



## JDO. PRIMERA INSTANCIA N.4 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00084/2010  
PROCEDIMIENTO N.º 950/09.

### SENTENCIA nº 84/2010

En Pontevedra, a 26 de abril de 2010.

Vistos por mí, S.S<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Novoa Santás, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Pontevedra, los autos de juicio ordinario 950/09 seguidos en este Juzgado en virtud de demanda interpuesta por el Procurador Sr. \_\_\_\_\_ en nombre y representación de la entidad S.L.", asistida por el letrado Sr. \_\_\_\_\_ contra la entidad "Bankinter S.A." representada por el procurador Sr. Fernández y asistida por el letrado Sr. Ocampo, sobre acción de nulidad contractual.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Que el presente procedimiento de juicio ordinario se inició por demanda en la que la parte actora, terminaba solicitando como petición que se dictase sentencia por la que se declare:

1º- Que los contratos de adhesión de fechas 14-12-2006 denominados "Clip Bankinter 06-14.3" y "Clip Bankinter Extra 08-2" suscritos por D.

\_\_\_\_\_ en nombre propio y en calidad de representante legal de la actora con D. Rafael Pereiro castro en representación de la demandada son nulos de pleno derecho por falta de consentimiento y totalmente ineficaces; y en su virtud se condenan a la demandada

- A estar y pasar por la anterior declaración con retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio de los contratos hasta la fecha y aquellas otras que pudieran devengarse y practicarse durante la tramitación del procedimiento hasta la ejecución de sentencia junto con los intereses legales que correspondan desde el inicio de las liquidaciones.
- Al pago de las costas del presente proceso.

**SEGUNDO.** Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada al objeto de contestar a la demanda, lo que verificó en plazo legal, oponiéndose a la demanda en base a los hechos en ella expuestos y que se dan por reproducidos e interesando se desestime la demanda con imposición de costas a la actora.

**TERCERO.** Por Providencia de fecha de 12 de enero de 2010, se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebró el día 16 de febrero de 2010. En la misma y ante la inexistencia de acuerdo entre las partes, quedaron fijados los hechos objeto de controversia y las partes propusieron los medios de prueba pertinentes.





invalidar el contrato ha de ser esencial y excusable. Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, cuestión que ha de apreciarse valorando todas las circunstancias que concurren en el caso concreto incluso las personales de cada contratante. Con ello se trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece esa protección por ser imputable el error padecido a su conducta negligente".

Los requisitos que ha de reunir el error invalidante son puestos de relieve por la STS de 26 de julio de 2000 cuando dice que "se da una situación de error invalidante del consentimiento por concurrir en el caso los requisitos que el art. 1266 y la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exigen al respecto: recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencia 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998. Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente (STS 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986 ).

En cuanto a la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error 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: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (por ejemplo, anticuarios en la Sentencia Tribunal Supremo de 28 febrero 1974 o constructores en la Sentencia Tribunal Supremo de 18 abril 1978 ). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (Sentencia Tribunal Supremo de 4 enero 1982. Es preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no. Y por lo que se refiere a la esencialidad, hay que relacionar necesariamente el error con los 1261, 1266, 1267 y concordantes del Código Civil, así como con la doctrina jurisprudencial, que exige tal condición (Sentencias de 14 y 18 febrero 1994), que es de apreciar cuando se tiene un conocimiento defectuoso importante de cuantas circunstancias tenían que contribuir a la recta formación del debido consentimiento (Sentencia de 23 febrero 1993) .

En otro ámbito, no puede confundirse la causa de la obligación con los motivos de los contratantes. En efecto, la causa de la obligación, a que se refiere el art. 1274 CC, es la función económico-social o práctica del contrato, cuya existencia y licitud se presume iuris tantum ex artículo 1277 CC aunque no se exprese en el contrato (sentencias de 5 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 19 de julio de 1989 , 19 de noviembre de 1990 , 23 de julio de 1994 ), y no puede ser confundida con los motivos que impulsan a concertarlo a cada contratante. La relevancia de las razones particulares de los contratantes sólo se aproximan al concepto de causa cuando dan un especial sentido al negocio jurídico afectando el resultado o fin para el que



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

aparece utilizado, ha sido puesta de manifiesto tanto doctrinalmente, como por la propia Jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo que las ha venido destacando como «los motivos incorporados a la causa», señalando que, si bien el art. 1274 atribuye a la causa un sentido objetivo, ajeno a la intención meramente subjetiva de los contratantes, está admitida la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad viniendo a constituir parte de aquélla a modo de causa impulsiva o determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, requiriéndose que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o relevantes (SSTS 2-4-1941, 12-4-1944, 17-3-1956, 27-12-1966, 8-7-1977, 8-7-1983 y 30-12-1985); pero carecen de relevancia cuando se trata de un simple motivo o móvil individual -mera realidad extranegocial (S. 1 abril 1998); intencionalidad subjetiva y no propia negocial (S. 4 diciembre 1997)-, que es ajeno a la causa por no formar parte de la representación común contractual, como ocurre en el caso sometido a nuestra decisión, de lo que es consciente la parte recurrente que no planteó en ese sentido su escrito de demanda.

**TERCERO.** Aplicando al caso concreto la anterior doctrina, no se aprecia el error que denuncia la parte actora y ello teniendo en cuenta la naturaleza y condiciones del contrato suscrito y las circunstancias que obran en el supuesto concreto que estamos tratando. Conciertan las partes un contrato de gestión de riesgos financieros (CLIP) les comunicamos que tal y como se afirma en el contrato firmado por la entidad demandante y que es aportado supone la suscripción entre el cliente y BANKINTER de un instrumento financiero de protección ante posibles subidas de tipos de interés, que pueden repercutir positiva o negativamente en la cuota a desembolsar mensualmente como consecuencia del endeudamiento del cliente tanto con Bankinter S.A. como con otras entidades. De esta forma, el cliente contrata dicha cobertura en función de la modalidad por él elegida, esto es, bien una cuota fija, o bien una cobertura a un tipo de interés fijo, durante el período de tiempo que se pacte con el cliente. Este instrumento supone que en el momento de la formalización del contrato de la citada cobertura (y por tanto, no en aquél de iniciación de sus efectos) por parte del cliente, Bankinter acude al mercado a suscribir el derivado financiero bajo las características definidas en el contrato, es decir, importe y tipo de interés cerrado, al objeto de cubrir el préstamo asociado cuya cobertura ha sido contratada.

En este sentido, el coste que supone la contratación del derivado, en aras de poder cubrir la posición durante el tiempo acordado entre cliente y Banco, se produce para este último en el "momento cero", es decir, en el momento de la firma del contrato, con independencia de aquél en el que éste comience a desplegar sus efectos. Por tanto si el cliente decide cancelar anticipadamente dicha cobertura ello implica necesariamente que Bankinter ha de deshacer la operación en el mercado a los tipos de interés vigentes en ese momento, siendo la consecuencia inmediata de ello el coste o beneficio que conlleva, el cual se encuentra vinculado a la variación de los tipos de interés que se hayan producido desde la firma del contrato con el cliente hasta su cancelación, que se valoran diariamente para toda la vida de la cobertura y cuyo importe, deberá ser repercutido (positiva o negativamente,) al cliente.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Los 'clips' son un producto financiero que protegen al cliente de la subida de los tipos de interés, sin embargo, cuando el Euribor baja, éste debe abonar al banco la diferencia con el valor real de este índice, según el tipo de interés pactado en el contrato.

A mayor abundamiento y en reiteración de lo expuesto, hemos de indicar que en el apartado II del mismo, se establece expresamente que: "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o evolución de los tipos de interés de manera que en caso de la evolución de estos tipos sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podía reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente. Es decir las partes están interesadas en la contratación de un derivado financiero por el que el CLIENTE obtenga el efecto económico de neutralización del riesgo de variación de su cuota o tipo de interés de referencia a través de un intercambio de su actual tipo de interés o de su cuota del préstamo, por otro tipo o por otra cuota respectivamente, que se calculan en el momento de la formalización de este contrato".

Por este motivo el demandado entiende que este consentimiento se da sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo, ya que su único interés consistía en disponer de un instrumento de cobertura que le asegurase frente a una subida del tipo de interés. Este razonamiento no lo puede admitir esta juzgadora y ello en primer término por el propio contenido del contrato, al que me remito, siendo evidente la finalidad del mismo, y la consiguiente asunción del riesgo, sin que sus cláusulas puedan ser tachadas de oscuras y sin poder admitir el argumento de vicio en el consentimiento y ello no solo por las conversaciones y reuniones mantenidas entre el Sr. que firma los contratos en nombre de la actora y el Sr. Pereiro director de la oficina bancaria, si no por la circunstancia esencial de que el primer Clip Bankinter 06-5.3 fue suscrito en fecha de 26 de abril de 2006 y ante los buenos resultados y las liquidaciones positivas para la actora por la misma se suscribe, un nuevo clip en diciembre de 2006 concretamente el Clip 06-14.3. y clip 06-14.5. Siguiendo con liquidaciones positivas, lógicas en atención al Euribor, en el mes de junio de 2008 decide la actora cancelar el primer clip (06-5.3) obteniendo a su favor un abono de 865,82 euros y tras constantes liquidaciones trimestrales positivas. Tras efectuar la cancelación del referido clip suscribe el clip Bankinter extra 08-2.

A la vista de lo expuesto y de la actuaciones de la actora llama la atención que puede manifestar que desconocía el funcionamiento de los clips y que prestó viciadamente su consentimiento ya que es evidente que en tanto las liquidaciones fueron positivas entendió y no cuestionó el contenido del contrato y en cuanto resultaron negativas pretende hacer ver que es un profano en materia financiera, que sus conocimientos son muy limitados en tal sentido y por lo tanto nunca pensó en las consecuencias de unas liquidaciones negativas raíz de un cambio de las condiciones de mercado. Este argumento no puede ser aceptado se trata de una empresa, que desde hacía más de dos años venía suscribiendo los clips con perfecto conocimiento de su contenido o al menos sin plantearse duda alguna al respecto y es cuando cambia la coyuntura del mercado, con una enorme bajada de los tipos de interés incluido el Euribor, cuando se plantea la existencia de un vicio que no se puede tener por existente. Desde luego estaba prevista esta circunstancia



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

en el propio contrato, la actora la asumió y desde luego ese cambio de circunstancias del mercado tan acentuado es ajeno a Bankinter. No es creíble que se haya firmado un contrato sin leer su contenido y tampoco sin entender el mismo y desde luego es injustificable.

Por lo expuesto no se puede hablar de vicio del consentimiento, no es creíble que se firmara la última hoja y se desconociera el resto del contenido del contrato ya que tal proceder sería sumamente negligente, pero es más, el contrato estuvo en su poder desde los primeros clips, el mismo lo aporta, lo que hace rechazar la ignorancia que invoca. Por último insistir en la naturaleza de la actora que es una empresa que actúa en el tráfico mercantil y por ello debe hacerlo con la diligencia que le es exigible y que los términos de contrato en sus condiciones generales y particulares no reflejan oscuridad alguna, en especial las cláusulas particulares en las que se establece la periodicidad de las operaciones y se establece que en la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada periodo resultante del neto de dos conceptos. Lo que el cliente paga y lo que el cliente recibe.

**CUARTO.** En cuanto a la cancelación decir que la cláusula 6 del contrato es clara en cuanto que establece la posibilidad de que el cliente cancele anticipadamente el contrato en cualquiera de las fechas establecidas en las Condiciones particulares y el resultado de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal cancelado por el cliente. El último párrafo de la referida cláusula establece "en los casos descritos en esta cláusula, se procederá 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 mencionada resolución". Más clara no puede ser esta cláusula y en la misma se deja clara constancia del riesgo que asume el contratante en los casos de resolución del contrato pudiendo jugar en su contra (como fue el caso) las condiciones del mercado. Podemos pensar que, en efecto, las ganancias obtenidas, en el caso que nos ocupa resultan muy inferiores al resultado actual de las liquidaciones ya que el Euribor bajó desde finales del 2008 y principios de 2009 de una forma prácticamente imprevisible, pero ello no es imputable a la entidad Bankinter quien en caso contrario estaría obligada a pagar importantes cantidades al cliente.

Constituye asimismo doctrina reiterada que la existencia de vicios del consentimiento es cuestión de mero hecho y su constatación facultad privativa de los tribunales de instancia, no pudiendo apreciarse la existencia de tales vicios más que si existe prueba cumplida de su existencia y realidad, prueba lógicamente incumbe a la parte que lo invoca (TS 30 mayo 1995, 10 Marzo, 30 septiembre 1996 y 11 febrero 1999). Dicho de otro modo, el error para invalidar el contrato ha de ser esencial y excusable. Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, cuestión que ha de apreciarse valorando todas las circunstancias que concurren en el caso concreto incluso las personales de cada contratante. Con ello se trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece esa protección por ser imputable el error padecido a su conducta negligente".

Allega asimismo incumplimiento por la demandada de la obligación de informar y asesorar al cliente. Este motivo debe de ser rechazado y ello en base a los propios términos del contrato y sus condiciones particulares y al hecho de que la entidad demandada desarrolla una función de comercialización de este producto financiero y



no una labor de asesoramiento, y partiendo de ello y en virtud de lo dispuesto en el art. 63.1 g) de la LMV, no se considera asesoramiento las recomendaciones genéricas que se realicen en el ámbito de la comercialización de productos financieros. La función comercializadora de la demandada está recogida en propia cláusula cinco del contrato y en consecuencia cumple sus obligaciones cuando el cliente conoce el producto y tiene toda la información necesaria para contratar. En el presente caso no solo se le facilita un folleto informativo, sino que el director de la oficina bancaria Sr. Pereiro se reunió con el Sr. en varias ocasiones y hablaron del producto llegando a reconocer la administrativa de la empresa (diplomada en empresariales) que su jefe y el Sr. Pereiro estuvieron reunidos antes del firmar.

Hemos de hacer asimismo referencia a la consideración de la actora como "cliente profesional" dentro del marco de la LMV por la actividad mercantil que desarrolla y por qué a la hora de contratar el clip cuya nulidad o resolución pretende tenía experiencia en la contratación de los mismos ya que desde el año 2006 tenía suscrito dicho producto y se fue beneficiando de las liquidaciones.

Por todo ello procede desestimar la acción de nulidad, pues se trata en todo caso de un contrato válido, con un objeto y finalidad ciertos, sin que se pueda confundir con un seguro y en el que en ningún caso puede decirse que el consentimiento de la actora estuviera viciado de error,

**QUINTO.** De conformidad con el art. 394 de la LEC, se imponen las costas de la demanda a la parte actora.

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

#### FALLO

Que debo desestimar y desestimo la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de la entidad S.L.<sup>ª</sup>, absolviendo a la demandada de los pedimentos que le afectaban, con imposición de las costas del pleito a la actora.

Así por esta Sentencia, que no es firme y contra la que podrá interponerse recurso de apelación a preparar ante este mismo Juzgado en el plazo de cinco días, previa constitución de depósito en la forma y cuantía determinada por la Ley 1/2009 de 3 de noviembre; así lo manda y firma Dña M<sup>ª</sup> del Carmen Novoa Santás, Magistrado-Juez de Primera Instancia de este Juzgado, de lo que yo, el Secretario, doy fe.