



Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4
 C/ Párroco Hernández Benítez nº 10
 Telde
 Teléfono: 928 13 87 34
 Fax: 928 13 87 23

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Nº Procedimiento: 0001303/2009

NIG: 3502631120090010549
 Materia: Recl. cantidad -200 millones ptas.
 Resolución: Sentencia 000206/2010

Intervención:
 Demandante
 Demandado

Interviniente:
 LA CAJA DE CANARIAS

Procurador:
 JUAN FERMIN ARENCIBIA MIRELES
 MARIA TERESA VICTOR GAVILAN

SENTENCIA

En la ciudad de Telde a veintidós de octubre de dos mil diez

DOÑA NATALIA BAYOLL DELGADO, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de los de esta ciudad, ha visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO identificados con el número 1303/2009, promovidos por la entidad S.L., representada por el Procurador don Juan Fermín Arencibia Mireles y defendida por el letrado don Miguel Rúa-Figueroa González contra la entidad CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS (CAJA DE CANARIAS) representada por la procuradora doña Teresa Víctor Gavilán y defendida por la letrada doña Elena Álvarez Rodríguez, en nombre de Su Majestad El Rey dicta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 27 de octubre de 2009 el procurador don Juan Fermín Arencibia Mireles en nombre y representación de la entidad S.L. presenta demanda de juicio ordinario contra la entidad CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, ejercitando la acción de nulidad contractual y subsidiariamente la acción de resolución del contrato.

SEGUNDO.- Turnada la demanda a este Juzgado se acuerda mediante auto de 9 de noviembre de 2009 la admisión a trámite de la misma, así como su traslado a la parte demandada, emplazándola para que la conteste en el plazo legalmente establecido. Trámite que se efectúa con fecha de 28 de diciembre de 2009.

TERCERO.- Mediante proveído de 17 de febrero de 2010 se cita a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 2 de junio de 2010, en la que se admiten como pruebas, por la parte actora, la documental por reproducida y el interrogatorio de la parte demandada en la persona de doña Beatriz Lucía Hernández y por la parte demandada, la documental por reproducida y el interrogatorio del actor.

CUARTO.- El 20 de octubre de 2010 se procede a la celebración de la vista, a la que no comparece doña Beatriz Lucía Hernández, pese a estar





Finalmente, en cuanto al motivo de oposición alegado por la entidad demandada consistente en que la parte actora sólo impugnó en el momento en que sufrió la primera liquidación a su cargo, se comparte la postura mantenida en este sentido por la sentencia de la AP de León de 22 de junio de 2010, según la cual "no puede oponerse como óbice al supuesto error de hecho advertido por el recurrente de que la actora no manifestara disconformidad alguna a dicha entidad bancaria ni postulara la ineficacia del negocio, en tanto los resultados financieros le fueron favorables, pues si analizamos la relación de liquidación que la demandada expone vemos que es cuando las negativas para la actora son tan gravosas, cuando se suscita en ella la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato"

Por todo lo expuesto procede declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito con fecha de 21 de mayo de 2008 por consentimiento viciado por erro inexcusable.

CUARTO. De las consecuencias de la nulidad del contrato.

Conforme al artículo 1300 del código civil aunque concurren en un contrato sus requisitos esenciales, podrán ser anulados cuando adolezca de algún vicio que lo invalide con arreglo a la ley. Añade el artículo 1303 del mismo Cuerpo legal que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses.

En el presente caso se considera nulo el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes con fecha de 21 de mayo de 2008, con la consiguiente obligación para las partes de restitución recíproca de las prestaciones que hubieran recibido, en este caso, conforme a la documental que obra en las actuaciones, la entidad demandada está obligada a restituir a la entidad S.L. la cantidad de 5.910,72 euros (correspondiente a las liquidaciones practicadas con fecha de 23 de febrero de 2009, 21 de mayo de 2009 y 21 de agosto de 2009), más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato declarado nulo hasta la ejecución de sentencia con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en la cuenta de la entidad actora.

QUINTO.- De las costas procesales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC procede imponer las costas generadas en este procedimiento a la entidad CAJA DE CANARIAS.

En atención a lo expuesto y a las disposiciones legales aplicables,

PARTE DISPOSITIVA





Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por la entidad MULTICAN SERV, S.L. **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre le entidad S.L. y la entidad CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS (CAJA DE CANARIAS) con fecha de 21 de mayo de 2008, condenando a ésta a restituir a la entidad S.L. la cantidad de CINCO MIL NOVECIENTOS DIEZ EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (5.910,72 euros) más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato declarado nulo hasta la ejecución de sentencia con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en la cuenta de la entidad actora.

Impónganse las costas generadas en este procedimiento a la entidad CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS (CAJA DE CANARIAS)

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, que deberá previamente anunciarse ante el presente órgano judicial en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de su notificación, previo depósito de la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.





debidamente citada, considerándose injustificada la suspensión interesada cuatro días antes a la celebración de la vista. Ante la renuncia de la parte demandada al interrogatorio de la parte actora, quedan las actuaciones vistas para resolver.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la pretensión principal.

Interesa en primer lugar la parte demandante que se declare nulo el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito con la entidad demandada el 21 de mayo de 2008. Se basa esta solicitud en que hubo un vicio en el consentimiento, concretamente error en la parte actora por dos motivos, primero porque la entidad demandada no le explicó el objeto del contrato, entendiéndolo la parte actora que contrataba un seguro que le protegería frente a una posible subida de los tipos de interés y como condición para que la entidad demandada le concediera una futura renovación de la póliza de crédito y segundo, por la falta de formación del personal encargado de la comercialización. Añade que el contrato es nulo puesto que no se determina el objeto, siendo sus cláusulas oscuras, indeterminadas o incomprensibles, además el nivel de endeudamiento con la entidad demandada era de 60.000 euros y sin embargo se recoge como nominal en el contrato, la cantidad de 350.000 euros. Subsidiariamente interesa la resolución del contrato ante el incumplimiento de los deberes de informar y asesorar a la parte actora sobre el producto contratado y las consecuencias del mismo.

A esta pretensión principal se opone la entidad demandada, manteniendo que en ningún caso hubo vicio en el consentimiento, de hecho la entidad actora ya había concertado este tipo de contrato con otras entidades financieras, siendo su nivel global de endeudamiento en el momento de la suscripción del contrato, de 350.000; que no se condicionó la renovación de la póliza de crédito a la suscripción del contrato de riesgos financieros, dado que dicha renovación se había producido un mes antes a la celebración del contrato y que existió un contrato básico de servicios de inversión y un test de conveniencia con carácter previo a la contratación del SWAP, por lo que se cumplieron por su parte los requisitos necesarios para la celebración de este tipo de contratos, interesando en consecuencia se mantenga la eficacia y validez del contrato, oponiéndose asimismo a la resolución del contrato objeto de autos.

SEGUNDO.- De la normativa aplicable.

COPIA





En primer lugar es menester poner de relieve que no resulta de aplicación a este asunto el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, cuyo artículo dos prevé su ámbito de aplicación, limitándolo a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, añadiendo su artículo tercero que a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros III y IV, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La entidad demandante es una sociedad limitada, que ha suscrito un contrato de gestión de riesgos financieros con LA CAJA DE CANARIAS en beneficio de su actividad, con la finalidad de obtener beneficios en el desarrollo de su actividad profesional, por lo que no tiene cabida en el concepto de consumidor que ofrece el RD Legislativo 1/2007.

Sin embargo ello no significa que la entidad S.L. carezca de protección frente a la CAJA DE CANARIAS, al contrario actualmente el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario). En primero término, y dado que el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes tiene la consideración de contrato de adhesión, resulta de aplicación la Ley sobre condiciones generales de la contratación 7/1998, de 13 de abril, cuyo artículo 2 dispone que la misma será de aplicación a los contratos que tengan condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), que lo será aunque actúe en el marco de su actividad, legislación que viene siendo aplicada por Audiencias Provinciales como la de Álava, en su sentencia de 7 de abril de 2009 [LA LEY 4123/2009] o la de Asturias en su reciente sentencia de 23 de julio de 2010 [LA LEY 13245810/2010]

Igualmente es aplicable al caso que nos ocupa la Ley del Mercado de Valores 24/88, modificada por la Ley 47/2007, cuyo artículo 1 dispone que la misma *"tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción"*, añade su artículo 2 los instrumentos financieros que quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la misma, entre los que se encuentran en su apartado segundo, los contratos de permuta financiera de tipo de interés con independencia de la forma en que se liquiden.

Se ha observado un importante desarrollo en la protección dispensada al cliente en materia de prácticas bancarias habida cuenta la complejidad de este mercado. Como desarrollo de las previsiones contenidas en esta Ley, el





Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

TERCERO.- Del vicio del consentimiento alegado.

A la vista de la protección otorgada por nuestro ordenamiento jurídico, procede tener en cuenta las disposiciones del Código civil, de las que se depende que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, debiendo concurrir necesariamente consentimiento, objeto y causa, cualquiera que sea su forma como regla general y desde entonces tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En el caso que nos ocupa, sostiene la parte actora que desde hacía tiempo venía manteniendo relaciones contractuales con LA CAJA DE CANARIAS, suscribiendo el 21 de mayo de 2008 un contrato de gestión de riesgos financieros con la misma, pero que ese consentimiento es nulo por estar viciado. En este sentido, el artículo 1265 del código civil dispone que es nulo el consentimiento prestado por error, dolo, violencia o intimidación, añadiendo el art. 1.266 del mismo Cuerpo Legal que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. El error es un vicio del consentimiento que puede llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato, en esta línea, la Audiencia Provincial de las Palmas en su sentencia de 11 de abril de 2008 [LA LEY 65905/2008] como en otras muchas, puso de relieve que el error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de





dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida; si bien, para que el error pueda invalidar el consentimiento debe ser sustancial, derivado de actos desconocidos para el que se obliga y además, inexcusable.

Siendo el error un falso conocimiento de la realidad que afecta a la formación de la voluntad negocial, debemos tener en cuenta una realidad y es que en este tipo de contratos es esencial la información proporcionada por el banco al cliente en aras a que el mismo sea consciente del producto que va a contratar, el riesgo al que queda expuesto y las demás condiciones que giran en torno a esta práctica bancaria. La parte actora sostiene que no recibió por parte de la entidad demandada información sobre el objeto del contrato, que no le explicó el riesgo que asumía, el precio que debía abonar por el servicio contratado y de qué circunstancias dependía el mismo, entendiéndose además que se trataba de un contrato de seguro, no reclamando con anterioridad debido a que en un principio las liquidaciones que se produjeron no le afectaron ni beneficiaron en nada. Frente a ello la demandada sostiene que sí le proporcionó información sobre el producto, dado que le facilitó un folleto informativo y además desarrolló una fase precontractual consistente en el contrato básico de servicios de inversión y el test de conveniencia (doc. Nº 2 de la contestación), firmados el mismo día que el de gestión de riesgos financieros. Esta alegación es negada por la entidad demandada, sostiene que nunca se le facilitó tal folleto, que no hubo fase precontractual y además no se le facilitaron las condiciones particulares del contrato.

A la vista de las alegaciones de las partes, contradictorias en cuanto al cumplimiento del deber de información que tiene la entidad demandada, es menester poner de relieve lo dispuesto por la AP de Valencia en su sentencia de 26 de abril de 2006 [LA LEY 134570/2006], sobre la carga de la prueba en este tipo de litigios, según la cual, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. En el presente caso la única prueba que se practicó fue la documental y el reconocimiento de hechos previsto en el artículo 304 LEC, por lo que procede entrar a valorar la misma.

Hay que comenzar poniendo de manifiesto que este tipo de contratos se estructuran en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco. Respecto a la prueba documental, como documento 1 de la demanda y como documento 2 de la contestación, nos encontramos con el pliego de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito inter partes, cuya estipulación primera





dispone que "el presente contrato tiene por objeto fijar las condiciones aplicables al instrumento financiero de gestión del riesgo (en adelante producto) que la Caja y el cliente contratan con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos asumidos con su actividad empresarial", es decir que la finalidad del mismo era fijar el contrato marco del producto contratado y así se desprende del conjunto de su clausulado, así por ejemplo en la estipulación tercera de las condiciones generales se dispone que "en las condiciones particulares del presente contrato se establece la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo". Sin embargo la parte demandante manifiesta que en ningún momento le fue entregado el pliego de las condiciones particulares y de hecho, la propia demandada no lo aporta con su escrito de contestación, por lo que se entiende que difícilmente el demandante podía tener conocimiento del funcionamiento y del contenido del producto que suscribía si no se le había facilitado el pliego de las condiciones particulares, faltando así parte de la documentación necesaria y preceptiva para la formación de la voluntad negocial.

Además sostiene la parte actora que cumplió el deber de información exigido, no solo facilitando el correspondiente folleto informativo que adjunta como doc. 2 de la contestación, sino a través de la fase precontractual exigida, aportando igualmente como documento nº 2 de la contestación, el contrato básico de servicios de inversión y el test de conveniencia. En este sentido y siendo de aplicación las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión previstas en la Ley del Mercado de valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, una de ellas impone la obligación, en este caso a LA CAJA DE CANARIAS, de diligencia, transparencia (artículo 79) e información (artículo 79 bis), disponiendo este último precepto que la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, añaden sus apartados siguientes el deber que tienen estas entidades de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, siendo de especial relevancia lo que se viene llamando fase precontractual, tanto para tomar conocimiento de la experiencia inversora del posible cliente como para ofrecerle la información relativa al producto y a los riesgos inherentes al mismo antes de adoptar una decisión sobre la contratación o no del mismo.

Ahondando en este deber de información, el servicio de reclamaciones del Banco de España, ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones que el contrato que nos ocupa (permuta financiera) supone un producto de cierta complejidad, por lo que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, tratándose de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento





Informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

En el mismo sentido, la sentencia de la AP de Asturias de 23 de julio de 2010 ya mencionada dispuso que *"es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interesa variable (euribor).*

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como limite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

Por el contrario, 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. 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 a o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008 , si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos





se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente.

A tenor de la jurisprudencia expuesta y de la documentación que obra en las actuaciones, se considera que la entidad demandada no cumplió ni con el deber de informar al cliente sobre el producto a contratar, ni con su deber de recabar toda la información necesaria para un adecuado asesoramiento. En lo que se refiere al primero de estos deberes, consistente en informar al cliente sobre todo lo que comporta la suscripción de este tipo de contratos, no consta acreditado que lo hiciera, teniendo la entidad demandada la carga de probarlo, limitándose a manifestar que le entregó el folleto informativo que aporta como documento 2 de la contestación, hecho que niega la entidad actora y en que ésta había suscrito previamente contratos de igual naturaleza con otras entidades bancarias, dando por hecho que tenía conocimientos del contrato que suscribían. No obstante, tales extremos no han resultado probados por la entidad demandada teniendo la carga de hacerlo. Al contrario, no habiendo comparecido la parte demandada al acto de la vista pese a estar citada con suficiente antelación, la parte actora hizo uso del artículo 304 LEC, según el cual si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el Tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, habiendo interesado que en relación al incumplimiento de los deberes ahora examinados, se tenga por cierto que no se le explicó la situación actual del Euribor que ha conllevado graves pérdidas a la parte actora; que parte del documento 2 de la contestación a la demanda, el folleto informativo, no fue entregado al actor dado que no se firmó por el mismo; que no le explicó el riesgo real y efectivo del contrato, que por su parte no se cumplimentó el artículo 79 bis de la Ley 47/2007 relativo al deber de transparencia e información y que no hubo fase precontractual para que el actor fuera consciente de lo que contrataba.

En cuanto al segundo de los deberes mencionados, sobre recabar información con carácter previo a la contratación de los conocimientos de la entidad actora en esta materia, la sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 dispuso que las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son 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; y 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). Siendo éste el contenido de la información que debía suministrarse, junto al exigido en la ya mencionada sentencia de la AP de Asturias de 23 de julio de 2010, sostiene la parte demandada que para obtener la información del cliente sobre el conocimiento que el mismo tenía en esta materia, antes de formalizar el contrato desarrolló una fase precontractual consistente en los documentos ya mencionados. Si analizamos tales documentos, que además fueron impugnados expresamente por la parte actora en cuanto a su autenticidad y que conforme al artículo 326 LEC pesa sobre la demandada probar la autenticidad de los mismos sin haberlo hecho, se observa que en cualquier caso el test de conveniencia que dice que practicó no es suficiente para recabar la información exigida jurisprudencialmente, es más se basa la entidad demandada en que el cliente había suscrito contratos de esta naturaleza con otras entidades para justificar la experiencia del mismo en temas financieros, añadiendo que en octubre de 2008 vuelve a suscribir con la misma otro contrato de gestión de riesgos financieros, sin embargo el que haya celebrado tales contratos en otras ocasiones, ni está acreditado ni supone por sí misma el poseer la información exigida, ya mencionada

Se entiende que el incumplimiento de estos deberes por parte de la CAJA DE CANARIAS, unido a la falta de entrega del pliego de condiciones particulares, influyó en la formación de la voluntad de la parte actora a la hora de prestar su consentimiento y obligarse a la permuta financiera con la entidad demandada, dado que no tenía un conocimiento cierto y amplio del producto contratado en consecuencia y en atención a lo que expuesto se entiende que concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que exista error en el consentimiento, entendido como inexcusable en tanto en cuanto no se ha acreditado que don D _____ tuviera conocimientos financieros, no solo para comprender el contenido del contrato, sino el previsible futuro sobre la evolución de los tipos de interés y su influencia en el producto adquirido por la empresa, ni que cuente con un asesor financiero en la empresa.

