

JUICIO ORDINARIO 759/2.009

SENTENCIA N°181

En Burgos a veintiuno de junio de 2.010.

El Ilmo. Sr. **D. JOSE MARIA TAPIA LOPEZ**, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil n°1 de los de esta ciudad, habiendo visto los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos en este Juzgado al número **758/2.009**, a instancia de D^a [redacted], D. [redacted], D^a [redacted], D. [redacted] y de D. [redacted], representados por el Procurador Sr. Esteban Ruiz y asistidos por la Letrado Sra. Santamaría, contra la Sociedad "BANKINTER, S.A.", representada por el Procurador Sr. Santamaría Alcalde y asistida por el Letrado Sr. Puras.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador Sr. Esteban Ruiz en la representación antedicha se interpuso demanda de Juicio Ordinario, ante el Juzgado Decano de Burgos, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, registrándose con el numero 759/09, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminando por suplicar que se dictara Sentencia por la que se declarara la nulidad de los contratos de condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares anexas, acompañadas como documentos n°2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71, 72, 73, 74, 87 y 88, suscritos respectivamente por los actores que encabezan las presente reclamación, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende, se condenara a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de los referidos contratos, y, en consecuencia, condenando a la demandada, a la devolución de las cantidades que se determinaran en ejecución de sentencia y que se deducirán de restar las cantidades abonadas a los actores por la demandada de las cantidades cobradas por éste a aquellos, hasta la fecha del dictado de la Sentencia, subsidiariamente, se declarara la nulidad por abusivas de las cláusulas 6 y 7 de los contratos generales o marco y de las condiciones particulares "ventanas de cancelación", así como nulo e improcedente el cálculo pretendido para el precio de cancelación, y por tanto el importe orientativo del mismo ofrecido a cada uno de los actores y, en su consecuencia, declarara resueltos los contratos acompañados como documentos n°2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71,, 72,

adverso, y a la que tampoco cabe atribuir la conducta cuasifraudulenta que le imputa la demandada al decir que no advirtió el presunto error hasta que se produjo la primera liquidación negativa. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no aparece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que tampoco le fueron convenientemente explicados. Es más, se afirma que, en caso de que la evolución de esos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados (que tampoco se especifican), se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, es decir, que éste podría no llegar a obtener ningún beneficio, pero sin que se precise, por el contrario, que pudiera sufrir pérdidas.

En la referida cláusula 3 se establece que el producto implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente, pero nuevamente se omite que al finalizar la vigencia del contrato éste pudiera verse perjudicado teniendo que arrostrar importantes pérdidas económicas. Es más, tal y como lo explica la indicada testigo, el riesgo que éste asume frente al cliente lo traslada al mercado contratando a su vez el producto con otras entidades y con las mismas características, de manera que si el cliente gana también lo hace el Banco, pero si pierde es aquél el único perjudicado al contraer una deuda con el Banco, que obtiene en todo caso un beneficio a través de la comisión que percibe acudiendo al mercado mayorista. La cláusula 6 de las condiciones generales otorga al cliente la facultad de cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares, denominadas ventanas de cancelación, y se dice que el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado (nuevamente sin especificar cuáles) en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, omitiendo una vez más cualquier mención a que dicha cancelación pudiera arrojar un resultado negativo y comportar una pérdida para el cliente.

En las condiciones particulares se establecían esas ventanas de cancelación con relación a fechas concretas durante el periodo de vigencia del producto contratado, en las que Bankinter se comprometía a ofrecer un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de ellas. Las mismas condiciones particulares se refieren a las liquidaciones trimestrales que se realizarían con el resultante neto entre lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe. En cuanto a lo primero se establecía un tipo fijo pero referenciado al Euribor a tres meses a partir del tercer trimestre, y en cuanto a lo segundo el tipo era el Euribor a tres meses. Si bien, no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos de las liquidaciones y tampoco se justificaron posteriormente al llevar a cabo cada una de ellas, constando únicamente los abonos en la cuenta asociada. Más aún, caso de que el cliente optase por la cancelación anticipada, además de no habersele ofrecido un precio de cancelación, como el Banco de había obligado a hacer, tampoco se especifica la fórmula mediante la cual se realizarían los cálculos que darían como resultado ese valor liquidativo, y cuando se produjo efectivamente dicha cancelación se limitó a comunicar a la demandante el resultado de la misma y a efectuar un cargo en su cuenta, sin haber ofrecido ninguna otra explicación.

Así pues, si no se facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable.

Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas). Deberá procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

SEPTIMO: En cuanto a las costas (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) procede su imposición a la parte demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FALLO

Que Estimando como Estimo la Demanda presentada por el Procurador Sr. Esteban Ruiz en representación de D^a.

, D. , D^a. , D. y de D. , debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares acompañados como documentos nº2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71, 72, 73, 74, 87 y 88,, suscritos respectivamente por los actores con la Mercantil "BANKINTER, S.A.", así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende, debiendo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de referidos contratos, debiendo condenar y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades que se deducirán de restar las abonadas a los actores por la demandada, de las cantidades cobradas por ésta, hasta la fecha de este Resolución. Teniéndose por desistidos a D^a. y a D. de las pretensiones ejercitadas contra la Sociedad demandada, con expresa imposición de costas a la demandada.

Esta resolución no es firme; contra ella cabe preparar **RECURSO DE APELACION** ante este Juzgado en el plazo de **CINCO DIAS** a contar desde el siguiente a su notificación siendo preceptivo la constitución de un depósito por importe de 25 euros que deberá ingresar en la cuenta de consignaciones de este Juzgado en la entidad Banesto nº cuenta 10670000075909, (según la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre), siendo resuelto por la **ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS**.

73, 74, 87 y 88, sin obligación de pago de precio alguno en concepto de cancelación por parte de los actores, así como condenando a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas a éstos a través de las liquidaciones negativas giradas y en cuanto superen el importe correspondiente al que suponga quedar anulado el beneficio que hubiera podido obtener el cliente con anterioridad a su generación, cantidades que serán igualmente determinadas en ejecución de sentencia, que se condenara a la demandada al pago de las costas.

SEGUNDO: Por Auto de fecha 19 de noviembre de 2.009, se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma a la parte demandada y emplazándola por término de veinte días para comparecer y personarse en Autos. Por escrito de fecha 29 de diciembre de 2.009, presentado por el Procurador Sr. Santamaría Alcalde, en la citada representación, se contestó a la misma, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO: Por Providencia de fecha 17 de febrero de 2.010, se acordó seguidamente la celebración de la Audiencia Previa para el día 29 de marzo de 2.010, acto que tuvo lugar con la asistencia de las respectivas representaciones, ratificándose cada una de ellas en sus respectivos escritos. Por ambas partes se solicitó el recibimiento del pleito a prueba y se señaló la celebración del Juicio para el día 21 de junio de 2.010.

CUARTO: El día 21 de junio de 2.010, se celebró el Juicio con la asistencia de las partes y sus respectivas representaciones procesales, practicadas las pruebas solicitadas y admitidas por su S.S^a., con el resultado que obra en Autos, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

QUINTO: En la tramitación del presente Procedimiento se han observado los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita por la representación de la parte demandante acción de nulidad de los contratos de condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares anexas, acompañadas como documentos nº2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71, 72, 73, 74, 87 y 88, suscritos respectivamente por los actores que encabezan la presente reclamación, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende, se condenara a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de los referidos contratos, y, en consecuencia, condenando a la demandada, a la devolución de las cantidades que se determinaran en ejecución de sentencia y que se deducirán de restar las cantidades abonadas a los actores por la demandada de las cantidades cobradas por éste a aquellos, hasta la fecha del dictado de la Sentencia, subsidiariamente, se declarara la nulidad por abusivas de las cláusulas 6 y 7 de los contratos generales o marco y de las condiciones particulares "ventanas de cancelación", así como nulo e improcedente el cálculo pretendido para el precio de cancelación, y por tanto el importe orientativo del mismo ofrecido a cada uno de los actores y, en su consecuencia, declarara

resueltos los contratos acompañados como documentos nº2, 3, 4, 21, 22, 33, 35, 50, 51, 71, 72, 73, 74, 87 y 88, sin obligación de pago de precio alguno en concepto de cancelación por parte de los actores, así como condenando a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas a éstos a través de las liquidaciones negativas giradas y en cuenta superen el importe correspondiente al que suponga quedar anulado el beneficio que hubiera podido obtener el cliente con anterioridad a su generación, cantidades que serán igualmente determinadas en ejecución de sentencia.

SEGUNDO: Centra la parte actora su pretensión de nulidad de los citados contratos en los siguientes hechos: resulta denominador común para todos los contratos suscritos por los demandantes, el engaño o intencionado equívoco de que habían sido víctimas, promovido por la demandada, amparándose en la indudable confianza que los clientes de un banco depositan en la persona con quién firman sus préstamos o créditos. Sin ser conscientes del contenido y efectos de los documentos que firmaban, los actores habían llegado a suscribir con la demandada un contrato bancario cuyo altísimo riesgo económico, desconocido por el cliente, estaba provocando serias pérdidas de dinero para los suscriptores, quienes jamás habían tenido intención alguna de poner en riesgo un dinero que ni siquiera tienen. Estos contratos suponen fijar una determinada cantidad sobre la que periódicamente se aplican unos tipos de interés mínimos y máximos según las fluctuaciones del mercado, que pueden arrojar liquidaciones a favor o en contra de una de las partes. La cantidad que se fijaba en los contratos era ficticia, ya que el cliente no disponía de ella, siendo las liquidaciones a favor del cliente poco cuantiosas, siendo las favorables a la demandada altísimas y si que el cliente pudiera cancelar el contrato, obligándole a abonar previamente un precio que fijaba unilateralmente el Banco y que no figuraba en el contrato, no siendo previamente pactado. Con ello, los clientes del Banco lejos de verse favorecidos en su cuota mensual hipotecaria o crediticia por el descenso de los tipos de interés, ahora ven incrementada la misma en más de un 50% mensual, en algún caso, enfrentándose a unos pagos debidos trimestralmente que, sencillamente no pueden afrontar. Mientras los tipos de interés se han mantenido altos, los clientes han recibido insignificantes cantidades trimestrales que en modo alguno han ayudado a paliar el incremento del interés fijado en sus préstamos hipotecarios o créditos, incluso en algunos casos, la propia demandada les ha invitado a cancelar el clip que mantenían, para firmar otro supuestamente con mejores condiciones, sin que haya recibido cantidad alguna en concepto de cancelación anticipada de aquel clip, aún cuando aplicando la fórmula que ahora pretende aplicar la demandada, el cliente debería haber recibido una importante suma de dinero.

Nunca se advirtió a los ahora demandantes que podía suponerles una pérdida de dinero, en ningún momento se les comunicó que la cancelación del contrato les pudiera suponer el desembolso de cantidad de dinero alguna. Por lo que se refiere a los denominadores comunes de los contratos suscritos por los demandantes destacan los siguientes: Falta de Información: no ha existido, ni la demandada podrá acreditar nada en tal sentido, ningún tipo de información veraz sobre el verdadero objeto y la causa contractual, siendo por lo tanto un hecho incuestionable, el incumplimiento en que incurre la demandada respecto de sus obligaciones de ofrecer y facilitar información suficiente y veraz sobre el contenido y efectos de los productos, cuya contratación pretenden y así: no existe porque no se ha realizado, el test que tiene por objeto conocer al cliente y sus necesidades exigibles a los bancos. Desequilibrio de las contraprestaciones: porque en el contrato marco o condiciones generales

de este tipo de contratos, en ningún momento se fija o establece con la necesaria concreción y claridad que el cliente pueda perder dinero, que referido contrato tenga coste económico para él, ni que su cancelación pueda suponer un desembolso económico. Con relación a las condiciones particulares de cada contrato y, aunque cada clip tiene una denominación distinta y se establecen diferentes porcentajes para los tipos de interés, en todos ellos es denominador común la fijación de un tope máximo para el incremento del tipo de interés, con ausencia absoluta de tope para el descenso del mismo.

No existe precio de cancelación contractual pero se exige su pago: se está exigiendo un precio de cancelación calculado unilateralmente por la demandada, y que resulta equivalente al coste económico que el contrato tendría para el cliente de mantenerlo vigente hasta la fecha de su finalización, lo que lógicamente puede asemejarse a precio de cancelación, ya que lo que realmente solicita el Banco es que se le anticipe su beneficio previsto. En ningún caso aparece determinado contractualmente precio de cancelación alguno.

De acuerdo a tales afirmaciones se postulaba la nulidad de los citados contratos por error en el consentimiento, dada la suficiente falta de claridad, la oscuridad, incluso la contradicción entre alguna de sus cláusulas y la absoluta falta de información sobre la esencia del contrato y las necesarias referencias expresas contractuales respecto de los verdaderos riesgos que se corren con su aceptación; todo ello determina la existencia de un error esencial en el consentimiento prestado por los actores, quienes creían estar protegiéndose de la subida de los tipos de interés sin incurrir en riesgo alguno. Destacando entre las cláusulas de los mencionados contratos las siguientes: Cláusula Primera: *"el presente contrato tiene por objeto fijar el marco de condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión de riesgos que el banco ofrecerá al Cliente con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales. El contrato se estructura de la siguiente manera: Condiciones Generales o Contrato Marco Y Condiciones Particulares: siendo éstas últimas las cláusulas individuales aplicables a los productos contratados por el cliente en el ámbito de este contrato marco"*. En relación a dicha cláusula se señalaba que de entrada no parecía un producto adecuado para los demandantes toda vez que no realizan operaciones financieras de riesgo, ni entre sus operaciones comerciales se encontraba la de poner en juego el dinero que no tenían. Resultando imprescindible tener suscrito previamente el contrato marco para poder pactar luego unas condiciones particulares para un determinado producto (en el caso de los actores D^a. ...) y D.

, no se podía determinar cual de los documentos había sido suscrito en primer lugar, y entrando ambos en clara contradicción, pues teniendo el contrato marco un periodo de vigencia de cinco años, impuesto por la demandada, resultaba imposible averiguar la fecha de su vencimiento, al no hacerse constar la fecha de inicio de efectos, es decir, el día de su aceptación, y pudiendo, incluso, tener vencido el condicionado general y vigente el particular.

Cláusula Tercer: *"el producto de gestión de riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En cada una de dichas liquidaciones, se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente*

correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el abono por la parte a pagar por el banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares".

Cláusula Sexta: "una vez firmadas las Condiciones Particulares y transcurrido el periodo de comercialización, de tal modo que el producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente u producto en cualquiera de las fechas especificadas en las Condiciones Particulares del producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente. No obstante, si el cliente solicitará la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al banco y que éste podrá repercutirle". En este caso en ninguna cláusula del contrato referido a esta cancelación se advierte la posibilidad del perjuicio económico que se podría sufrir, al contrario, se parte siempre del concepto resultado económico y solo se dice que el mismo puede minorarse o reducirse. En todo momento se mantiene que el cliente va a recibir un beneficio económico, advirtiéndole de manera tímida y no en el clausulado, sino en su partes expositiva, que ante un cambio de las circunstancias de mercado distinto a aquel bajo el cual se suscribió el contrato, se pudiera producir una reducción del beneficio o incluso su anulación, pero de ninguna manera se expresaba que pudiera suponer el tener que abonar una cantidad de dinero por parte del cliente, y mucho menos cantidades como las acreditadas en la demanda.

Tampoco el Condicionado Particular, aclara ni especifica respecto de la esencia y fundamento del contrato, ni ofrece fórmula alguna de aplicación, para hallar el precio de mercado como consecuencia de la cancelación, al que de modo totalmente indeterminado se hace referencia.

TERCERO: Sentado lo anterior, y por lo que hace al supuesto concreto que aquí se juzga, el contrato celebrado entre los litigantes cuya nulidad se postula se denomina contrato de gestión de riesgos financieros y cuenta con unas condiciones generales, en las que se fija el marco aplicable al conjunto de instrumentos financieros que, ofrecidos por el Banco, el Cliente decidiera contratar, y unas condiciones particulares referidas a un producto concreto que se denomina "Clip Bankinter Extra 08 4". Se trata de un contrato Swap o permuta financiera de tipos de interés, y así se dice en la contestación a la demanda, pese a que en ninguno de tales documentos (condiciones generales y particulares) se mencionan dichos términos, y sí únicamente la finalidad de optimizar la gestión de los riesgos financieros a que se ve expuesto el cliente. En efecto, el contrato de gestión de riesgos financieros es un contrato Swap de interés o un contrato de permuta de carácter financiero en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda, precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir de Bankinter un tipo de interés variable referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente

como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nocional), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia.

Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados. La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual. Tales características, dotan al producto de un carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja, insistiendo que se trata de un producto de alto riesgo porque no se conoce la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, estas operaciones revisten un carácter complejo.

CUARTO: Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada, es necesario tener en cuenta que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del mismo Código, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y

transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En este sentido, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no, ya establecía que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía, y que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuese propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados.

A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3ª) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos. Y así lo entiende también el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en un informe de fecha 24-6-2009, y tratándose igualmente de una permuta financiera, bien que vinculada a la cobertura del riesgo de interés de un préstamo hipotecario, lo que -dicho sea de paso- le otorgaba un carácter no especulativo, advierte, no sólo que se trata de un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, indicando sus características principales sin omisiones significativas, sino también de que entre la clientela tradicional, concedora de los productos típicamente bancarios, 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 de su vencimiento, entendiéndose por ello que las entidades que diseñan y ofrecen esos productos a la 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.

QUINTO: A propósito del error como vicio del consentimiento, el art. 1266 del Código Civil exige que recaiga 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, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007).

El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento 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, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso resulta patente que la demandada

no cumplió con tal exigencia y no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas. A este respecto, es llamativo que la demandada no se haya preocupado de llamar, ni siquiera como testigo, a quien intervino personalmente y como empleado de la misma en la negociación y conclusión del contrato, pese a tener a su alcance la posibilidad de conocer con certeza quién fue, habiéndose limitado en cambio a facilitar la identidad de la actual directora de derivados del Departamento de Tesorería y Mercado de Capitales de la demandada en Madrid, quién el acto del Juicio explicó las características de este tipo de productos financieros.

En ausencia de esa información completa y detallada sobre el producto que contrataba, que según explica la antes citada era una cobertura de tipos de interés cuya finalidad era estabilizar los costes financieros del cliente, llegado el momento de la firma es razonable entender que quien suscribió el contrato no se parase a leer con detenimiento el documento que se le presentaba, prestando más atención, a las explicaciones que se le daban que al texto impreso. Si a ello se añade que no consta que éstos cuenten con especiales conocimientos en materia financiera, tratándose de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, se comprenden fácilmente las dificultades para entenderlo y que llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado le aseguraba frente a la subida de intereses pero sin que ello supusiera asumir por su parte ningún riesgo.

Ciertamente, las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma. De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la parte demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, ya que su único interés consistía en disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente a un elevado de pago de intereses. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

SEXTO: La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro las Mercantiles demandantes básicamente tratándose de pequeñas empresas, que no consta que cuenten con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo como se afirma de