



# JUICIO ORDINARIO N° 860/09

## SENTENCIA

En Ourense, a uno de septiembre de dos mil diez.

Vistos por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ MOVILLA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de los de Ourense y su Partido Judicial, los presentes autos de Juicio ordinario, número 860/09, sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, promovidos a instancia de la entidad "S S.L.", representada por la Procuradora Sra. Conde González, asistida por el Letrado Sr. Pérez Barreiro, contra la entidad mercantil "BANKINTER, S.A.", representada por el Procurador Sr. Tovar López-Cuevillas, asistida por el Letrado Sr. Ocampo Martínez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Sra. Conde González, en la representación expresada, se presentó demanda de Juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra la entidad mercantil "BANKINTER, S.A.", sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, en la que alegó los hechos en los que basaba su pretensión y los fundamentos jurídicos que consideraba aplicables al caso, y terminó suplicando al Juzgado que, en su día, seguido el Juicio por los trámites legalmente previstos, se dictase sentencia declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros "Clip Bankinter 07 14.2" suscrito entre las partes el día 19 de noviembre de 2007, o, alternativamente, la resolución de dicho contrato, condenando en ambos casos a la demandada a abonar a su representada la cantidad de 14.280,50 euros, más los intereses correspondientes desde la fecha de suscripción del contrato, imponiéndole el pago de las costas procesales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada a fin de que compareciera en autos y la contestara, haciéndolo en el plazo legalmente previsto mediante escrito en el que alegó los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, y terminó suplicando que, previa la tramitación correspondiente, se dictase sentencia desestimando en su integridad la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la demandante.







mercantil del cliente y a los riesgos financieros a los que se ve expuesto por razón de la misma. Sin embargo, más allá de esta declaración formal, la propia demandada ha manifestado que la cuantía de los créditos contraídos con terceros por la actora ascendía a 2.750.000 euros, por lo que si la finalidad del contrato era garantizar el riesgo financiero general de la empresa, ese fin con el establecimiento de una cuantía cinco veces inferior a su deuda en modo alguno podría cumplirse, debiendo el banco informar de tal circunstancia al cliente, lo que no hizo, limitándose el director de la sucursal a manifestar que la cuantía fue elegida por aquél, lo que denota un absoluto desconocimiento del mismo del producto que contrataba. De todo ello cabe concluir que, a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de la permuta financiera que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y del alcance de aquello a lo que se obligaba, sin conocer las implicaciones del producto y el verdadero riesgo asumido. Incurrió, por tanto, en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. La cuestión que se plantea entonces es determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes; por un lado la demandada, comerciante experta 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 la demandante, una empresa que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad, sino que se auxiliaba de una entidad gestora en la que trabajaba D<sup>ña</sup>. Susana Pérez Rodríguez, agente de "BANKINTER, S.A.", que se encargaba de su contabilidad. Es cierto que mientras las liquidaciones trimestrales beneficiaron a la actora no se dio cuenta la misma del error, no siendo hasta que se produjo la cancelación unilateral por el banco cuando advirtió que lo suscrito no era realmente lo que creía haber firmado. Pero lo cierto es que el riesgo asumido y las condiciones de cancelación no aparecen clara y específicamente establecidas en el contrato. Aquel riesgo no se concreta debidamente, al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía porqué conocer, y aparece diluido, pues se acompaña de la expresión: "en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada", induciendo a creer que serían al alza, y aún aparece más difuso con la expresión siguiente: "o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados", que no se concreta y es de difícil consideración por el cliente. Es más, se afirma que en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, "se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente", pero sin llegar a precisar que pudiera llegar a sufrir pérdidas económicas, incluso



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

importantes. Se establece también, en la cláusula 3, 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 arrastrar importantes pérdidas económicas. Es más, tal y como explicó en el acto del Juicio D<sup>a</sup>. Belén Rodríguez Fernández, del Departamento de Tesorería del banco demandado, el riesgo que éste asume frente al cliente lo traslada al mercado contratando, a su vez, el producto con otra entidad y con las mismas características, de manera que si el cliente gana también lo hace el banco, pero si pierde es 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. Por otro lado, 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, viniendo determinado el resultado económico de la cancelación por las condiciones del mercado, sin especificación, en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente, no haciendo ninguna referencia a que la cancelación pudiera arrojar un saldo negativo con una importante pérdida para el cliente. De la misma forma se estableció la facultad del banco de resolver anticipadamente el contrato, por unos motivos especificados, procediendo el mismo a efectuar la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la resolución, que fue lo que realizó la demandada efectuando un cargo en la cuenta de la actora de 15.238 euros, sin ofrecer ninguna explicación sobre la forma en que se efectuó tal liquidación, provocando un descubierto cuya regularización se pretende en este procedimiento, en el que la actora ha reconocido que no ha pagado esa cantidad y que solamente figura como saldo deudor en su cuenta. De los términos del contrato la actora no podía, por tanto, conocer con claridad y exactitud las características del producto contratado, y su desconocimiento se puede deducir también de los términos del mismo, en los que se aprecia un claro desequilibrio a favor de la entidad bancaria, que asume un riesgo acotado entre el 0,35 y el 0,10%, mientras que en el caso del cliente ese riesgo, si se produjera una bajada de los tipos de interés, como efectivamente después se produjo, se situaría entre el 0 y el 4,70%. De todo ello puede concluirse que si no se facilitó a la demandante la información necesaria, que debía proporcionársele y que podía haberla alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y visto que no puede presumirse que de la sola lectura de sus cláusulas pudiera llegar a obtener un pleno conocimiento de las obligaciones y del riesgo que asumía, no cabe otra conclusión que estimar el error en que incurrió 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 los intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a hallarse en la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Deberá procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos realizados por razón del contrato que se anula en la cuenta de la demandante, de forma que ésta no resulte acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas, no pudiendo ser condenada la demandada al pago de la suma resultante de la liquidación total de los cargos y abonos, al no haber abonado todavía el importe de la cancelación anticipada cargado en su cuenta.

**SEXTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser estimada la demanda en su pretensión principal, es preceptiva la imposición de las costas procesales a la demandada.

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

**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por la representación de la entidad "S S.L.", contra la entidad mercantil "BANKINTER, S.A.", debo declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes el día 19 de noviembre de 2007, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta de la actora, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, con la consiguiente entrega del saldo que resulte, imponiendo expresamente a la demandada las costas de este procedimiento.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones contenidas en el artículo 248. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**TERCERO.-** Celebrada la audiencia previa legalmente prevista, se convocó a las partes al correspondiente Juicio, en el que se practicaron las pruebas propuestas por las mismas que habían sido admitidas y declaradas pertinentes, obteniéndose el resultado que obra en las actuaciones, que se da aquí por reproducido en su integridad. Practicadas las pruebas propuestas y evacuado el trámite de conclusiones, se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente Juicio se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La entidad demandante "S S.L." ejercita en este procedimiento demanda contra la entidad financiera "BANKINTER, S.A.", con la pretensión de que se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito con dicha demandada el día 19 de noviembre de 2007, con base en la concurrencia en la contratación de vicios del consentimiento, en concreto dolo y error, que sustenta en no haber sido informada debidamente por la demandada, con carácter previo a la suscripción del contrato, de las características del mismo y de los riesgos que asumía, habiéndosele vendido el producto como un seguro con cobertura frente a posibles subidas de los tipos de interés cuando en realidad era un derivado financiero de alto riesgo, añadiendo además la falta de causa de un contrato que no era en absoluto adecuado a su perfil empresarial, y la falta de reciprocidad entre los riesgos que asumía cada parte contratante, al ser prácticamente inexistentes para la entidad bancaria y muy elevados para la actora. Sustenta la parte actora dicha pretensión en que, a través de una agente externa de la entidad demandada D<sup>ña</sup>. Susana Pérez Rodríguez, concertó con la entidad un contrato de arrendamiento financiero mobiliario para la adquisición de un remolque, por un importe de 30.198,60 euros, con fecha 28 de noviembre de 2007, indicándole la agente que la entidad bancaria, para la concesión del leasing, exigía la suscripción de un contrato que, según se le indicó, era un seguro con cobertura frente a las subidas de los tipos de interés, que es el litigioso, desconociendo el sistema operativo del mismo e incluso el nominal por el que se convino. Tras una serie de liquidaciones trimestrales de este contrato que siempre le eran favorables, con unos importes que oscilaban entre los 200 y los 300 euros, de repente la entidad bancaria le comunicó la resolución anticipada y unilateral del mismo, consignando en su cuenta un cargo por importe de 15.238 euros, que, descontadas las cantidades que había percibido, son objeto de reclamación en este procedimiento. La entidad demandada se opone a la pretensión deducida en la demanda alegando que el director de la oficina de "BANKINTER" en Ourense mantuvo conversaciones con el entonces administrador único de "S S.L.", hoy





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

fallecido, D. José Manuel Calvo Vaz, que se interesó por diversos productos bancarios: un préstamo con garantía hipotecaria, el contrato de arrendamiento financiero referido y el contrato de gestión de riesgos financieros, pretendiendo con este último asegurar durante un tiempo sus costes financieros y evitar que resultaran afectados por las fluctuaciones al alza o a la baja del Euríbor, considerando que el endeudamiento de la empresa era en el momento de la contratación del clip de 2.750.000 euros, habiendo sido el director de la oficina el que le dio toda la información referida al producto que contrataba, y siendo D. José Manuel Calvo Vaz el que decidió concertar la cobertura sobre un nominal de 500.000 euros. Alega la demandada que en modo alguno se vinculó la concesión del leasing a la contratación del clip, pues la fecha de éste es anterior a la de aquél y los nominales en cada contrato son muy diferentes. Añade además que ninguna reclamación se formuló cuando las liquidaciones trimestrales fueron favorables a la empresa, presentando la demanda y alegando el error solamente cuando se efectuó el cargo por resolución anticipada del contrato, que se decidió en base a las facultades que el propio contrato le otorgaba y a los impagos por parte de la actora de otras obligaciones que tenía con la entidad bancaria, entendiéndose por todo ello que no existió error en la contratación y que la demandante dispuso de toda la información precisa para tener pleno y cabal conocimiento del contrato que firmaba y del riesgo que asumía.

**SEGUNDO.-** Planteada en tales términos la cuestión litigiosa debe precisarse previamente el carácter del contrato cuya nulidad se pretende. Dicho contrato se denomina contrato de gestión de riesgos financieros, e incluye 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 07 14.2", ambos documentos suscritos en la misma fecha, el día 19 de noviembre de 2007. Se trata de un contrato swap o permuta financiera de tipos de interés, que se puede definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. Dado que el acuerdo de pago de intereses se produce aplicando un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es una característica resaltable de estos contratos. Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es posibilitar a las empresas la cobertura o la mejora de la deuda financiera convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable, ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquéllos por los clientes también puede responder a una motivación de



índole meramente especulativa. Según la doctrina científica cabe atribuir a tal clase de negocio las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento. En este caso, sobre un nominal pactado de 500.000 euros se pactan unas liquidaciones periódicas de carácter trimestral en las que en los dos primeros trimestres el cliente paga al banco el interés del 4,55% si el Euríbor 3 meses es menor o igual al 4,90%, o si es mayor, el Euríbor 3 meses reducido en un 0,10%; en los cuatro trimestres siguientes el cliente abona el interés del 4,70% si el Euríbor 3 meses es menor o igual al 5,05%, o si es mayor, el Euríbor 3 meses reducido en un 0,10%; y, por último, en los cuatro trimestres restantes el cliente abona al banco el 4,20% si el Euríbor 3 meses es menor o igual al 4,70%, este último tipo (4,70%) si el Euríbor 3 meses se sitúa entre el 4,70% y el 5,05%, o el Euríbor 3 meses menos el 0,10% si es mayor a ese 5,05%; por su parte el cliente recibe del banco en todo caso el Euríbor 3 meses; de tal forma que el neto resultante, según su resultado positivo o negativo, se abona o se carga en la cuenta del cliente. Si bien la mecánica del contrato es sencilla con la finalidad anteriormente especificada, lo cierto es que es un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, por lo que si en lugar de producirse una elevación de los tipos de interés de referencia (Euríbor), lo que hubiese beneficiado al cliente, se originaba una bajada, podrían ocasionarse graves perjuicios económicos para el mismo.

**TERCERO.-** Alega la actora su condición legal de consumidor en la relación contractual cuya nulidad pretende, lo que le otorgaría un mayor grado de protección que el que se dispensa normalmente a cualquier persona en la concertación de un negocio jurídico. Si bien la actora sostiene que la suscripción del "Clip Bankinter 07 14.2" le fue impuesta como condición para la firma por parte del banco de un contrato de arrendamiento financiero o leasing, habiéndose firmado ambos contratos con muy pocos días de diferencia, el nominal del "Clip Bankinter 07 14.2" sobre el que han de aplicarse los diferentes tipos de interés previstos, 500.000 euros, no guarda relación con el importe total a que ascienden las cuotas del leasing, pero tampoco ese nominal presenta similitud alguna con la cifra de endeudamiento bancario de la sociedad, según datos obtenidos de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), del orden de 2.750.000 euros, por lo que, a los efectos que se analizan, parece que el contrato se suscribió para obtener una cobertura parcial del riesgo de una subida de los tipos de interés en la financiación pendiente de amortización con las entidades bancarias. En relación a la figura del consumidor, el Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 1, apartados 2 y 3, de la





Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios delimita el ámbito subjetivo de la misma, atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al que resulte destinatario final de los productos o servicios que adquiere, utiliza o disfruta, excluyendo de tal condición a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios. Dado que la actora es una sociedad limitada cuyo objeto es una actividad netamente mercantil, y los servicios de financiación prestados lo son en beneficio de su actividad, no cabe atribuirle la consideración legal de consumidor, careciendo, por tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en las que concurre dicha condición. Aun de aplicarse la nueva normativa sobre defensa de los consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la no concurrencia en la demandante de la condición de consumidor se ofrece aún más evidente al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. No obstante, la no concurrencia en la actora de la condición de consumidor no excluye la procedencia de un singular amparo de la misma en su contratación como cliente con el banco demandado, con arreglo a otra normativa especial tendente a regular las relaciones entre esa clase de sujetos en atención a la materia objeto de negociación, como seguidamente se verá.

**CUARTO.-** Lo que se plantea es la nulidad del contrato suscrito entre las litigantes, y a tal efecto debe recordarse que entre los requisitos esenciales de todo contrato, que recoge el artículo 1.261 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 artículo 1.262 del mismo Código Civil, siendo nulo, según prevé el artículo 1.265, si se hubiese 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 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 celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria, por lo 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 entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, hasta los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar el capital. Desde esta perspectiva, de la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección en todas las fases (precontractual, contractual y postcontractual) del proceso, importa destacar la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, anterior a la reforma introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar, en su artículo 2. 2, 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, en el artículo 78. 1, que las entidades de crédito debían respetar las normas y los códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, y en los artículos 79 y 79 bis, 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 fuesen propios, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, vigente cuando se celebró el contrato objeto de este procedimiento, concretó aún más esta forma de actuar desarrollando en su Anexo un código de conducta presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información, tanto sobre la clientela a los fines de conocer su experiencia inversora y los objetivos de inversión (artículo 4 del Anexo), como frente a los clientes (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva (artículo 5. 1 y 3 del Anexo). Este Decreto fue derogado por



la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis), reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales, entre otros extremos, sobre la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, a los fines de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros o a las estrategias de inversión, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y objetivos ( artículo 79 bis, números 3, 4 y 7). Luego 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, no ha hecho más que insistir en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en la fase precontractual como en la contractual (artículos 60 y siguientes, en especial artículo 64, relativo a información sobre los instrumentos financieros). Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, establecer el criterio que expresa en su Memoria correspondiente al año 2007, reiterado en la del año 2008, de que las entidades financieras deben estar 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 otro caso que su actuación es contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. Pues bien, bajo esta perspectiva de las obligaciones de la entidad bancaria debe ser analizado el error que la demandante alega haber padecido al suscribir el contrato, al no haber sido debidamente informada por la entidad bancaria de las características del producto que contrataba.

**QUINTO.-** A propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 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 reiteradamente 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. 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 concurren 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 este 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. Al 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 base a que cada parte debe informarse de las circunstancias y las condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y a que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, siendo exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, la diligencia es menor cuando se trata de una persona inexperta que entre en negociaciones con un profesional, 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. En el mercado de productos financieros, algunos de ellos productos de inversión complejos, la doctrina mantiene que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe recaer sobre el profesional financiero, respecto del que 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 que es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de información. En el presente caso la demandada no ha acreditado haber cumplido con tal exigencia y haber informado a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y el alcance de sus cláusulas. La demandante ha sostenido en el acto del Juicio que la suscripción del "Clip Bankinter 07 14.2" le fue impuesta para la concesión de un leasing, lo que fue corroborado por la agente externa del banco con la que mantuvo las primeras conversaciones, que si bien puede tener cierto interés en este pleito, su testimonio no puede desecharse, pues ella misma para su actividad realizó la misma operación, concertando un contrato de arrendamiento financiero y, a la vez, un clip como el litigioso, cuya nulidad también fue solicitada en otro procedimiento judicial en curso, siendo lógico pensar que si conociese con precisión las características y los riesgos del swap, ni lo habría contratado para sí misma, ni lo



habría ofrecido, como agente del "BANKINTER, S.A.", a la demandante. En cualquier forma, aunque la suscripción no le fuera impuesta, según las declaraciones de la agente, ella misma entendió, y así lo trasladó al representante de la actora, que se trataba de un seguro frente a la subida del tipo de interés, desconociendo el nominal del clip pactado tanto en su contrato como en el de la demandante, y reconociendo no haber suministrado más información al cliente, que se dirigió a la oficina bancaria a firmarlo. Por su parte el director de dicha oficina, D. Pablo Baena Tovar, que reconoce que se puso en contacto con la actora a través de la agente externa, manifestó que explicó a D. José Manuel Calvo Vaz las características del producto, entregándole para su información las dos primeras hojas que conforman el documento número 1 de los aportados por la demandada con la contestación a la demanda, pero no los restantes en los que aparecen ejemplos y gráficos sobre el funcionamiento del producto y la evolución de los tipos de interés, que, según la demandada, también se entregaron. Sostiene además D. Pablo Baena Tovar que explicó al cliente, con ejemplos prácticos, la operatividad del swap, pero tal información si se verificó en la forma que consta en ese documento número 1, al menos debe calificarse como sesgada, pues en todos los supuestos planteados el resultado es positivo para el cliente, y sólo en una ocasión le es desfavorable, con una pérdida mínima. Por otro lado, tampoco el director de la oficina puede ofrecer una explicación satisfactoria sobre los criterios que determinaron la fijación del nominal en 500.000 euros, cuando su endeudamiento bancario era de 2.750.000 euros, manifestando que fue voluntad exclusiva del cliente. Salvo el texto del propio contrato, con sus condiciones generales y particulares, y esas dos hojas explicativas que se dicen entregadas, no contando con la declaración del representante de la actora que lo convino, que ya ha fallecido, y las explicaciones confusas de la agente del "BANKINTER, S.A.", que no recibió la formación precisa del banco para vender el producto, no consta que la actora obtuviese otra información, y si a ello se añade que no consta que contase con especiales conocimientos en materia financiera, tratándose de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, 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 la aseguraba frente a la subida de intereses, pero sin que ello supusiera asumir por su parte ningún riesgo. De hecho la demandante entendió que el contrato de gestión de riesgos financieros se vinculaba con el leasing que había solicitado, y es lógico que así se hiciera a la vista de la sucesión temporal de ambos contratos. La demandada niega que existiera tal vinculación, sosteniendo, en cambio, que lo que se garantizaba era el riesgo financiero general de la empresa y que la cuantía del producto contratado (500.000 euros) fue la que eligió la propia demandante. Ciertamente las condiciones generales del contrato se refieren a la actividad