalados para el juicio se practicaron los medios probatorio con el resultado que obra en autos, tras ello se concedió un turno de palabra para conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

**SEXTO.-** En la tramitación del presente procedimiento ordinario, se han observado las prescripciones legales, incluso el término para dictar sentencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**PRIMERO.-** Por el presente litigio, la parte demandante, Procurador D. JOSE ANDRES PERALTA DE LA TORRE, en nombre y representación de “ S.L.” (hoy denominada S.A) contra BANKIA S.A. representada por el Procurador D. FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL, interesa que se declare la nulidad de los contratos, a) “Contrato marco de compensación contractual para Operaciones de Derivados” de 25/07/ y “Documento de confirmación al amparo del Contrato Marco de compensación contractual para Operaciones de Derivados” de 25/07/ b) “Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés” de 12/06/ y “Anexo al Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés nº 20770668900003471” de 13/06/ y c) “Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés” de 17/02/ y “Anexo al Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés nº 207706689600005491” de 17/02/ Subsidiariamente que se declare su anulabilidad. Que se condene en consecuencia a devolver a la actora la suma de 117.926’97 euros; intereses que dejaban detallados y costas.

La demandada al contestar y a lo largo del proceso ha interesado la desestimación de la demanda con imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Las partes sustentan sus respectivas posiciones en el litigio aduciéndose, por la actora, sustancialmente, que ha sido cliente de Caja Madrid habiendo concertado varias operaciones prorrogables por periodos anuales

sucesivos que ha cumplido con regularidad y que durante la vigencia del contrato litigioso ( años a 2012) se refirieron a Cuenta de Crédito, Descuento Comercial y Comercio Exterior). Que en en fecha próxima a la renovación, el entonces Director de la Oficina 1874, de Caja Madrid, D. , les dijo que tenían que firmar un seguro con el fin de asegurar el tipo de interés en las operaciones de riesgo que Caja Madrid le había concedido pues el Euribor tenía una tendencia alcista y había que protegerse fijando un tipo de interés máximo que estableciera una barrera a las subidas de los tipos de interés, con lo que se reducirían los costes financieros; que se podía cancelar sin coste alguno y que era totalmente gratuito pues no tenía comisiones, pero sin explicar las consecuencias si la tendencia del Euribor era a la baja. **Se firmó –primer contrato- el producto que se denomina “Maxiprotección a medida ...” y el documento confirmación (Docs. 6 y 7).** Como consecuencia de dicho contrato la actora ha pagado a la demandada 58.191´3 euros según liquidación que expone. Antes de finalizar el contrato hizo reclamación al servicio de Atención al cliente de Bankia (docs. 9 y 10). Que en cuanto al **segundo contrato**, firmado en ante la situación económica que pasaba la demandante, dado que conocía a D. director de la Oficina 0668, le planteó necesidades de financiación y tras conversación se le autorizaron las operaciones: Línea de Extranjero de euros para Crédito documentarios...Línea de Descuento de 90.000 euros... y Línea de Cuaderno; y se le indicaba que en compensación tendría que firmar Cobertura de Tipos de Interés de euros. Verbalmente se les dijo que era obligatorio firmar el dicho contrato; mas, un día antes de la firma de aquel contrato se le enviaron dos archivos (conocido como CRI), y se firmó finalmente un “Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés” y Anexo. En ese momento la demandante no había abonado todavía cantidad alguna a Caja Madrid por el primer contrato. Que al firmar Bancaja le entregó “comunicación sobre categoría MIFID” donde se le clasifica como MINORISTA (Se acompañan correos a los docs. 11, 12 b y contrato al 12 a), 13,14 y 15). Que como consecuencia del referido contacto la demandante ha pagado a Bankia 24.550´92 euros, según liquidaciones que expone, y se acompaña documento 16. Que en cuanto al **tercer contrato** surge en la coyuntura de adquirir un local/nave encontró un que tenía una hipoteca pendiente de 781.712 en Bancaja, y que se aprobaba la operación si bien que como compensación tiene que firmar obligatoriamente Cobertura de tipo de interés”, y persuadido de ello se firmó el 17 Febrero el “Contrato Marco de Permuta financiera de tipos de Interés y Anexo. Que tomo conciencia del riesgo asumido con posterioridad a la firma cuando tuvo que pagar la primera cantidad por el primer contrato pero todavía no había satisfecho suma alguna

del segundo. Que por el tercero ha tenido que pagar 35.184'74 euros. Que se han cometido irregularidades que deja enunciadas en el escrito rector que avalan la pretensión, por concurrencia de error y dolo derivados de la información suministrada por la demandada en los tres contratos y por la obligación impuesta respecto el segundo y tercero.

**TERCERO.-** Por la demandada se contesta la demanda excepcionado Indebida Acumulación de acciones, Caducidad de la acción de nulidad e inviabilidad de los tres contratos por hallarse vencidos. Por lo demás se sostiene la entrega de información precontractual sobre el producto y, en todo caso, con la contratación de los mismos, la demandante conseguía estabilizar sus tipos de interés durante el tiempo de cobertura pactada. En la ficha (doc. 3 contestación) se explica con claridad la descripción y las características del producto, define y establece su finalidad y forma de liquidación cita los riesgos inherentes ante las subidas o bajadas de tipos, sus gastos... y recoge las posibles modalidades de coberturas de tipos de interés. Por otra parte, en cuanto a los dos contratos de Bancaja, también se cumplió con los deberes de información (doc. 11 demanda) con el folleto explicativo de los tipos de cobertura que tenía a disposición la meritada entidad (tipo fijo, cobertura dinámica y tipo fijo subvencionado) y en segunda contratación de Bancaja sucedió lo mismo a tenor del documento 17 demanda). Que no concurre ningún supuesto de error que invalide el consentimiento puesto que la sociedad actora conocía perfectamente lo que firmaba, pasando a definir el contrato de permuta financiera y a describir los contratos de autos; concluyéndose que estaba diseñados para cliente que temía el encarecimiento del coste financiero ante la subida constante del Euribor entre y que el contenido de los mismos es claro pues no se halla de que sea un seguro sino “derivados financieros” y que podía obtener liquidaciones positivas y/o negativas.

**CUARTO.-** En el acto de la Audiencia Previa, 9 Diciembre 2014, se desestimó “in voce” la excepción procesal de supuesta indebida acumulación de acciones sin que como consecuencia de ello se articulara objeción alguna.

Por lo que hace a la excepción de fondo, caducidad, igualmente alegada, ha de ser rechazada por ya sea tomando la referencia de la fecha de los contratos en que se produjo su consumación, cual plantea la demandada, 25 julio 2011, el 12 junio 2012 y 17 febrero 2013, como de la firma, pues es claro que no habrían transcurrido los cuatro años conforme al art. 1301 CC dado que la demandada fue presentada el 28 noviembre 2013 y, ello, además, es conforme con el criterio sentado sobre la materia en la STS 12 Enero 2015, en cuanto indica que resulta de todo punto concluyente, posibilitando una

interpretación amplia para el ejercicio de la acción, sentar que no basta la referencia de la perfección del contrato sino que es preciso la consumación y esta tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes o cuando se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó.

Indica dicha resolución que no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Para terminar refiriéndose a supuestos como el de autos, señalando, "...Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, 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 el error."

Por otro lado, no es posible contemplar la falta de acción –en otra perspectiva de que habría caducidad- que implícitamente opone la demandada sobre la base de que los contratos, cuya nulidad se pide, se halla finalizada su vigencia al momento de presentar la demanda de autos. Así, la nulidad/anulabilidad interesada tiene por fundamento el momento inicial de la contratación en punto a los elementos esenciales integrantes del negocio jurídico, y ese examen es independiente de que el contrato haya transcurrido el plazo de vigencia. De cualquier forma, conforme a lo apuntado por el criterio del T.S. en la sentencia que se deja indicada, es de constatar en el presente asunto que en secuencia de la firma de los tres contratos, el segundo (13/06/ ) y tercero ( 17/02/ ) fueron firmados en fechas anteriores a que la demandante pudiera percatarse de los riesgos asumidos pues tuvo conciencia de ello cuando se le cargaron los excesivos intereses de 6.365´17 euros el 30 Julio como efecto del primer contrato.

**QUINTO.-** Régimen jurídico de las permutas financieras en general y el de información reglada como sistema de protección del inversor.

Conceptualmente, los denominados contratos de permuta financiera, de cobertura de tipos de interés o más comúnmente conocidos como swaps, son

contratos mediante los que ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado. Existen swaps utilizados sobre los tipos de cambio, tasas de interés, índices accionarios o bursátiles, etc.

Es de aplicación la directiva 39 CE ( MIFID) y la Ley 47/ de 19 Diciembre de su transposición. Lo es respecto los tres contratos dado que, en cuanto al primero, que la parte demandada alega no estaba en vigor dicha norma, las cuestión fue estudiada y resuelta por el T.S. en la [STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011](#) ; como se declaró en esta última sentencia -en la que se examinó el estándar de información exigible respecto a un negocio realizado antes de la transposición al Derecho nacional español de la Directiva MiFID-, las normas reguladoras del mercado de valores ya exigían antes de la incorporación de esa Directiva un especial deber de información a las entidades financieras para actuar en ese ámbito ( *art. 79.1.e LMV en su redacción vigente cuando se concertó el contrato y RD 629/1993, de 3 de mayo* ), lo que después se reguló de modo más detallado en el *artículo 79.bis LMNV con la transposición de dicha Directiva; por otra parte; como también se dijo en esa sentencia, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva MiFID* ha de ser tomada en consideración en la interpretación de las obligaciones de la entidad financiera aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de 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 ( *STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86* ).” Este criterio viene siendo recordado por los Autos del Tribunal Supremo como, de los más recientes, el de 13 Mayo 2015.

Los artículos 38 y 39 del RD 1310/ contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables; el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor no cualificado. El primero, el minorista es caracterizado por defecto o exclusión; lo es quien es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procuradora por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor, para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor (y ello es lo que se predica precisamente en el preámbulo

de la Ley 6/2011, de 11 de abril (LA LEY 7083/2011). Se da, así, lo que se ha llamado una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas.

La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional de forma que toma definitivo impulso por la transposición de la Directiva 39/CE (LA LEY 4852/ (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/ de 19 de diciembre (LA LEY 12697/ que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/ de 15 de febrero (LA LEY 1160/

Esta normativa impone cara clientes minoristas, que las entidades de crédito tienen el deber general de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo” (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (art. 79 bis LMV). La entidad debe “mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”. Tal información debe ser “imparcial, clara y no engañosa” y debe versar “sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)” en función de que la misma “les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de Causa”. El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RDL 217/ especialmente en sus arts. 60 y 64; indicándose en este último 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 instrumentos financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a este instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión –entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el

ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

b) Debe de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

c) Debe de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuada para el cliente.

d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él sí, sobre la base de esta información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Real Decreto 629/19933 de 3 Mayo sobre normas de actuación en los mercados de Valores y Registros Obligatorios y Directiva Comunitaria 73 que impone el deber de información de manera clara con entega de documentación

**SEXTO.-** La cuestión relevante en las presentes actuaciones consiste en analizar a luz de las pruebas practicadas y conforme a los criterios contenidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si ha existido o no incumplimiento relevante por parte de la entidad demandada, y por ende si concurre o no vicio en el consentimiento prestado por los demandantes.

Así, respecto del proceso negociador que conduce a los clientes a la contratación, ciertamente es difícil conocer el grado de información resultante de las conversaciones mantenidas entre el cliente y los directores de la sucursal, pues se trata de conversaciones en las que únicamente intervienen los afectados por el litigio, normalmente sin participación de personas ajenas, de manera que las versiones de las partes afectadas suelen ser contradictorias, sin perjuicio de lo cual, la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como se declara, entre otras en Sentencias de la AP Valencia de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en el proceso.



De cualquier forma no pueden perderse de vista, ya en estos momentos, las STSs, que vienen a marcar el devenir definitivo en la materia, así la de TS 18 Abril 2013 que casa la sentencia de la A.P. de Valencia relativa a operación de adquisición de preferentes de Lehman Brothers y establece unos criterios de especial exigencia en operaciones de este tipo de asuntos en los que cabe resaltar, por ejemplo, argumentos como “Dicha previsión normativa (La Ley de Mercado de Valores) desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo (LCEur 1993, 1706), sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, cuyos arts. 10 á 12 exige un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Las normas de Derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...” “...La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad. El contrato de gestión discrecional de cartera de inversión es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 28/ de 20 de enero (RJ 350) , RC núm. 1755/1997 , hacía referencia a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros.». La confianza que caracteriza este tipo de relaciones comerciales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea Inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible...”

Y, de igual modo, la de Pleno de Sala de 20 Enero 2014, al resolver sobre producto similar al caso, establece, resumidamente, el criterio de que si bien la falta de información adecuada no constituye “per se” el error en el consentimiento sí puede hacer presumir, salvo prueba en contrario, que se ha producido.

**SEPTIMO.-** Vicio del consentimiento por dolo/error.

En cuanto al dolo es de indicar con la STS de 5 de Marzo de 2010 (RJ 2010,2390), como el mismo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario y sigue indicando que no sólo manifiestan el dolo la “insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que se calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe” y lo reitera la de 2 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de (RJ 609) que también constituye dolo “la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”. Y la de 26 de marzo de (RJ 1748) dice “... el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador de las vicisitudes administrativas del negocio tramitado, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual “. Y la de 25 de abril de un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe”. Y, por último la de 5 de mayo de añade: “en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (SS, entre otras, 29 de marzo (RJ 1994, 2304) y 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7455); 15 de junio de 1.995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1.996;23 de julio de 1.998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 11 de julio de 2.007 8RJ 5132); 26 de marzo de 2.009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1.993 ; 11 de junio de 2.003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 3 y 11 de julio de 2.007; 26 de marzo de 2.009)”.

Siendo igualmente de señalar con las STS de 16 febrero 2010 (RJ 2010, 1783), como el dolo de acuerdo con la definición del art. 1.269 CC se ha considerado que en un sentido muy amplio, “es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio”, aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza

para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera, que en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él, sigue señalando, para que en un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.

El error, como vicio del consentimiento, consiste en una equivocada o inexacta representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico y, en definitiva, que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1994 lo define como "el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida".

El error como vicio del consentimiento constituye una medida "excepcional", ya que "lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato".

Según el artículo 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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.

En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quién ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración ( SSTs 3-3-1994, 12-7-1994, 24-1-1995, 12-11-1995, 17-2-1996 y 17-7-1996).

**OCTAVO.-** Pues bien, en el caso que nos ocupa, hemos de establecer, como corolario de lo anterior, y en conclusión, como razón de decidir este litigio, estimando la demanda en su petición principal, que:

1) La demandada no ha acreditado, cual le correspondía (carga probatoria que sienta la STS de Pleno referida de 20/1/14) que cumpliera con las exigencias normativas cara a los inversores minoristas y en especial el riesgo

que suponía la contratación de los tres contratos de autos. Esto es así por cuanto no se desprende de los documentos presentados, por mucho que fueran firmados, tras una hipotética lectura. Bankia incumplió la obligación de información, diligencia y transparencia, ya que no lo hizo sobre aspecto esencial como lo es la evolución de los tipos de intereses, los riesgos que podían derivarse, su vinculación directa con subidas y bajadas de Euribor exponiendo con supuestos simulados sus resultados, valor de este y la tendencia al acto de la firma; ni sobre el cálculo de la liquidación o su coste de cancelación anticipada. Tampoco aparece información sobre “riesgos”.

Tal carga probatoria no se ve contradicha por la prueba de interrogatorio del legal representante de la demandante, pues su declaración es observada, desde nuestra intermediación, cual realista y veraz que revela como notas destacadas: a) Que su desempeño en el marco de la empresa es como gerente único y que aun cuando aparece relacionado con distintas funciones como la de director financiero, no se advierte la preparación técnica para conocer la realidad de los productos contratados. Que no sabía que tenía que pagar por debajo del Euribor cuando éste estuviera algo (responde a pregunta sobre el 5'80 %). Que esto se explica porque él no ha efectuado operaciones de inversión para obtener rendimiento ni en los tres supuestos de autos, ni en estos nunca pensó que hubiera de correr con riesgos ya que se trataba de preservar el coste de su financiación pero no que supusiera mayor incremento o compromiso de su estabilidad financiera. El interrogatorio desvela claramente que, en punto a la operación del aseguramiento de la hipoteca, se le impuso la contratación para autorizar la subrogación en la hipoteca existente de Bancaja.

El testigo de la parte demandada, D. \_\_\_\_\_, que fuera empleado de Bankia, ha manifestado que conocía a la parte actora y que tenía una línea de descuento, otra de comercio exterior y cuenta de crédito, que podrían suponer un pasivo de \_\_\_\_\_ euros ó 400.000 euros. Que se trataba de dar cobertura a los riesgos derivados de que por entonces, \_\_\_\_\_ subían los tipos de interés. Que cree que haría preguntas ante dudas, como es normal, y se firmó. Que sobre \_\_\_\_\_ empezaron a bajar los intereses. Se cambio de oficina en 2010, y por esa fecha el cliente le mostro alguna inquietud pero no hubo queja por escrito.

Pero demás, según el acontecer puesto de relieve, en el caso, implica que hubo asesoramiento y que el mismo obvió la primera regla de actuar en beneficio de cliente. Así, la mera circunstancia de ofrecer un producto de manera individual da origen a la figura del asesoramiento en materia de inversión exista o no contrato realizado por escrito, lo que se señaló por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 30 mayo 2013 (caso Benil 48.SL, C-604/2011) y, aquí, en la STS del Pleno de 20-1-2014.

Es intrascendente que hubiera concertado tras el primer producto los dos siguientes, sin que se de infracción de la doctrina de los actos propios porque la jurisprudencia exige un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, lo que no puede predicarse en los supuestos en que hay error, como es este supuesto de inevitable, ignorancia o conocimiento equivocado. Además, en el caso, se produjo la contratación de los dos siguientes al primero antes de que se produjera el primer cargo o liquidación negativa del primero.

2) Por su parte, la parte demandante ha acreditado, mediante su propia prueba, la declaración del testigo D. \_\_\_\_\_, en cuanto se hizo cargo de los asuntos de D. \_\_\_\_\_ manifestando recordar que no llevo a cabo la cancelación de los productos por los costes que conllevaban pues eran tres veces más de lo que se pagaba, y la Pericial técnica de D. Ramón Diaz Zarate que ratificó su informe y resalto el carácter especulativo de los tres productos no aconsejable su contratación para minoristas y, que se debió, en todo caso, realizar los test de idoneidad y conveniencia. Ello además, por los numerosos aspectos favorables que se han puesto de manifiesto, por la testifical de la parte demandada y las respuestas recabadas por la misma del interrogatorio, como se ha destacado más arriba.

Que la Entidad le clasificó como Minorista (doc. 15). Que no se realizaron cuestionario de idoneidad ni el de conveniencia. Que la demandante no ha realizado supuestos de inversión, sin conocimientos o preparación idónea para entender los riesgos de los productos ofrecidos y/o impuestos; y que en ese sentido no pensó que los productos concertados tuviera tal objetivo sino evitar la afectación de la estabilidad financiera del negocio comprometida por la financiación proveniente, para el sostén de la actividad de la demandante y que, en Caja Madrid se concretaban en Cuenta de Crédito, Línea de Descuento y Línea de Comercio Exterior, mientras que en Bancaja, eran: línea de comercio exterior, linera de descuento y línea de cuaderno.

Por tanto, es que, con un nivel de instrucción básico, no resultaba bastante, desde luego, para comprender y entender, en su caso explicaciones que se le pudieran ofrecer con ocasión de las operaciones que realizó como la de estos autos, cuya complejidad y trasfondo parte del dato engañoso de que los tres contratos ofrecidos lo fueron como un seguro o medio de cobertura de los riesgos de subida del Euribor, con relación a las operaciones financieras que tenía contratada la demandante; sin que en realidad se le informara de lo que se contrataba era una permuta financiera que comportaba riesgos con posibles elevados perjuicios económicos. De manera que se ofrece al cliente una estabilización de los costes financieros y el resultado es lo contrario, mayores costes.

Que con arreglo a lo anterior es evidente que no se cumplió con la debida transferencia informativa y que se utilizaron verdaderos contratos de adhesión sin posibilidad de negociarse individualmente.

No guardaban, por demás, relación tales contratos con la presunta garantía, en la medida que el primero fue contratado por cinco años y las operaciones a proteger eran de duración doce meses; el 2º y 3ª, son en torno a los tres años, en tanto que la hipoteca es de 25 años.

Por ello, como se concluye, en caso análogo al presente, por la STS de 8 Julio 2014: “Nulidad de contrato de permuta financiera (swap) de tipo de interés. Error esencial: error sobre el contenido del contrato y el alcance del riesgo asumido. Contenido del deber de información que se impone a la entidad financiera por la normativa MiFID. Incidencia del incumplimiento de ese deber de información en la apreciación de error.” Y, abundando en ello, también la mas reciente STS de 26 Febrero 2015, en la que se confirma la existencia del error “... la entidad de crédito demandada ofreció el *swap* a la demandante, cliente minorista, no realizó el test de idoneidad -que era obligado ya que al comercializarse el *swap* como recomendación personalizada el servicio prestado fue de asesoramiento **financiero** - y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato.

En consecuencia, como se declaró en la [\*STS de 7 de julio de 2014, rec. nº 1520/2012\*](#), lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este **producto** que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el [\*artículo 64.2 del RD 217/\*](#)), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este **producto** era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad....”

**NOVENO.-** Constatado que el vicio del consentimiento, sufrido por la demandante, la llevó al error, inevitable, al carecer de la información y la aptitud personal necesarios, sobre la esencia del negocio jurídico, contratando el producto financiero de autos con la concurrencia de deficiente asesoramiento en la prestación de los servicios, procede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1301 y 1303 CC, declarar la nulidad de los contratos de que se trata en este proceso, con los efectos de que las partes deben devolverse sus respectivas prestaciones. Al efecto, la demandada es condenada a que pague a la demandante la cantidad total de 117.926’97 euros y esta última no ha de devolver cantidad alguna por que no la obtuvo.

Por otro lado, la demandada satisfará los intereses legales desde, en el **primer contrato** (docs. 6 y 7 demanda) **desde la fecha de reclamación extrajudicial el 5 junio 2012**, y respecto del **segundo y tercero, desde la interposición de la demanda**. En ambos casos hasta el dictado de la presente (arts. 1100, 101 y 1108 CC) y en adelante los intereses del art. 576 LEC.

**DECIMO.-** Al darse la estimación de la demanda se imponen las costas a la parte demandada de acuerdo con el art. 394.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **F A L L O**

**ESTIMO la demanda**, en su pretensión principal, formulada por la Procurador el Procurador D. JOSE ANDRES PERALTA DE LA TORRE, en nombre y representación de S.A. (antes S.L.) contra BANKIA S.A. representada por el Procurador D. FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL, declarando la nulidad de los contratos: a) “Contrato marco de compensación contractual para Operaciones de Derivados” de 25/07/ y “Documento de confirmación al amparo del Contrato Marco de compensación contractual para Operaciones de Derivados” de 25/07/ b) “Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés” de 12/06/ y “Anexo al Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés nº 20770668900003471” de 13/06/ y c) “Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés” de 17/02/ y “Anexo al Contrato marco de permuta financiera de tipos de interés nº 207706689600005491” de 17/02/ Consiguientemente, las partes vienen obligadas a restituirse recíprocamente lo aportado por cada una de ellas, en el sentido de que, en el caso, únicamente la demandada devolverá a la demandante la suma total entregada de 117.926’97 euros, sin que la demandante haya de hacerlo al no recibir beneficio alguno como resultado de la suscripción de los tres contratos de autos. La demandada pagará los intereses arriba reseñados. Todo ello con los intereses indicados arriba. Se condena a la demandada al pago de las costas.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma con la indicación de que la misma no es firme, y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación a interponer en el plazo de veinte días ante este Juzgado desde su notificación, debiendo acreditar al interponerlo haber consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado (2661), clave (02), a favor del presente expediente, como depósito, la cantidad de 50 euros.

**DILIGENCIA.-** En Madrid a veinte de julio de dos mil quince.

La extiendo yo, la Secretario judicial, para hacer constar que en el día de la fecha es firmada y entregada a la Oficina judicial por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe, la anterior sentencia, y que se pasa a dejar en autos certificación literal de la misma, llevando el original al libro de sentencias, procediendo seguidamente a la notificación a las partes. Doy fe.