



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4  
VIGO**

- 3 MAR. 2011

SENTENCIA: 00039/2011

R/ LALÍN, 4 - 3ª - EDIF. AUDIENCIA

Tlfn:986 817841/2/3/4

Fax:986817844

0015K

N.I.G:36057 42 1 2010 0001659

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000125 /2010

Sobre:OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. BENITO ESCUDERO ESTEVEZ

Contra D/ña. CAJA DE AHORROS DE GALICIA

Procurador/a Sr/a. JAVIER TOUCEDO REY

C O P I A



**SENTENCIA**

En Vigo, 28 de febrero de 2011.

Vistos por mí, Margarita Sierra Serrano, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado con el número 125/10, sobre nulidad contractual, promovidos por S.L., representada por el Procurador D. Benito Escudero Estévez y asistida por el Letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA, representada por el Procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey y defendida por la Letrada Dª Elisa Leirado González, y atendiendo a los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Procurador Sr. Escudero Estévez, actuando en la indicada representación, presentó demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Galicia en la que exponía los hechos y los fundamentos de derecho en los que se fundaba y suplicaba que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad "del Contrato Marco para Cobertura de Operaciones Financieras de fecha de 17 de abril de 2007 y de la Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés o Anexo a Contrato Marco de la misma fecha suscritos con la entidad demandada", condenando a ésta "a reintegrar a la actora las cantidades cobradas a la actora por la demandada como consecuencia del funcionamiento de los contratos cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los contratos cuya nulidad se postula". Como petición subsidiaria "para el caso de que no fuese declarada la nulidad de los referidos contratos", formulaba la de que "se declare que la vigencia de los contratos suscritos entre



la actora y la demandada es de duración de un año desde su inicio en fecha de 30 de abril de 2007, pudiendo ser prorrogados tácitamente o, revocándolos y dejándolos sin efecto con un aviso previo de un mes de antelación por cualquiera de las partes contratantes, declarando y modificando la cláusula del contrato de las condiciones particulares de fecha 17 de abril de 2007, relativa a las condiciones de la operación y estableciendo una fecha de inicio de 30 de abril de 2007 y una fecha de vencimiento de 30 de abril de 2008, pudiendo las partes contratantes prorrogar tácitamente los referidos contratos o cancelarlos con un preaviso de un mes de antelación, condenando a la parte demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, más los intereses legales desde su reclamación, con expresa imposición de costas a la parte demandada". Por medio de "otrosí" solicitaba la adopción de medida cautelar consistente en "la suspensión de la vigencia del Contrato Marco para Cobertura de Operaciones Financieras de fecha de 17 de abril de 2007 y de la Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés o Anexo a Contrato Marco de la misma fecha suscritos con Caixa Galicia", solicitud que fue tramitada en pieza separada 382/10 y resuelta, desestimándola, por auto de fecha 16 de abril de 2010, apelado por la parte demandante.

**Segundo.**- Antes de admitir a trámite la demanda se requirió a la parte demandante para que en el plazo de diez días fijase con claridad y precisión su cuantía, requerimiento al que contestó mediante escrito en el que expresaba que la misma era de 28.660'45 euros.

**Tercero.**- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la demandada para que la contestase en el plazo de veinte días, dentro del cual así lo hizo, personándose en los autos representada por el Procurador Sr. Toucedo Rey y presentando escrito de contestación a la demanda en el que se oponía a ella por los hechos y los fundamentos de derecho que consideraba aplicables, suplicando que se dictase sentencia desestimándola y condenando a la parte actora al pago de las costas.

**Cuarto.**- Convocadas las partes a la audiencia previa, en este acto, tras comprobar que subsistía el litigio, ya que manifestaron que no habían llegado a un acuerdo que le pusiera fin ni estaban dispuestas a concluirlo de inmediato, no se impugnó la autenticidad de ninguno de los documentos aportados, manifestando la parte demandada que impugnaba los documentos 4 y 5 de la demanda "por su contenido". Se fijaron los hechos controvertidos, después se procedió al trámite de proposición y admisión de pruebas, en el que la parte demandada formuló tacha del Perito propuesto por la parte actora, y finalmente se señaló la fecha del juicio.



**Quinto.-** En el acto del juicio se practicaron los medios de prueba admitidos con el resultado que obra en autos, tras de lo cual las partes formularon sus conclusiones y finalmente se declararon los autos vistos para sentencia.

**Sexto.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo la del plazo para dictar sentencia, dada la acumulación de asuntos que pesa sobre este Juzgado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La parte demandante ejercita con carácter principal una pretensión cuyo objeto es la declaración de nulidad, por error en el consentimiento, de dos contratos celebrados con la Entidad demandada en la misma fecha, 17 de abril de 2007: un contrato marco para cobertura de operaciones financieras y un contrato de confirmación de cobertura de tipos de interés o anexo al primero, basada en los siguientes hechos: se trata de una Sociedad mercantil dedicada al sector de hoteles y alojamientos similares que, en el desarrollo de la misma, trabajaba desde hacía seis años con la Entidad demandada, en concreto con la oficina nº 0501 de Vigo, en la que tenía depositada toda su confianza, como consecuencia de lo cual en abril de 2007 suscribieron un contrato de préstamo hipotecario por importe de 3.800.000 euros, con un tipo inicial del 4'703%, con una revisión anual a Euribor a 12 meses más un diferencial del 0'45, si bien posteriormente este préstamo se sustituyó por otro, de 2 de julio de 2007, suscrito, además de por la Entidad actora, por sus socios como personas físicas. Al mismo tiempo que se celebraba el primer contrato de préstamo, Caixa Galicia asesoró y convenció a la actora para que suscribiese otro producto (el contrato marco para cobertura de operaciones financieras) que le resultaría muy beneficioso atendiendo a su situación de endeudamiento bancario, ya que le protegería ante las subidas de interés que se estaban produciendo en ese momento y que podían afectar al préstamo hipotecario, pero no le informó, por el contrario, sobre las consecuencias de una bajada de tipos, por lo que no es cierto lo que se indica en el clausulado del contrato, redactado unilateralmente por la demandada, en cuanto a su conocimiento y aceptación de sus riesgos por parte del cliente, que no sabía que podía suceder, no ya que los beneficios esperados resultasen anulados o minorados, sino que podía tener, como efectivamente sucedió, perjuicios o pérdidas, puesto que como consecuencia de dos liquidaciones efectuadas el 30 de abril y el 30 de julio de 2009 tuvo que pagar a Caixa Galicia 48.166'79 euros, importe muy superior al que anteriormente había recibido de ésta, 19.506'34 euros, en virtud de las liquidaciones practicadas en fechas 30 de julio y 30 de octubre de 2007, 30 de enero, 30 de abril, 30 de julio y 30 de octubre de 2008 y 30 de enero de 2009, generando una situación de desequilibrio determinada porque Caixa Galicia



sólo cubre la subida de tipos al cliente a partir de una determinada barrera y deja al cliente "en caída libre" hasta el 0%, situación que sólo es advertida por el segundo cuando el pretendido seguro actúa en su contra. Respecto a la petición subsidiaria, sobre la duración de los contratos señala la parte demandante que la pactada en el contrato marco era de un año prorrogable, lo que se contradice con la establecida en el de confirmación, que era de cuatro años.

La parte demandada se opone a estas pretensiones destacando en primer lugar las características de la Sociedad demandante, el capital social con el que se constituyó, su objeto social, que es más amplio que el definido escuetamente en la demanda, señalando que es una sociedad "potente y consolidada" e incidiendo en que forma parte de un grupo empresarial en el que también está integrada una Sociedad llamada S.A., extremo éste

último en el que incide porque esta Sociedad celebró con Caixa Galicia, dos meses antes de formalizarse el contrato del que aquí se trata, otro igual, previa explicación de su finalidad, estructura y riesgos. Sobre las circunstancias de la negociación de este contrato, afirma que la demandante le trasladó su preocupación por el aumento del coste financiero de su endeudamiento global y la demandada le informó sobre la existencia de un producto financiero cuya finalidad era dotar de cierta estabilidad a ese coste, mostrándose aquella "de forma voluntaria y expresa" interesada en él y D. G. González, Director de la sucursal donde se celebró el contrato, antes de formalizarse éste explicó clara y detalladamente todas sus condiciones, en especial de sus riesgos asociados, por todo lo cual afirma que en caso de que la actora hubiese actuado con la diligencia exigible, si no hubiera entendido las explicaciones dadas por el Sr. González, debería haber solicitado información complementaria antes de firmar el contrato. Niega que el contrato en cuestión estuviese vinculado al préstamo hipotecario y afirma que resulta inaceptable que la demandante no pusiera objeción alguna a los abonos positivos que recibió y que sólo a partir del momento en el que observó que la liquidación que correspondía era negativa, debido a la evolución a la baja de los tipos de interés, imprevisible para las partes a la hora de contratar, pretende la nulidad del contrato. También niega que pueda existir un vicio en el consentimiento prestado por la Entidad actora por el hecho de que ésta no tenga la condición de consumidor.

**Segundo.-** Es un hecho no controvertido que las partes celebraron, el 17 de abril de 2007, un contrato de préstamo hipotecario (documento nº 4 de la contestación a la demanda) por un importe de 3.800.000 euros que posteriormente fue sustituido por otro de fecha 2 de julio de 2007 (documento nº 1 de la demanda) por el mismo importe pero con modificación de los prestatarios, ya que además de la Entidad demandante intervinieron en tal condición sus socios en su propio nombre.



El 17 de abril de 2007 las partes celebraron un contrato marco para cobertura de operaciones financieras, junto con un anexo o "confirmación cobertura de tipos de interés" (documento nº 2 de la demanda) cuyo importe nominal es el mismo que el del préstamo hipotecario (consta en el anexo, al folio 89 de los autos) dato éste que, junto a la coincidencia de las fechas de ambos contratos, lleva a presumir que la preocupación por el endeudamiento que la parte demandada afirma en su contestación que la demandante le trasladó, estaba relacionada con la suscripción del préstamo hipotecario. Reconoce Caixa Galicia en su contestación que, ante esa preocupación, informó a la actora de la existencia de ese producto consistente en el contrato marco para cobertura de operaciones financieras, ante lo cual aquella mostró "de forma voluntaria y expresa" su voluntad de realizar ese contrato. Esa mención a la "voluntariedad" resulta innecesaria porque la parte demandante no afirma lo contrario, ya que lo que alega es error en el consentimiento por no haber dispuesto de la información adecuada y no que la Entidad bancaria le obligase a celebrar el contrato. En definitiva, la discusión que las partes parecían mantener en cuanto cuál de ellas tuvo la iniciativa para suscribir el contrato no es tal y lo relevante es lo admitido en la contestación a la demanda: la Entidad actora mostró a Caixa Galicia su preocupación por sus costes financieros y Caixa Galicia le ofreció como producto adecuado para ello este "contrato marco para cobertura de operaciones financieras", que de hecho es lo que viene a decir el exponiendo primero del contrato, con la matización de que el cliente "solicita" la firma del mismo porque la otra parte le dice que es el producto adecuado a sus intereses, pues su finalidad, al menos según su literalidad, es "optimizar" los riesgos financieros del cliente o "establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero" (así se indica en el exponendo I).

En el contrato han de destacarse varias cláusulas en las que, de forma reiterada, se insiste en el conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al celebrarlo:

1. "Que el Cliente conoce y acepta los riesgos inherentes que van ligados a las operaciones de permuta financiera de tipos de interés que pretende contratar con LA CAJA, tales como la volatilidad o evolución de tipos de interés ..."  
(exponendo II).

2. La cláusula 12ª es del tenor siguiente:

"Cada parte manifiesta en este acto a la otra que, a día de hoy, existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) los términos y condiciones, así como los riesgos que se derivan del presente Contrato y de las operaciones que se efectúen al amparo del mismo, contenidos tanto en este Contrato como en las Confirmaciones que se generen por las operaciones realizadas, y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes, ya sean de índole financiero o de cualquier otra clase.



El Cliente declara expresamente que la naturaleza de las operaciones previstas en este Contrato se adecua a su capacidad inversora y entendimiento financiero, con la total comprensión de los términos pactados en el Contrato, habiendo adoptado la decisión de formalizar el Contrato por sus propios conocimientos, y no por una recomendación, oral o escrita, o como un tipo de asesoramiento por parte de LA CAJA -sobre éste último inciso debe destacarse que es notorio que, en general, los productos bancarios se consumen en función de las recomendaciones dadas por el personal que trabaja en este ámbito y que, en cualquier caso, en el supuesto aquí enjuiciado la parte demandada admite haber recomendado a la actora suscribir este contrato como adecuado a la problemática que aquella le planteó, lo cual lleva a hacer dos consideraciones importantes: la primera referida a que si el contrato no implica un importante riesgo para el cliente no se entiende por qué Caixa Galicia quiere destacar que no ha recomendado celebrar este negocio jurídico; la segunda, que esa mención es incierta, en cualquier caso-.

La presente declaración se entenderá reiterada con ocasión de cada Confirmación que se suscriba para la contratación de las diferentes operaciones de permutas financieras que se vayan a formalizar al amparo de este contrato..."

3. "El Cliente manifiesta que, a fecha del presente documento:

a) De manera expresa es consciente del riesgo de esta Operación...

a) Existe independencia en la decisión de entrar en esta operación, y se declara que ninguna de las partes ha basado su decisión en alguna comunicación verbal o escrita de la otra parte que signifique una recomendación o asesoramiento de inversión respecto a esta transacción -ha de darse aquí por reproducido lo que se acaba de exponer en el penúltimo párrafo del apartado 2-

a) Existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido los términos, condiciones y riesgos de esta operación y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiero o de otro tipo" (Estas menciones se contienen en la "confirmación cobertura de tipos de interés" o Anexo al contrato).

Pues bien, a la vista de estas menciones, que denotan, puesto que el contrato es redactado por Caixa Galicia, que ésta es consciente de su complejidad y de los importantes riesgos que implica para el cliente, ha de mencionarse ya el fundamental testimonio de D. G. Gor, que fue quien, como Director de la sucursal con la que trabajaba la Entidad actora, celebró con ésta, en nombre de Caixa Galicia, el contrato, negociando en concreto con D. : (tal como ambos coincidieron en manifestar). Pues bien, D. G. G. aunque divagó en algunas de las respuestas a su interrogatorio, fue claro cuando dijo: por un



lado, que no había explicado "nada" (sobre las características del contrato) al representante de la actora; por otro lado, que dicho representante acudió a firmar el contrato sin ir acompañado de ningún asesor; en tercer lugar, que la razón de esa falta de explicaciones fue que, a juicio del testigo, el contrato "era suficientemente claro"; finalmente, también debe destacarse de este testimonio lo manifestado en cuanto a que la perspectiva con la que se contaba era que los tipos de interés iban a subir, no "previeron" que iban a bajar tanto en un espacio de tiempo tan corto. No hace falta introducir aquí el significado de la palabra "nada" porque es notorio su conocimiento, resultando por tanto redundante decir que si la Entidad demandada (en su nombre, D. G. G.) no explicó "nada" a la demandante, no le explicó el riesgo que implicaría para ésta una bajada de los tipos de interés, posibilidad que ni siquiera se contempló; esa explicación hubiera resultado innecesaria si el tenor del contrato fuera claro en cuanto a la posibilidad de producirse ese riesgo y sus consecuencias concretas, pero no sucede así, cuestión sobre la que se volverá más adelante, pues lo que debe destacarse, una vez que se ha transcrito anteriormente una parte del contrato y se ha referido el testimonio del Sr. , es que no son ciertas las siguientes afirmaciones incluidas por Caixa Galicia en el mismo:

1ª) "el Cliente conoce y acepta los riesgos inherentes que van ligados a las operaciones de permuta financiera de tipos de interés que pretende contratar con LA CAJA, tales como la volatilidad o evolución de tipos de interés..." (puede conocer la volatilidad, que es notoria, pero no la evolución, pues no puede presumirse que la Entidad actora tuviese ese conocimiento cuando ni siquiera Caixa Galicia lo tenía).

2ª) "El Cliente declara expresamente que la naturaleza de las operaciones previstas en este Contrato se adecua a su capacidad inversora y entendimiento financiero, con la total comprensión de los términos pactados en el Contrato..."

3ª) "El Cliente manifiesta que, a fecha del presente documento: a) De manera expresa es consciente del riesgo de esta Operación..."

La circunstancia de que una Empresa del mismo grupo al que pertenece la demandante hubiese celebrado con Caixa Galicia un contrato similar al enjuiciado no exoneraba a ésta del cumplimiento de su deber de información, puesto que el contrato de 17 de abril de 2007 fue negociado, por parte de

S.L., por D.

hecho que está probado por la coincidencia ente lo declarado por éste y por el testigo D. G. G., mientras que aquel otro contrato fue negociado por un representante de

S.A.O, hermano de

pero éste no intervino en dicha negociación. En cualquier caso, este contrato fue declarado nulo y, si bien la sentencia que así lo declaró no es firme, tampoco puede considerarse probado que en la negociación de ese primer contrato Caixa Galicia cumpliera su deber de información.



La cuantía de las liquidaciones a las que dio lugar el contrato no es controvertida, de modo que, a pesar de que su finalidad era, como antes se ha dicho, "optimizar" la gestión de los riesgos financieros del cliente, la Entidad actora cobró de Caixa Galicia un total de 19.506'34 euros y le tuvo que pagar, con la bajada de tipos de interés, 48.166'79 euros.

No se encuentra en el contrato ninguna mención que claramente haga saber al cliente que en la hipótesis de bajada de tipos de interés pueda tener que pagar a la Entidad mucha mayor cantidad que la recibida de ésta, limitándose a mencionar genéricamente "riesgos" que no se especifican claramente y que el representante de la Caja de Ahorros no explicó para suplir esa falta de claridad del contrato: así, por ejemplo, en el exponendo III se dice que "en caso de aumento o disminución de tipos de interés contrarios a los esperados por el Cliente, anular o minorarse los beneficios esperados", mención indudablemente irreal o equívoca, pues lo que realmente se produce para el cliente es una pérdida patrimonial, en cuanto a que tiene que desembolsar cantidades; ni siquiera cuando en el primero de los apartados "a" del "AVISO IMPORTANTE" del Anexo al contrato se habla de nuevo del "riesgo" de la operación, se describe clara y concretamente el mismo, conteniendo menciones genéricas que hubieran precisado una información adicional, máxime cuando se recomienda este producto al cliente precisamente para "dotar de cierta estabilidad al coste financiero global soportado por las empresas" (así se dice literalmente en la contestación a la demanda): "Primero: En el caso de que el Tipo de Interés Variable (EURIBOR 12 MESES) correspondiente a un Período de Cálculo sea inferior al tipo fijo según tramos definidos en el apartado **Cliente Paga**, el Cliente pagaría a la Caja la diferencia entre el tipo fijo y el EURIBOR 12 MESES, y por tanto el Cliente tendría un coste financiero superior para este Período de Cálculo al que hubiera existido en el supuesto en que no hubiera contratado esta Operación. Segundo: En el caso de que el Tipo de Interés Variable (EURIBOR 12 MESES) correspondiente a un Período de Cálculo sea superior o igual a las barreras así definidas en el apartado **Cliente Paga**, el cliente pagará EURIBOR 12 MESES menos una subvención del 0,15%, quedando por tanto su coste financiero variable". La falta de claridad del contrato alcanza incluso a cuál es su relación con el "anexo" o "confirmación cobertura de tipos de interés" y a su duración: en la condición general primera del contrato marco se dice que éste "quedará complementado con las Confirmaciones que, en ejecución y al amparo de lo previsto en el mismo, se vayan generando por las distintas operaciones realizadas; dichas Confirmaciones completarán el Contrato como parte integrante del mismo a todos los efectos, creando y regulando una única relación contractual, de forma que cada una de las sucesivas operaciones de permutas financieras de tipos de interés que se formalicen se regirán por lo dispuesto en las presentes condiciones generales y en las condiciones particulares que se pacten en la respectiva Confirmación",





mientras que, por el contrario, en el Anexo, en el primer párrafo del "AVISO IMPORTANTE", se indica que "Esta operación se registrará por lo dispuesto en este documento de confirmación y por lo establecido en el Contrato Marco para Cobertura de Operaciones Financieras suscrito entre la Caja y el Cliente (en adelante, el Contrato). En el caso de discrepancia entre lo dispuesto en el Contrato y esta Confirmación, prevalecerá ésta última". Por otro lado, pese a que, según la condición general mencionada, los dos documentos constituyen "una única relación contractual", el contrato marco tiene una duración de un año prorrogable por iguales períodos (condición general 8ª) y el Anexo una duración de cuatro años.



**Tercero.-** Dado que la pretensión de nulidad se fundamenta en el error determinado por no haber proporcionado Caixa Galicia la información necesaria para comprender el riesgo que implicaba el contrato, hemos de hacer mención a la regulación del derecho de información del cliente en el ámbito bancario, cuyo desarrollo normativo parte del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que establece: "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito. c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a sus clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación. d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones,



regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización. e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios. Sin perjuicio de la libertad de contratación el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitivas del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente. f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito. g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica".

La Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en cuyo ámbito está incluido el negocio jurídico aquí enjuiciado (artículo 2.2) establece en el artículo 79, bajo la rúbrica "Obligación de diligencia y transparencia", lo siguiente: "Las entidades que presten servicios de inversión deberán 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", regulando en el artículo 79 bis los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales, entre otros extremos, sobre la naturaleza y los riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los clientes, para que éstos puedan "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, para que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. En el contrato que aquí analizamos se contienen estipulaciones como la que declara que "El Cliente declara expresamente que la naturaleza de la operación prevista en este Contrato se adecua a su capacidad inversora y entendimiento financiero", declaración que difícilmente podía existir realmente ante la falta de explicación de la verdadera naturaleza del contrato, incluyendo sus consecuencias en todas las coyunturas posibles de subida o bajada de tipos de interés; tampoco consta que el "entendimiento financiero" de la Entidad actora sea superior al de cualquier otro cliente, con independencia de cuál sea su capital social o la amplitud



de su objeto social si dentro de éste no consta este tipo de actividades o de contrataciones.

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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, insiste en el deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 7 de abril de 2010, se pronuncia, al analizar un contrato de la clase del que aquí se trata, sobre "la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole de los litigiosos", indicando al respecto lo siguiente: "... de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, adjuntadas a los autos, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones: 1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. 2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. 3.- Se trata 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. 4.- Entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada. 5.- En definitiva, 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). Máxime -y esta es una reflexión adicional de la Sala- cuando las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permitan obtener la mayor rentabilidad, y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y, por ende, del índice referencial del euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales (entre los que cabe incluir a las entidades demandantes), ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión".

La misma Sentencia, sobre la diligencia exigible al profesional financiero, afirma que "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".

**Cuarto.-** El contrato debe nacer como consecuencia de la voluntad libre y consciente de quienes lo otorgan, lo que supone un consentimiento serio, espontáneo y libre, dado que en otro caso, mediando error, violencia, intimidación o dolo, será nulo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil, estableciendo el artículo 1266 sobre el error que para que 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 hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Esta normativa es aplicable a los contratos independientemente de que sean o no celebrados por



consumidores, de manera que lo alegado por la parte demandada en cuanto a que en la Entidad actora no concurre dicha condición impediría la aplicación de las normas especiales para la protección de los consumidores y usuarios pero no la general del Código Civil. Además, como dice la Sentencia mencionada en el fundamento anterior: "la no concurrencia en las entidades demandantes de la condición legal de "consumidor", empero no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación".

Además del carácter esencial del error, que dimana de la propia literalidad del artículo 1266 del Código Civil, la abundante doctrina jurisprudencial existente sobre este precepto ha añadido que debe ser inexcusable, derivado de actos desconocidos para el que se obliga y que no se haya podido evitar con una regular diligencia (SS.T.S. de 4 de enero de 1982, 18 de febrero de 1994, 28 de septiembre de 1996) requisitos que concurren en este caso porque: en primer lugar, el error afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia) y al cálculo de su importe; en segundo lugar, es inexcusable porque, por las razones antes indicadas, se trata de un contrato complejo y difícil de analizar y no consta que la Entidad actora tenga conocimientos financieros específicos sobre este tipo de contrato y no fue informada por la Entidad demandada del riesgo que implicaba su celebración en determinada coyuntura que ni siquiera fue prevista por el representante de Caixa Galicia como posible, a pesar de que tal posibilidad existía y se convirtió en realidad, con las consecuencias ya conocidas para el cliente, en este caso la Entidad demandante.

La nulidad del contrato determina, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del mismo, habiendo declarado la jurisprudencia que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas tengan la misma situación patrimonial anterior al efecto invalidador (SS.T.S. de 30 de diciembre de 1996 y 12 de julio de 2006).

La estimación de la pretensión ejercitada con carácter principal hace innecesario el análisis de la que se formulaba con carácter subsidiario.

**Quinto.-** La estimación de la demanda determina la condena en costas de la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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



**FALLO**

Con estimación de la demanda interpuesta por el Procurador D. Benito Escudero Estévez, en nombre y representación de S.L., contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA, representada por el Procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras y de la confirmación de cobertura de tipos de interés o anexo a contrato marco de fecha 17 de abril de 2007, debiendo restituirse recíprocamente las partes las prestaciones recibidas, condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación, siendo necesario para su admisión constituir el depósito de 50 euros previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. y correspondiendo la competencia para resolverlo a la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra.

Así, por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Magistrada Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe.