

Notif 4/ febrero / 2011

JDO.1A.INSTANCIA N.5 ant. MIXTO N.8
ALCALA DE HENARES

C/ COLEGIOS NUMS. 4-6

77396

N.I.G.: 28006 1 0016491 /2010

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1883 /2010

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. GEMA GARCIA MERINO

Contra D/ña. CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID

Procurador/a Sr/a. JOSE IGNACIO OSSET RAMBAUD



**NOTIFICACION AL
PROCURADOR SR./SRA.:GEMA GARCIA MERINO**

S E N T E N C I A

En nombre de S.M. el Rey.

En Alcalá de Henares a veintiocho de febrero de dos mil once. El Ilmo. Sr. D. PEDRO FELIX ALVAREZ DE BENITO, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcalá de Henares, habiendo visto los presentes autos de J. Ordinario seguidos en este Juzgado con el num. 1883/10. a instancia de Dª representada por la Procuradora Sra. Garcia Merino, y asistida del Letrado D. Marcelino Tamargo Menendez, frente a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, representada por el Procurador Sr. Osset Rambaud, y asistida del Letrado Dª Begoña Iglesias Sanz, ha dictado la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Demanda. La parte actora presentó demanda de juicio ordinario arreglada a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que se decretara, en esencia, la nulidad del contrato marco de compensación contractual o swap formalizado con la demandada en documento de 26 de marzo de 2008 por la existencia de vicio en el consentimiento. Más las costas.

SEGUNDO: Contestación: Admitida la demanda, por considerarse este Juzgado competente, se acordó en la misma resolución de admisión, el emplazamiento de la parte demandada para que dentro del término que al efecto se le confirió, se personara en autos y contestase a la demanda, lo cual verificó el demandado oponiéndose a ella por considerar válido y legítimo el contrato y eficaz el consentimiento prestado. Solicitó la desestimación de la demanda y la imposición de costas al actor.

TERCERO: Audiencia Previa. Al acto de la audiencia previa

comparecieron las partes. El trámite se siguió conforme a derecho.

Hecho declarados controvertidos con acuerdo de los litigantes:

a) La existencia de un vicio en el consentimiento que conlleva la nulidad del contrato de compensación contractual suscrito entre las partes.

Las partes propusieron las pruebas que constan en el acta correspondiente.

Visto que la única prueba admitida fue la documental, se declararon los hechos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los contratos de permuta de tipos de interés, aquí llamado por la demandada "de compensación contractual", en su demanda de "permuta de tipos de interés" o, en otros casos, de "gestión de riesgos financieros", "clip", "permuta de cuotas de tipos de interés" o "swap de tipo de intereses" es un producto financiero que generalmente se ofrece al cliente de una entidad bancaria con la aparente finalidad de protegerle de las subidas que puede acarrear los tipos de interés aplicables a sus operaciones de pasivo. Se trata, por tanto, de un producto que ofrece, en principio, una mayor estabilidad en los costes financieros del prestatario.

El mecanismo del que se sirve el contrato es el del intercambio con la entidad financiera de cuotas de tipo de interés referencial que se aplican sobre un importe no real, llamado nocional, de forma que, en caso de subida del tipo referencial y, por tanto, de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (en este caso una hipoteca con la misma entidad con la que se suscribe el contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera. Pero y he aquí la contrapartida, en caso de bajada de tal tipo de interés (es decir, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no haya devengado en términos de tal coste a la entidad bancaria. Lo que se ofrece al cliente, en definitiva y según se ha declarado probado en multitud de casos, es una protección ante las fluctuaciones financieras.

En segundo plano y de manera mucho menos evidente, se ofrece al cliente experto la posibilidad de hacer una previsión estable de sus costes financieros. En el fondo del contrato, por último, se ofrece un producto especulativo financiero como más adelante se verá.

Explicado así preliminarmente el contrato, resulta evidente que se trata de un producto financiero complejo. Pero hay otros elementos prácticos que suelen tener una



notable incidencia en sus consecuencias reales.

SEGUNDO: Los contratos de swap no están necesariamente vinculados a una determinada operación de pasivo. En realidad, es un contrato autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia, bien al global del pasivo o bien a una o varias operaciones de tal naturaleza.

En nuestro caso, el contrato se suscribe con referencia a la hipoteca que había suscrito la actora con el BBVA así como otras deudas anteriores y así lo admite la propia demandada cuando relata en su contestación cómo el importe del contrato swap (668.000 euros) es la suma exacta de los créditos hipotecarios suscritos con ella y de una ampliación posterior.

TERCERO: De todo lo dicho, se desprende, pues, que el contrato de "permuta de tipos de interés" o swap, es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nominal determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (carga para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros.

Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la única nota semejante que podría apreciarse es la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros. Pero éste es, como se ha anunciado antes, el principal motivo de confusión y desinformación que puede provocar en el cliente quien, al contrario de lo que ocurre con el contrato de seguro cuyo concepto le es perfectamente familiar, se encuentra inerte ante un concepto engañoso pues bajo una denominación conceptualmente familiar como la del seguro, esconde, en realidad, un producto financiero mucho más complejo y que no guarda relación alguna con el sencillo mecanismo del seguro del que se distingue radicalmente en que éste no se limita a ofrecer una cobertura económica ante una concreta o abstracta necesidad del asegurado sino que constituye una apuesta de futuro en la que el resultado puede ser positivo o negativo en función de la eventualidad de los mercados financieros.

En otras palabras, la permuta financiera consiste en el intercambio periódico entre los dos agentes económicos y durante un tiempo preestablecido, de flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia.

Como se ve, el producto financiero analizado no puede ser tildado de sencillo en su comprensión para el perfil de un cliente medio, tanto por el lenguaje técnico empleado como por su propio contenido con un complejo entramado, en apartados tan esenciales como los temporales al concurrir, fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento; la multiplicidad de tipos de interés en juego a efectos de liquidaciones y una complicada, amén de vaga e imprecisa regla de cancelación.

CUARTO: El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador.

Así, la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión y está sobradamente aceptada por la demandada, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2 , ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa " (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación.

Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero , (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el

artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos". Respecto al perfil del cliente del que depende la norma de conducta informativa por la entidad bancaria, no se discute la cualidad de minorista de la entidad actora y que nos encontramos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento; circunstancias que obligan a la entidad en la fase informativa a tenor del artículo 79 bis 7) de la Ley Mercado Valores a practicar el llamado test de conveniencia (conforme al artículo 73 del RD 218/2008 citado) y ello no responde sino a cumplimentar que el cliente conozca y comprenda en los términos expuestos, la operación a suscribir.

QUINTO: Se trata ahora de analizar si hubo omisión informativa y, por tanto, falta de diligencia y transparencia a la hora de la suscripción del contrato que nos ocupa.

Ante todo, habremos de decir que no hay constancia de que se haya realizado el susodicho test de conveniencia. El demandado ha aportado dos documentos informativos (9 y 10 de su contestación) que, según alega, fueron entregados a la actora para informarla del producto que iba a suscribir. Además, insiste en que la suscripción del contrato fue voluntaria y que se hizo a instancias del actor. En cuanto a lo primero, es evidente, pues si no hubiera sido así estaríamos ante un caso de violencia y, en cuanto a lo segundo, el hecho de que en el exponiendo del contrato, íntegramente redactado por la entidad bancaria, se diga pomposamente que el cliente "ha solicitado la firma del contrato marco" y que la Caja, "accediendo a lo solicitado está dispuesta a suscribir el contrato", no sirve ni de lejos para ocultar el carácter adhesivo del mismo ni la aplastante certeza de que ningún cliente medio de entidad bancaria alguna tiene la iniciativa como para pedir y mucho menos suscribir un contrato complejo como el que se nos presenta si éste no le ha sido previamente ofrecido y explicado por los empleados de la entidad. Esta es una máxima de experiencia que el texto del contrato adhesivo no puede alterar. De lo que se trata, en cambio, es de examinar si la oferta y las explicaciones ofrecidas por los referidos empleados han tenido lugar y si han sido adecuadas y suficientes para que el cliente haya entendido correctamente lo que se le ofreció, lo cual nos conduce al análisis de algunos aspectos irregulares concurrentes al caso:

1º) Lo primero que llama la atención es la falta de cualquier justificación documental informativa sobre la operación a concertar, cuando resulta acreditado que el contacto entre Caja y cliente lo fue para proteger dos operaciones de préstamo hipotecario y que la entidad financiera ofreció al cliente ese contrato de gestión de riesgos; no existe medio probatorio alguno que ponga de manifiesto que antes de la reunión para suscribir el contrato se entregase folleto, documento o explicación escrita que describiese las características y connotaciones esenciales de un contrato como el

controvertido.

La parte demandada sostiene que entregó al actor una copia de los ya citados documentos 9 y 10 en los cuales se explica de manera técnica el producto financiero, pero dichos documentos no aparecen firmados por el demandante quien niega haberlos recibido y resulta inevitable concluir que no le fueron entregados puesto que, de haberlo sido, aparecería su firma como acuse de recibo y así se deduce de la práctica habitual bancaria y del propio texto de tales documentos en los cuales se hace referencia a intenciones, voluntades, compromisos, la "manifestación expresa del cliente.", "ambas partes manifiestan.", etc., es decir, que el documento se debió entregar amparado por la inevitable formalidad de su firma, como único medio de garantizar que las manifestaciones y compromisos allí contenidos, puesto que de eso se trata, tenían contenido convencional. Nada de esto ha ocurrido en el presente caso.

2º) El Anexo al Contrato (documento nº 7 de la contestación) sí ha sido firmado y reza:

Que la suscripción del contrato se tramita "conforme a la política de ejecución de órdenes de la entidad" que el cliente, "una vez informado" acepta. Pero no se dice cuáles son tales órdenes, ni se explica a qué política se refiere ni cómo ni en qué extensión ha sido informado el cliente.

Que el cliente "ha recibido información sobre le instrumento financiero al que se refiere" el contrato. Tampoco se detalla la extensión, cualidad o acierto de la información recibida porque, como se ha dicho, ni la ficha técnica del producto ni la presentación del mismo (docs. 9 y 10) aparecen firmados por la actora.

Que el cliente renuncia al test de conveniencia "no facilitando la información necesaria para evaluar" la idoneidad de la inversión en función de sus conocimientos y experiencia inversora.

Que el cliente asume, sin ningún tipo de reserva, toda la responsabilidad por la operación.

Este documento, también íntegramente redactado por la entidad, es un buen ejemplo de condición general contractual autoexcluyente de toda responsabilidad puesto que, sin ningún otro elemento probatorio, prueba de información o examen previo alguno, descarga a la Caja de ella ante una eventual reclamación del cliente al que, sin mediar justificación alguna salvo una genérica apelación a que "no facilita la información", se le priva del obligatorio test de conveniencia cuando, a tenor de lo dispuesto en el artº 74 del RD 218/2008, tal información ya estaba a disposición de la Caja y no sólo porque conocía al cliente desde hacía años siendo su operador financiero principal sino porque ya había contratado con él otros productos -cuentas corrientes y préstamos hipotecarios- que conllevan en sí mismos la información y el examen detallado de los conocimientos y experiencia del cliente y que constituyen, precisamente, el contenido

del artº 74 citado, a saber: tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente (ninguno a la vista de que no había suscrito otro con anterioridad); naturaleza, volumen y frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado (igualmente ninguno) y, por último, nivel de estudios, profesión actual y, en su caso, profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes (todo ello conocido sobradamente por la entidad financiera).

Como puede apreciarse, la "renuncia" al test de conveniencia resulta ser una oportuna cláusula de estilo por la que la Caja evita someter su producto al examen crítico que podría arrojar serias reservas sobre la idoneidad del producto para un cliente en concreto.

Ha de concluirse, por tanto, que la no realización del test de conveniencia fue exclusivamente imputable a la entidad financiera y que con ello incumplió gravemente lo prevenido en Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

3º) La falta de firma en las supuestas fichas informativas y la ausencia de test de conveniencia, sustituyéndose todo ello por el Anexo al contrato, de misma fecha que le principal, tampoco es algo irrelevante.

La obligación de información que pesa sobre la entidad financiera es previa a la perfección contractual y no en el mismo contrato, pues de ser así deviene evidente el incumplimiento de la obligación informativa. A la hora de firmar, el cliente ha de ser conocedor de la causa de la operación, es decir, ha de comprender lo que se va a contratar; no firmar primero las condiciones particulares del contrato y después el anexo de que lo ha entendido.

SEXTO: En consecuencia, nos encontramos ante un contrato que el banco define como de compensación contractual y que es vendido como una especie de seguro que el cliente contrata para prevenir los riesgos para el desarrollo de su actividad, riesgos que se pueden derivar de la subida de tipos de interés (como consecuencia de las líneas de créditos con las que desarrolla su actividad). En el documento nº 9 de la contestación para la presentación del producto, se leen en muchas ocasiones las palabras o frases "protección", "proteger" "acotar o mitigar riesgos" "cobertura" "asegurar fluctuaciones" "fijar costes" "proteger su endeudamiento de las subidas del euribor" "prima". En cambio, sólo en dos ocasiones se habla de "inconvenientes" y aún así, estos se definen como "un coste financiero superior comparado con la alternativa de no haberse cubierto", oscura frase que más bien parece indicar lo contrario al seguir utilizando la palabra "cubierto". Es patente la ambigüedad de su redacción, como se infiere de diversas expresiones que se expresan. Así, se alude a un "inconveniente" pero se reserva la palabra "riesgo" para hablar de la cobertura que ofrece el contrato y se refiere a un mecanismo difícilmente comprensible ("podría ocurrir que el tipo mínimo pagado en algún periodo de cálculo fuera superior al tipo

variable recibido."). Ni quiera se sugiere que pueden variar y, desde luego, se omite algo tan sencillo como subir o bajar o, mucho mejor, que puede dar lugar a que el cliente tenga que pagar cantidades importantes. Tampoco se hace mención al pago en caso de cancelación anticipada. Es decir, se sugiere que lo mas que le podría pasar al cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas.

Así pues, el contrato, inicialmente sencillo, se va tornando complejo a medida que se van introduciendo nuevos elementos. Así, la confirmación escrita recoge extremos de importancia capital y un contrato marco y su anexo transforman una operación "de cobertura de riesgos" en otro de cláusulas complejas y exhaustivas, entre las que destacan, la definición del agente de cálculo, específicas causas de resolución, fórmula de liquidación, y cláusula oscura (la cuarta) para permitir una alternativa indefinida si el resultado no es comercialmente aceptable (extremos que, indudablemente serán decididos por el agente de calculo, la caja).

El resultado es que, donde se vendía una especie de seguro con una información ciertamente parca, se convierte en un producto bancario de derivados de alto riesgo, de complejo entendimiento, que con la bajada de tipos de interés del mercado mundial, supone la generación de una serie de pérdidas de importancia para el cliente con una tendencia ascendente (obsérvese al respecto el resultado de las liquidaciones de los últimos trimestres).

Además, la Caja no resuelve el contrato sino que sigue girando sus liquidaciones (sin comunicación al cliente), sin expresión o explicación de cálculos para su comprensión y en un escenario en el cual un contratante es un particular que ejerce su modesta profesión en nombre propio, con los mismos conocimientos que tiene cualquier consumidor de los usos y del sector bancario. La otra parte es una de las entidades financieras más importantes de España, con un conocimiento más que previsible de las probabilidades de evolución de los tipos de interés; habiendo proporcionado una información claramente insuficiente sobre el desarrollo del contrato, sin mención alguna a los altos riesgos (finalmente concretados) que la operación conllevaba.

SEPTIMO: Lo anterior nos lleva a concluir, sin género de dudas, que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1.266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de setiembre de 1.996 en la que se señala lo siguiente: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 que "para

que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964 - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944 - que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963 -. "De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994 , según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil ; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; 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 solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad 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."

Pues bien, analicemos la concurrencia de los requisitos expresados en relación al presente caso. En primer lugar, el error que se aprecia es esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo.

En segundo lugar, es sustancial, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina completamente la cantidad que se reclama como crédito contra la actora; derivando además de actos desconocidos para el que se obliga. En este sentido, se ha razonado en este caso sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad financiera, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata.

Sobre este extremo, se ha pronunciado en una reciente sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en fecha 21 de enero de 2.010. En la misma, se indica que "...el deber de información, con mayor razón ha de estar presente 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, y en la que concurren, no solo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que, de forma masiva, celebran contratos con bancos y otras entidades financieras...". En esta línea, menciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2.008 (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha 14 de noviembre de 2.005), en la que se dispone que "la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto a otros sectores, que conllevan la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección, tanto en fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones; y como en fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación". Por último, la referida sentencia de instancia menciona la reciente reforma de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, operada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, en la que el legislador refuerza esa obligación de transparencia de las entidades bancarias, en relación, entre otros, con los contratos como los que aquí nos ocupan (en la línea que, además, va marcando la legislación comunitaria).

En esta línea, cabe destacar también las recientísimas sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Ourense de fecha 18 de mayo de 2.010 (la cual incide en la obligación legal y reforzada de información por parte del banco atendiendo a la complejidad y posición de superioridad que ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes), la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos el 21 de junio de 2.010 (en la que se hace hincapié en el deber del banco consistente en hacer un esfuerzo adicional de información en atención a la complejidad de la operación financiera en cuestión); y la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de junio de 2.010 (que pone el acento en los tintes especulativos del contrato, los grandes riesgos que conlleva, y la necesidad de informar específicamente sobre los mismos).

Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, se ha acreditado una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis; que se sitúa en el polo opuesto a lo que debería haberse explicado a la hora de vender el producto, en el marco de una diligente actuación que procede exigir a la entidad bancaria.

En tercer lugar y relacionado con todo ello, se trata de un error inexcusable para la propia actora. Sobre la

cuestión, ya se ha argumentado que se trata de un contrato complejo y difícil de analizar, con cláusulas oscuras, que van deslizando fórmulas incompresibles para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que generan además un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco o entidad financiera es quien, al final, determina la cancelación anticipada y el cálculo de la cantidad a pagar según el sistema por él ideado, con cláusulas indeterminadas que él interpreta).

El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2.007 ofrece varios criterios al respecto, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. En este sentido, no se comparte la idea de que, por tratarse de un empresario individual, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta (como la que aquí nos ocupa), y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por el profesional bancario que le ofreció el producto), y dado que no fue informada por la Caja de manera transparente y suficiente, como se ha razonado. En esta misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2.009 (EDJ 2009/63175) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2.009 (AC 2009/1604).

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte de la actora a la hora de contratar el contrato analizado, siendo nulo el consentimiento prestado (artículo 1.265 del Código Civil), faltando por ende, uno de los elementos esenciales del contrato.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 1.261 y 1.300 del mencionado texto legal, el contrato en estudio debe declararse nulo.

OCTAVO: Conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación de la demanda, procede hacer imposición de costas al demandado.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que ESTIMANDO la demanda formulada por la Procuradora Sra. Garcia Merino, en nombre y representación de D^a [redacted], frente a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, representada por el Procurador Sr. Osset Rambaud, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de compensación contractual suscrito por la actora con Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid el 26 de marzo de 2008, debiendo procederse a la restitución de las prestaciones, cargos, frutos e intereses, y condeno a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes esta sentencia, contra la que podrán preparar RECURSO DE APELACION dentro de los CINCO DIAS siguientes a su notificación con arreglo a lo prevenido en el art^o 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo de la original en el Libro de Sentencias.

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

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.

Para hacer constar que se remite al Salón de Notificaciones de Procuradores la presente relativa al Juicio, Resolución y Procurador arriba reseñado.

Adviértase a las partes que conforme a la Disposición Decimoquinta, incorporada a la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, (BOE 4 noviembre 2009, num. 266), complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la interposición de recursos requerirán la constitución de un depósito en las condiciones y cuantías especificadas en la Ley Orgánica antedicha, no admitiéndose a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Firma Sr. Procurador y sello y fecha del Colegio.
(Art. 272 L.O.P.J.)

