

En Valladolid, a 23 de febrero de 2012

Visto por el Ilmo. Sr. D. ..., Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid, los presentes autos de juicio ordinario núm. 332/2011 contra Caja de Ahorros de Galicia (NCG Banco, S.A.), Sobre nulidad contractual en cuantía procesal indeterminada.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte demandante presentó demanda de juicio ordinario el 18 de marzo de 2011, en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación, concluyó con el suplico de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad del contrato marco de operaciones financieras de 11 de enero de 2008 y de todos los anexos celebrados entre las partes al amparo del mismo, y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración, retrotrayendo los efectos del mismo al momento anterior a su celebración, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada que compareció en el procedimiento y contestó a la demanda en sentido de formular oposición, solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas a la otra parte.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, ante la falta de acuerdo, las partes ratificaron sus respectivas pretensiones, y, propusieron las pruebas de documentos e interrogatorio de testigo, que se practicaron en el acto del juicio celebrado el día 9 de febrero de 2012, y después de formular conclusiones, todo ello con el resultado que obra grabado en soporte audiovisual en las actuaciones, quedó el procedimiento finalizado para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son premisas fácticas para la decisión de la litis las siguientes:

1.- El 11 de enero de 2008, la entidad mercantil formalizó con Caixa Galicia una póliza de préstamo con garantía personal a interés variable referenciado al euribor por un capital de 78.794,06 euros, destinado a la financiación de su actividad empresarial -comercio de equipos electrónicos y de telecomunicaciones-.

2.- Ese mismo día se suscribió entre ambas entidades a iniciativa de la Caja un "Contrato Marco para Cobertura de Operaciones Financieras" que, según reza su Condición General 1ª, tenía por objeto "establecer el régimen y las condiciones aplicables a cada una de las operaciones sobre permutas financieras de tipos de interés que se realicen conjuntamente entre el Cliente y la Caja" y 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”. El propio día 21 11 de enero se suscribió entre las partes una de tales confirmaciones, por un importe nominal de 80.000 euros, con fecha de inicio 30 de enero de 2008 y de vencimiento 30 de enero de 2012, con liquidaciones trimestrales.

3.- Como resultado de la aplicación de las condiciones establecidas en el contrato de permuta financiera, las tres primeras liquidaciones han sido favorables al cliente por importe total de 91,66 €, en tanto que las siguientes han sido negativas por la suma de 5.035,09 €

SEGUNDO.- En la demanda se pretende la anulación del “contrato marco para cobertura de operaciones financieras” de 11 de enero de 2008 y de todos los anexos celebrados entre las partes al amparo del mismo, con el consecuente efecto restitutorio de prestaciones al momento anterior a su celebración. Se fundamenta en esencia la pretensión actora, en la concurrencia de vicios en la formación del consentimiento por ausencia o insuficiencia de la debida información sobre las complejas características del producto contratado.

Previamente a examinar la cuestión sobre los vicios del consentimiento se hace preciso analizar las características de la operaciones sobre permutas financieras de tipos de interés formalizada por los litigantes, que viene a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, 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.

La “permuta financiera de tipos de interés” es una operación en cuya virtud los contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo determinado; las partes quedan pues obligadas a intercambiar los pagos que deriven de la aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal pactado, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es característica de estos contratos.

La finalidad que normalmente se persigue con esta clase de productos, es la de cobertura del coste financiero ante las variaciones experimentadas por los tipos de interés, de ahí que en la mayoría de las ocasiones no se trata de contratos desligados de otros, sino que se ofrecen a los clientes como una forma de asegurar las variaciones de tipos de interés y para cubrir los riesgos de dichas fluctuaciones respecto a otras operaciones crediticias que el cliente ya tiene contratadas con la entidad bancaria.

TERCERO.- El artículo 1.265 CC dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, estableciendo el artículo 1.266 CC 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 hubieran dado motivo a celebrarlo. Para que el error sea invalidante (Ss.TS de 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006) debe reunir dos requisitos:

- 1) que sea esencial, porque recaiga sobre alguna de las condiciones relevantes del contrato, esto es, las que de manera primordial o básica han determinado su celebración, al punto que de no haber existido el error el contratante que lo sufrió no lo hubiera celebrado o lo habría celebrado en condiciones distintas; y,
- 2) que no sea imputable al que padece el error, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia ordinaria.

Ha de tenerse en cuenta además que para la apreciación del error se ha de estar a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, tanto las relativas al contrato como las personales de los contratantes.

Y a este respecto, se ha de destacar en el caso litigioso que:

- 1) el contrato es de adhesión, por lo que sus cláusulas están previamente redactadas por el banco, a las que el cliente se limita a adherirse sin posibilidad de negociarlas;
- 2) su contenido tiene un cierto grado de complejidad, con un componente de aleatoriedad y riesgo;
- 3) los contratantes no están en una posición de igualdad, máxime cuando el cliente no es un profesional del que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, por lo que es exigible una especial diligencia -no la ordinaria del padre de familia, sino la especial de un ordenado empresario- a la entidad bancaria o financiera quien ha de velar no solo por su propio interés, sino también por los de su cliente, al que debe proporcionar una información clara, correcta y completa del producto que ofrece, para la adecuada formación de la voluntad negocial, posibilitando un conocimiento preciso sobre las características y funcionamiento del contrato.

Es por ello que en este contexto de la información existe una rigurosa normativa protectora de los clientes de las entidades bancarias entre las que cabe destacar la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (vgr. artículo 48.2); la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que ya antes de su reforma por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (y tras la vigencia de esta reforzando con una exhaustiva regulación el deber de información frente al cliente no profesional en su art.79 bis para que pueda “tomar decisiones sobre inversiones con conocimiento de causa”), entre otros instrumentos financieros menciona en su artículo 2 a las permutas, estableciendo los arts. 78 y siguientes, las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, tales como, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria.

Por lo demás, en relación a 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, de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009 (que se mencionan en la SAP Pontevedra -sec.1ª- de 7-4-2010), 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.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como que 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.

CUARTO.- Corolario de lo dicho en el anterior fundamento es que los clientes de productos bancarios, deben recibir una información adecuada, suficiente, veraz, y comprensible sobre el producto que contratan y el riesgo que asumen con su contratación, de tal forma que cuando tal normativa protectora no se cumple y no queda garantizado el derecho del cliente bancario a recibir tal información, puede concluirse que el mismo no estaba debidamente informado sobre los extremos referidos y por ello no era consciente de las consecuencias que conllevaba la contratación del producto financiero, lo que permite apreciar error invalidante.

Por otro lado la carga probatoria del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, concierne a la entidad bancaria o financiera, a la que como se ha indicado le es exigible, no la diligencia genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de

probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, SAP Valencia, de fecha 26-4-2006).

De la prueba practicada se desprende:

1.- En el caso presente la iniciativa contractual partió de la demandada, no se acredita que fuera el cliente quien demandara la operación, sino la entidad bancaria la que ofreció el producto a la demandante al tiempo de concertar un préstamo, transmitiendo la idea de protección, aseguramiento o cobertura frente a las incrementos de tipos de interés, sin consideración al riesgo implícito cuando se produce una importante bajada de tipos de interés, cuyo resultado podía implicar unas liquidaciones negativas enormemente desventajosas en relación con las ventajas que podían obtenerse.

2.- La demandante es una sociedad dedicada a la comercialización de equipos y componentes electrónicos y de telecomunicaciones, de la que no está en absoluto demostrado que su administrador -del que ni siquiera se propone su interrogatorio- tenga experiencia inversora ni especiales conocimientos financieros, ni cuenta con asesoramiento externo en la materia.

3.- No hay constancia de que en los tratos preliminares o fase precontractual se mostraran al demandante ejemplos o supuestos hipotéticos, en los que se contemplaran los diferentes escenarios de tipos, que le permitieran conocer de una manera precisa el funcionamiento del producto, de hecho el testigo empleado de la demandada que negoció la operación con el demandante ha declarado que no se hizo ninguna simulación práctica, ni siquiera se le indicó la posibilidad de cancelación anticipada, lo que demuestra que la información que se suministró al cliente fue incompleta y deficiente.

QUINTO.- Del resultado probatorio precedente, a la luz de las consideraciones jurídicas expuestas, se extrae la conclusión de que en el caso presente ha existido una deficiente información sobre las características y funcionamiento de la operación financiera concertada. No se ha cumplido pues por la entidad demandada con las exigencias que se le imponen en materia de información (claridad, suficiencia, precisión, y proporcionada a tiempo) del producto que contrata, lo que ha viciado por error esencial y excusable la voluntad negocial del cliente bancario.

1.- En cuanto a lo que es la esencia y finalidad del contrato se pone de manifiesto que el producto contratado se oferta como un medio de cobertura de riesgos a los que se exponía el cliente ante una eventual subida de los tipos de interés, haciendo creer que lo que se concertaba era un medio de aseguramiento y no lo que en realidad se contrata, un contrato de permuta financiera que conllevaba los riesgos que ya se han referido y que han conducido a la parte demandante a la situación actual, bien de soportar liquidaciones negativas importantes, bien de cancelar el producto haciendo frente a un importante costo.

En definitiva, al socaire de una oferta de estabilización de los costes financieros de la empresa a través de la operación propuesta por la entidad demandada, el

resultado práctico no puede ser más alejado de tal estabilización. Se dice contratar un producto a fin de evitar los posibles riesgos de subidas de tipos de interés, pero no se advierte de los riesgos que tal producto conlleva en un escenario de bajadas de tipos cual el que, finalmente, acaece. El demandante pretende contratar un producto que le asegure frente a la posible evolución al alza de los tipos de interés y establezca sus costes financieros. Sin embargo, contrata un producto con evidente riesgo que, en determinados supuestos conlleva importantes perjuicios en modo alguno previstos al contratar.

Trayendo a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 18-01-2011, que contempla un caso en que al prestatario se le había ofrecido una permuta financiera como instrumento para “cubrirse” o “protegerse” de subidas de tipo de interés, en lugar de ofrecerlo como lo que realmente es, “un contrato aleatorio, una especie de apuesta con el banco sobre la tendencia de los tipos”. Y, como ha dicho algún autor, si éste hubiera sido el caso, difícilmente las entidades de crédito podrían comercializar estos productos, dado que difícilmente nadie apostararía contra una entidad de crédito, mucho mejor informada que el cliente de cuál sería la evolución del Euribor, es un supuesto de asimetría informativa del que la entidad de crédito toma ventaja.

2.- En segundo lugar, la demandada no facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionarle para que tuviera un conocimiento preciso de las características del producto que contrataba y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía. Riesgo que, de la lectura del propio contrato, tampoco, podía llegar a inferirse.

3.- Por último, ha de tenerse en cuenta la distinta condición de las partes y la relación existente entre ellas, en orden a valorar la excusabilidad del error, según se viene insistiendo. De un lado, la demandante carece de conocimientos y experiencia en materia financiera. De otro lado, la demandada, profesional del ramo y a quien es exigible la diligencia propia de tal condición, diligencia que, en absoluto, se acredita en el caso de autos, en el que no consta probado que proporcionara una información adecuada y suficiente ni sobre los riesgos ni sobre el contenido del contrato concertado.

Por último decir que, en casos análogos al ahora enjuiciado en que se analizan contratos de permuta financiera similares, y en igual sentido desestimatorio al de la presente resolución se ha pronunciado reiteradamente la Audiencia Provincial de Valladolid en Sents. Secc.1ª de 9-1-2012, 15-7-2011; secc.3ª de 28-9-2011, 30-11-2011, 30-12-2011. Asimismo en casos prácticamente idénticos al ahora examinado en los que ha sido parte la propia demandada cabe citar las SAP Pontevedra, secc.1ª, de 23-12-2011; SAP León, secc.2ª, de 14-12-2011; SAP Asturias, secc.4ª, de 14-2-2011; en todas ellas se anula el contrato por deficiente información constitutiva de un vicio en la voluntad contractual.

En consecuencia ha lugar a acoger anulación del contrato por vicios en el consentimiento con los efectos inherentes a dicha declaración por error invalidante del consentimiento, que ex artículo 1303 Código Civil conducen a la

recíproca restitución de las prestaciones a fin de que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior a su celebración.

SEXTO.- Al estimarse íntegramente la demanda se imponen las costas a la demandada por aplicación del artículo 394,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En aplicación de lo expuesto:

## FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por contra Caja de Ahorros de Galicia (NCG Banco, S.A.), y, en su virtud:

1.- Se anula el contrato marco para cobertura de operaciones financieras de fecha 11 de enero de 2008 y de todos los anexos celebrados entre las partes al amparo del mismo.

2.- Se condena a la demandada a estar y pasar por esta declaración, retrotrayendo los efectos al momento anterior a su celebración, restituyéndose recíprocamente las prestaciones que hayan sido objeto del contrato y anexos anulados.

3.- Se imponen las costas a la parte demandada.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio mando y firmo.

Recurso.- La presente resolución es apelable en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación en la forma prevista en los arts. 458 y ss. LEC, y, previa constitución del depósito para recurrir efectuado conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.