

Ldo.: JOAQUIN GONZALEZ ROQUETTE

Ref. Ldo.:

Cliente: BANKINTER, S.A.

Contrario: INDUSTRIAS MECANICAS FIGUERAS, S.A.

Jdo.: PRIMERA INSTANCIA nº 1 de SANT FELIU DE

LLOBREGAT

Autos: ORDINARIO nº 773/09-B

Nº Pag.: 8

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1
SANT FELIU DE LLOBREGAT****Procedimiento: Juicio Ordinario 773/09-B****ACTOR:****Letrado:****Procurador:****DEMANDADOS: BANKINTER****Letrado: d. Joaquín González Roquette****Procurador: d. Juan García García****Objeto del juicio: nulidad contractual**

SENTENCIA nº 114/10

Que dicto yo, D^a M^a Jesús Garayoa Arrasate, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de SANT FELIU DE LLOBREGAT, en esta ciudad, a 21 de mayo de 2010

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2009 se presenta demanda de juicio ordinario por S.A. contra BANKINTER S.A. Turnada a este Juzgado, se admitió a trámite por Auto de fecha 28 de septiembre de 2009, dándose traslado de la demanda a las otras partes por veinte días hábiles.

SEGUNDO.- Contestando la parte demandada la demanda en tiempo y forma, se dictó providencia de fecha 20 de noviembre de 2009 por la que se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa el día 27 de enero de 2010, a las 10.00 horas.

El día 27 de enero de 2010 se acordó la suspensión de la audiencia previa y se señaló nuevamente para el día 9 de febrero de 2010 a las 10.00 horas para lo que se citó a las partes.

TERCERO.- A dicha audiencia previa, celebrada el día 9 de febrero, comparecieron las partes, debidamente asistidas y representadas conforme al art. 414.2 LEC.

Tras la fijación de los hechos controvertidos, la parte actora propuso como prueba interrogatorio del demandado, la documental por reproducida, más documental, testifical y pericial. La demandada propuso la documental por reproducida y testifical. Toda la prueba propuesta fue declarada pertinente. Posteriormente se fijó la fecha del juicio el día 28 de abril de 2010, a las 12.15 horas.

CUARTO.- En el acto del juicio, celebrado el día 28 de abril de 2010, se practicó toda la prueba que fue declarada pertinente en la audiencia previa. Posteriormente se emitieron las conclusiones por las partes, quedando así las actuaciones vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reclama la parte actora se declare la nulidad de pleno derecho del contrato de gestión de riesgos financieros de 7 de marzo de 2007 concertado entre el actor y la demandada y se acuerde la restitución recíproca de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta del actor en las liquidaciones trimestrales realizadas de acuerdo con el producto clip Bankinter 07-3.5, además de los intereses legales y las costas procesales.

Refiere el actor que en fecha 14 de abril de 2005 concertó con la demandada una escritura de préstamo hipotecario, solicitando la ahora actora de un millón setecientos cuarenta y cinco mil euros, devengándose un interés durante del primer año de 2,96% sobre el capital, pactándose posteriormente un interés variable referenciado al EURIBOR a un año, ofreciendo completar su responsabilidad personal con la garantía hipotecaria de la nave industrial de su propiedad sita en km de la Carretera nacional II, de Pallejà. Manifiesta la parte actora que a principio del 2007 la demandada le ofreció un producto "para optimizar el riesgo financiero", comunicándole que tal producto le protegía ante las subidas del tipo de interés, realizándose las comunicaciones previas a la firma y las explicaciones de forma verbal y con las características de la confianza generada entre cliente y banco y así refiere que el producto ofertado se trata de un contrato de riesgos financieros denominado por BANKINTER como producto de cobertura: "Clip Bankinter 07-3.5". Conforme al Expositivo del contrato el mismo se plantea como una optimización de riesgos que comporta un beneficio para el cliente, no indicándose al cliente que podría tener un perjuicio económico que es la situación que se viene produciendo en la actualidad en la que el cliente además de pagar el recibo de la hipoteca abona cantidades desproporcionadas al demandado. Así, durante la vida del contrato en la cuenta corriente asociada al contrato se han ido produciendo liquidaciones siendo las de 16/3/2009 y 15/6/2009 de 2041,74 y 8872,50 euros a favor de la entidad bancaria. Refiere que el producto se ofertó con la finalidad de que el actor no pagará más de lo que podía pagar y que su cuota hipotecaria no aumentara excesivamente ofertándose por el director de la oficina bancaria este producto explicando al cliente que quedaría controlada una escalada imprevisible de los tipos de alza ya que era imposible una bajada radical de los tipos de interés como ha ocurrido. Habida cuenta la evolución de los cargos la actora solicitó al Director de la Sucursal bancaria una simulación de cancelación remitiéndose e-mail en el que se refiere como precio de cancelación 93.912,73 euros y quince días más tarde 89.563,30 euros. A su vez, aporta informe de la economista-auditora de la sra. donde se refiere que en las condiciones generales se hace constar que el objetivo era optimizar los riesgos financieros y que en ningún momento se advierte al cliente que puede perder cantidad alguna, únicamente se le advierte que el contrato conlleva ciertos riesgos y puede no percibir beneficios económicos y respecto a las condiciones particulares refiere

que hay una gran desequilibrio de las partes siendo el único beneficiario real de la operación el banco. Refiere también la actora la falta de transparencia del Banco, no recibiendo como cliente en ningún momento una información clara y veraz del producto y de las ventajas y perjuicios, informando sólo de los beneficios pero no de los serios riesgos que conllevaba, actuando el banco aprovechándose de su situación, manifestando también que no se le informa de las fórmulas de los cálculos para cancelar el producto. Por último refiere el actor que el mismo no tenía la capacidad suficiente para entender el producto y suscribir el contrato mediando en consecuencia engaño por parte de la entidad financiera sobre un producto que desconoce, ocultándose por la demandada las consecuencias del contrato. Solicita por todo ello la nulidad contractual por vicio del consentimiento del ahora actor, así como por la falta de información.

La parte demandada se opone a la demanda solicitando la desestimación de la misma con imposición de costas al actor. Así, refiere en relación al contrato de gestión de riesgos financieros que el citado contrato presenta una gran sencillez consistiendo en una permuta financiera en la que se intercambian dos prestaciones dinerarias, en el presente caso, pagos futuros de intereses, durante un periodo de tiempo determinado y sobre una cantidad concreta, explicándose la operativa con claridad en la cláusula tercera de las condiciones generales del contrato, siendo la finalidad del contrato la de evitar riesgos derivados de los posibles aumentos de los tipos de interés y estabilizar los costes financieros. A su vez, refiere que a principios del año 2007 el Director del Centro de Pymes de Sant Joan Despí -D. Manuel Muro de Querol- contactó con d. _____ accionista y administrador de la actora, empresa que factura más de cinco millones de euros, contando aquél experiencia en el cargo y sólida formación y conocimientos financieros- para ofrecerle el producto que nos ocupa, realizando una presentación en las oficinas de _____ S.A. ante el sr. _____ y d. _____ -tesorero y contable de la entidad-, facilitándoles la ficha de comercialización del producto así como el propio contrato a los mismos para que pudieran estudiarlo y en su caso, asesorarse, siendo que al cabo de unos días el sr. _____ realizó una llamada al sr. _____ para confirmarle la decisión de formalizar el contrato. Así, refiere la parte demandada que no hubo falta de información, siendo la actora cumplida y sobradamente informada y constando las condiciones del contrato con total claridad en el Exponen y en el Clausulado General y Particular, por lo que niega haber existido engaño alguno. Así, refiere que la formalización del contrato por el actor obedeció a la finalidad de evitar de estabilizar sus costes financieros y evitar que las fluctuaciones del Euribor pudieran afectar a aquellos, siendo la existencia del Clip -de 1.300.000 euros- lógica con el endeudamiento del actor -de 1.887.000 euros en el año 2007 y de 2.000.000 en el presente-. Manifiesta igualmente la parte demandada que durante la vigencia del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros se fueron produciendo liquidaciones siendo las siete primeras liquidaciones trimestrales positivas para el actor y las dos últimas negativas. Refiere ser falso que se hubiera ofertado al actor "un seguro ante la subida de los tipos de interés", no reflejándose tampoco en el contrato que nos hallemos ante un seguro, negando también que el Director del Centro de Pymes manifestara al actor que "era totalmente imposible una bajada radical de los tipos de interés", siendo la actora plenamente consciente de que una bajada radical de los tipos de interés repercutiría en el contrato. Respecto al informe

acompañado con la demanda manifiesta que en las cinco páginas que destina al contrato que nos ocupa describe la finalidad del contrato y las condiciones, no aportando dato alguno para el objeto de la litis en el que se solicita la nulidad del contrato por error en el consentimiento. Manifiesta la parte demandada que el contrato es claro y preciso, no existiendo desequilibrio entre las partes alegando que a la firma del Contrato, el mercado sí tenía una previsión de subida del Euribor a tres meses, como ocurrió, lo que no se podía prever era que a dos años vista los intereses bajarán tanto como lo hicieron y así el desequilibrio de las prestaciones viene dado no sólo por el posible desembolso máximo para cada parte sino también por las posibilidades que tiene cada parte de que se produzca su obligación de desembolso. A su vez, refiere que el cliente sólo paga y el Banco sólo cobra dentro del abanico de los posibles tipos cuando oscilan entre el 0 y el 4,45 o 4,75% según el trimestre y en cambio el cliente cobra y el Banco paga en cualquier situación existente del Euribor a tres meses. Igualmente el contrato permite al cliente resolverlo anticipadamente -y no al Banco-, conllevando el ejercicio de tal facultad una liquidación que se corresponde con los costes o perjuicios provocados a la otra parte como en todo contrato de duración indefinida y así se fija en la cláusula 6ª. Niega la demandada la existencia de vicio en el consentimiento pues el actor sabía perfectamente lo que firmaba, manifestando también que la actora no es un consumidor, por lo que no es de aplicación el art. 10.1 c) de la Ley 26/1984 ni el art. 10.1 bis de la citada Ley, siendo además que en el presente caso existe equilibrio de las prestaciones y la demandada ha obrado con buena fe. Tampoco le es de aplicación al Contrato objeto del procedimiento, por ser anterior a su entrada en vigor, la ley 47/2007 ni la normativa MIFID, no existiendo además con el Contrato de Clip asesoramiento sino una mera comercialización del producto y así conforme al art. 79 bis de la ley del Mercado de Valores el Banco, en los supuestos de servicio de comercialización, cumple con su obligación cerciorándose de que el cliente conoce el producto y tiene toda la información necesaria para que pueda tomar una decisión. Solicita por todo ello la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- No es cuestión controvertida la formalización del contrato de Gestión de Riesgos Financieros -CLIP BANKINTER 07-3.5- entre las partes, quedando también acreditado el cumplimiento de las formalidades del mismo, constando así en los documentos nº 1 y 2 de los aportados con la contestación a la demanda la firma de ambas partes y la fecha de formalización, esto es, el 7 de marzo de 2007. En el citado contrato y dentro de las características del producto se recoge que el mismo está "diseñado para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte y del total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable, independientemente de la entidad donde lo tenga financiado". A su vez, en la cláusulas del citado contrato se refleja -cláusula primera- que "el contrato tiene por objeto fijar el marco de las condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión del riesgo 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" y en la cláusula tercera que "el producto de Gestión del 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 asociados al mismo...". Así como principales características del

contrato que nos ocupa se trata de: a) un contrato principal.- no depende de ningún contrato subyacente, no vinculándose a la hipoteca-; b) genera reciprocidad de derechos y obligaciones; c) es un contrato consensual, se perfecciona, desde el momento de que las partes se hacen mutuas concesiones, vale decir hacerse pagos recíprocos de acuerdo con los términos previstos en el contrato; f) es un contrato oneroso y aleatorio y g) es un contrato sinalagmático, que genera derechos y obligaciones para ambas partes.

Se debate en el presente procedimiento la existencia o no de nulidad del contrato refiriendo el actor el engaño de la parte demandada, el desequilibrio de las partes, la falta de información y en definitiva la nulidad por vicio en el consentimiento del actor derivado de la falta de capacidad del mismo. Conforme a la doctrina jurisprudencial y en cuanto al error como vicio del consentimiento, se establece que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 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 hubieren dado lugar a su celebración -artículo 1261.1º-, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Siguiendo la STS 17-7-2006 para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento, es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración. Así, el error ha de entenderse como un falso conocimiento de la realidad de definir.

La parte actora refiere la existencia de este error en cuanto que la información que se le proporcionó desde la entidad bancaria no fue clara, ni veraz, refiriendo que el mismo creía estar contratando un seguro y que desconocía que estaba contratando un seguro de alto riesgo, considerando así el actor que se trata de un contrato nulo, al desconocerse realmente el producto contratado, existiendo un vicio del consentimiento motivado por la falta de información de la entidad demandada con respecto al producto comercializado y porque el producto contratado no se asemeja al perfil del actor. Pues bien, en el presente caso y de la prueba practicada no se ha acreditado la existencia de un error invalidante en el consentimiento con entidad para producir la nulidad del contrato. Así, pese a la complejidad que ahora se refiere por el actor del contrato que nos ocupa, es indudable cuál era la voluntad del actor o sus fines o propósitos que le llevaron a contratar, aceptando la fórmula que le proponía Bankinter, esto es, buscar fórmulas para ponerse a cubierto frente a las alteraciones de los tipos de interés, de manera que una vez conocida la oferta la

aceptó por lo que, el requisito del consentimiento configurado por el art. 1261 del C.C como elemento integrador del contrato no se encuentra alterado ni condicionado en forma alguna por lo que difícilmente cabe hablar de cláusulas impuestas puesto que el núcleo de dicho consentimiento estaba nítidamente perfilado antes de aceptarlo. Así, tales alegaciones del actor respecto a un engaño o su pretendido error han resultado carentes de prueba alguna, siendo destacable que tanto el demandado como los testigos propuestos por el actor refieren que el Sr. [redacted] acudió al domicilio de la actora y allí explicó el producto tanto al sr. [redacted] -administrador de la entidad actora- como al sr. [redacted] -contable de [redacted], S.A-, dejando un ejemplar del contrato para que pudieran examinarlo, siendo que con posterioridad el actor manifestó su voluntad de contratar a la entidad demandada. Pese a referir la parte actora que no se le explicó las desventajas que tal contrato suponían para el mismo en el caso de subida del tipo de interés debe señalarse que tales alegaciones son contradichas por la parte demandada, refiriendo el sr. [redacted] que explicó al sr. [redacted] que se trataba de un derivado de banca que cubría la volatilidad del tipo de interés, que se iban produciendo liquidaciones trimestrales siendo que si el tipo de interés subía la entidad había de abonar al cliente mientras que si bajaba la liquidación resultaba negativa para el cliente, debiendo destacarse que tales elementos constan reflejadas en el contrato (cláusula 3ª antes referida de las condiciones generales y condiciones particulares). A su vez, refiere también el sr. [redacted] que comentó igualmente "las ventanas" que explican los cálculos a realizar en el supuesto de cancelación anticipada, negando que afirmara al sr. [redacted] que podía "salir" sin coste alguno. Manifiesta también que informó al cliente que se podían producir pérdidas para el mismo, poniendo ejemplos de liquidaciones en positivo o negativo.

Debe reseñarse en este caso que también intervino en la reunión donde se le explicó al actor el producto clip Bankinter 07-3.5 el contable de la entidad [redacted], sr. [redacted], del que es de esperar que por su función pudiera asesorar igualmente al actor, siendo que pese a que el mismo refiere que en la reunión no se informó de los riesgos y que se habló de que se trataba de un producto ventajoso para el cliente, que era un seguro para paliar las subidas del tipo de interés y que podía "salir" o cancelar el contrato cuando sin coste alguno, sin embargo tales afirmaciones, contradichas por la parte, no resultan acreditadas de la lectura del contrato donde no se refiere que se tratara de un seguro sino de un contrato de gestión de riesgos financieros, no pudiendo por ello hablar de un error inexcusable, no constando tampoco tal contrato vinculado a la hipoteca que grava al actor, reflejándose en el mismo que está diseñado "para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte y del total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable, independientemente de la entidad donde lo tenga financiado", constando también en la cláusula 6ª del contrato la posibilidad de que el cliente solicite la cancelación anticipada del contrato en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, siendo que "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", quedando una copia del contrato en manos del actor para que este pudiera examinarlo y estudiarlo por sí mismo o con el asesoramiento que

considerara pertinente. Respecto a las alegaciones efectuadas por el testigo sr. Angel Jiménez -director de Recursos Humanos de la actora- nada aportan al presente pleito en cuanto al mismo refiere que no intervenía directamente en la reunión y que pudo oír algo ya que estaba en la mesa de al lado, manifestando expresamente que "no pudo enterarse de todo lo que se habló".

A su vez, y respecto a la pericial aportada con la demanda -informe pericial de la sra. - debe señalarse que la citada perito no intervino en la contratación del producto por el actor sino con posterioridad al mismo, por lo que nada puede determinar respecto al pretendido consentimiento viciado del actor y en cuanto a la falta de equivalencia de las prestaciones manifiesta la citada perito que el Banco limita las posibilidades de ganancia del actor, manifestando que es un producto de mucho riesgo y que el porcentaje de beneficio es como máximo de un 0,1%. Sin embargo, es reseñable que las condiciones de mercado y las previsiones existentes en el momento de la firma del contrato no eran similares a las actuales, existiendo en el momento de contratación unos tipos de interés más altos que los actuales que fue lo que precisamente determinó al actor a contratar el contrato objeto del procedimiento y que generó liquidaciones positivas para el actor durante las primeras liquidaciones debiendo aquí seguirse las consideraciones del demandado en cuanto el desequilibrio de las prestaciones se determina no sólo por el posible desembolso máximo para cada parte sino también por las posibilidades que cada parte tiene de que se produzca tal desembolso, siendo el interés en el momento de contratación - documento nº 5 de la contestación a la demanda- más elevado que el actual. Por último ha de añadirse que el nominal de cobertura se calcula según el riesgo financiero del cliente (ascendiendo en la fecha del contrato a 1.700.000 euros aproximadamente) realizándose en este caso sobre 1.300.000 euros, cubriendo por ello un porcentaje del riesgo y no la totalidad.

TERCERO.- Respecto a la normativa a aplicar en el presente caso debe señalarse que al actor no le es de aplicación la Ley general de Defensa de los Consumidores y Usuarios y así el art. 3 de tal disposición legal define, a efectos de esa norma, a los consumidores o usuarios como las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así, siguiendo la STS de 16-10-2000, con cita de otras anteriores, «no resulta aplicable la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, porque su normativa no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor y usuario en sentido legal», excluyéndose a «quienes adquieren bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales, o profesionales». Debe destacarse también que no puede establecerse la presunción de la condición de consumidor a favor de una sociedad mercantil que legalmente tiene la condición de empresario (art. 1.2 Código de Comercio). Tampoco es de aplicación, habida cuenta la fecha del presente contrato, de la ley 47/2007, ni la normativa MIFID, debiendo señalarse igualmente siguiendo las consideraciones de la parte demandada, respecto al art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, que en el presente caso - hallándonos en un supuesto de comercialización y no de asesoramiento, según se desprende de las cláusulas 5ª y 6ª de las condiciones generales- el Banco cumple con su obligación cerciorándose de que el cliente conoce el producto y tiene toda la información necesaria para que pueda tomar una decisión. Así, según el art. 79 bis de LMV, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo

momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa... La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. Pues bien, en el presente caso, se ha acreditado a través del propio clausulado del contrato la existencia de una información veraz, en la forma exigida según los contratos de comercialización como el presente, no pudiendo hablarse de un error inexcusable en la actuación del actor en cuanto el mismo con la diligencia debida pudiera haberse informado del producto contratado con anterioridad a su contratación, por lo que la demanda no puede prosperar.

CUARTO.- Respecto a las costas y pese a desestimarse la demanda la existencia de jurisprudencia menor diversa determina la no imposición de costas al actor, por lo que cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia, siendo las comunes abonadas por mitad.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

DESESTIMANDO la demanda instada por el Procurador d. _____, en representación de _____, S.A. contra **BANKINTER**, debo **ABSOLVER** y **ABSUELVO** al demandado, sin imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante **RECURSO DE APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, con el escrito de preparación se deberá acreditar el depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de éste Juzgado, en **BANESTO**, cuenta número 0841-0000-02-0773-09.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la propia Magistrada-Juez que la suscribe, habiéndose celebrado en audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento, de lo que doy fe.