



Juzgado de Primera Instancia Nº 6 Procedimiento: JUICIO ORDINARIO
Avda. Tres de Mayo nº3 Nº procedimiento: 0001723/2009
Santa Cruz de Tenerife

NIG: 3803830120090018882
Materia: DE -20 DEMANDADOS

Resolución: 000120/2010

NOTIFICADO

15 JUN. 2010

Concepcion Collado Lara
Lcda. Derecho-Procuradora

SENTENCIA

En Santa Cruz a siete de junio de dos mil diez.

Doña María Carmen Serrano Moreno Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Seis, de los de Santa Cruz de Tenerife, habiendo visto los presentes autos de Juicio ordinario número 1723/09, promovido por Arco MBR Publicidad S.L. bajo la dirección letrada de don Edmundo González Álvarez y representado por la Procuradora de los Tribunales doña Renata Martín Vedder contra Caixa D'Estalvis de Catalunya dirigido por el Letrado don Carlos García de la Calle y representado por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Collado Lara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora formuló demanda ejercitando acción de nulidad del contrato financiero, en la que después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dictase sentencia por la que:

1º.- Se declare nulo el documento de fecha 1 de agosto de 2008 denominado " Orden en firme de contratación de collar con barreras", con la obligación recíproca de beneficios.

2º.- Subsidiariamente y para el caso de que no se declarara la nulidad del negocio jurídico, se acuerde moderar la cobertura reduciendo el riesgo soportado por el actor al mismo que el fijado para la entidad demandada, esto es, hasta un máximo de un 1% ó un 0,25%.

3º.- Y subsidiariamente a las anteriores, se declare resuelto el acuerdo suscrito de fecha 1 de agosto de 2008 con efectos desde su formal notificación en fecha 28 de julio de 2009.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la anterior demanda, se emplazó a la parte demandada para que contestara la demanda. La parte demandada dentro del plazo legalmente establecido contesta a la demanda en el sentido de oponerse a la misma





solicitando la desestimación de la misma. Celebrada la Audiencia previa en el día y hora señalada, cada una de las partes se ratifica en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando queden los autos para dictar sentencia, al tratarse de una cuestión estrictamente jurídica.

A continuación quedan los autos para dictar sentencia, en aplicación del artículo 428,9 de la LEC.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La actora ejercita acción de nulidad del negocio jurídico celebrado entre las partes el 1 de agosto de 2008, denominado Orden en firme de contratación de collar con barreras.

Alega la parte actora que en fecha 29 de junio de 2007 suscribió un contrato marco de operaciones financieras, exponiéndose en la estipulación segunda el objeto; que consiste en la regulación de la relación negocial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de las operaciones que se celebren, entre las siguientes:

Permutas financieras (SWAPS), operaciones de tipo de interés a plazo (FRA), Operaciones de opciones y futuros en mercados no organizados, Operaciones de compraventa de divisas, al contado o a plazo y cualquier otra combinación de las anteriores, Operación similar o cualquiera de análoga naturaleza que se especifican en la correspondiente confirmación.

En el marco estipulado se celebra el negocio que nos ocupa con fecha 1 de agosto de 2008, denominado **Orden en firme de contratación de collar con Barreras**, con las siguientes características:

Importe: 600.000 euros.

Fecha de inicio cobertura: 1/11/2008.

Fecha vencimiento cobertura: 1/11/2013.

Cobertura:

- Barrera activante: 3,99 %
- Tipo Mínimo: 4,99 %
- Tipo Máximo: 4,99 %
- Barrera desactivante: 6,00
- Compensación: 0,25%

Solicita la actora la nulidad del contrato 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, por la propia redacción del contrato (que vulnera la Ley General de Consumidores y Usuarios) y porque el producto contratado no se asemeja al perfil del actor.





Dicho contrato es publicitado por la entidad de forma engañosa, al venderlo con cobertura de riesgos, concretamente lo que se denomina Cobertura ante alza de tipos, cuando en realidad se trata de un producto de alto riesgo.

Por lo que se refiere al contenido del producto financiero va en contra de la buena fe y el justo equilibrio que debe presidir todo contrato, según dispone la ley de defensa de los consumidores y usuarios.

Según el actor, en la contratación que nos ocupa se ha transgredido la normativa sobre la materia al no informarse de manera correcta, clara, precisa y suficiente, advirtiendo los riesgos que la operación conlleva.

Por otro lado, alega el actor que dicho contrato de collar de barrera contratado, no fue firmado sino por uno de los dos administradores mancomunados.

La parte demandada alega que el actor no es un consumidor particular al que le pueda ser aplicada la Ley de defensa de consumidores y usuarios, sino que es una empresa que utiliza la financiación y los productos contratados con la demandada para integrarlos en el proceso de producción o comercialización a terceros. Utiliza los productos contratados para financiar la empresa y conseguir la aplicación de los mejores tipos de interés. No siéndole, pues de aplicación la ley de Consumidores y usuarios. Ello está relacionado con el conocimiento de lo contratado; así la empresa actora es una empresa de sólidos conocimientos financieros, de forma que conocía perfectamente lo contratado con independencia del resultado de la inversión. La demandada para calibrar los conocimientos financieros de la actora, le realizó el test MIFID, conforme a lo previsto en la ley 47/2007. Según dicho test la empresa dispone de un departamento financiero. Dicho test, también pone de relieve que la empresa ha invertido en los dos últimos años en operaciones con riesgo de rentabilidad y en coberturas de riesgo financieros, reconociendo que conoce y entiende las características de los productos, siendo consciente de los riesgos que comporta y que ha recibido la información necesaria. En resumen, del test se deduce que la actora tiene un nivel de conocimiento de experto, por tanto tiene conocimiento y experiencia inversora suficiente para contratar cualquier producto de ahorro inversión y cobertura de riesgo financiero.

La demandada manifiesta haber actuado en todo momento con la máxima corrección, transparencia y buena fe contractual, contratando el producto que nos ocupa dentro del ámbito del contrato marco estipulado el 29 de junio de 2007; contrato donde se contemplan todas las posibles contrataciones (entre las que se encuentran la que nos ocupa), que debían ser confirmadas por el cliente, según la estipulación séptima.

Así, niega la existencia de error en el consentimiento por las razones expuestas.

Por lo que se refiere a la firma de los administradores mancomunados, niega que falte la firma de uno de ellos.

SEGUNDO.- Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266





solo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa).

La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, así como por la propia redacción del contrato, que vulnera de manera flagrante la Ley General de Consumidores y Usuarios no ajustándose el producto contratado al perfil del actor.

Así las cosas, El contrato de collar de barrera fue firmado dentro del contrato marco de operaciones financieras firmado entre las partes con fecha 29 de junio de 2007, en cuyo anexo I se establece que *“Las partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de esta Operación, cuyo valor de mercado puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipos de cambio y otros parámetros relevantes de los mercados financieros...”*

Cada una de las partes manifiesta que actúa por cuenta propia y que para celebrar esta operación ha tomado sus propias decisiones, realizando estimaciones y cálculo de riesgos, así como el análisis pertinente para determinar si esta Operación es adecuada para ella en función de su propio juicio y el de sus asesores, cuando haya considerado oportuno la intervención de éstos... Las partes declaran que son capaces de valorar el riesgo de la Operación (bien por sí mismos o a través de asesores financieros) y declaran conocer y aceptar los riesgos que asumen y que tienen capacidad para asumir tales riesgos”.

Sobre la base del contrato marco, la actora contrató en primer lugar el producto financiero denominado SWAP, a través de la confirmación de fecha 3 de julio de 2007. En dicha contratación la actora declara ser consciente de los riesgos que comporta. Dicho producto se cancela por voluntad de las parte con fecha 13 de junio de 2008 (documentos 3 y 4 de los aportados con la demanda). El resultado de dicha operación fue positiva para la empresa, al haber liquidado con un crédito a su favor de 100 euros.

Con posterioridad, y posiblemente ante la tendencia alcista de los tipos de interés la parte actora contrata el 1 de agosto de 2008 el contrato que nos ocupa. Véase orden en firme de contratación, presentada como documento nº 6 de la contestación a la demanda.

Las condiciones del producto contratado de “Collar con Barreras” aparecen descrita en el apartado 2 de las condiciones del producto, que literalmente se fijan en las siguientes:

“Si en la fecha de fijación del euribor 3M, éste es inferior o igual a la barrera de activación del Tipo Mínimo, Caixa Catalunya cargará en la cuenta de liquidaciones del cliente, en las fechas de liquidación, el importe resultante de aplicar al nominal de la operación por el periodo de liquidación correspondiente la diferencia entre el Tipo Mínimo y el Euribor 3 M .

Si en la fecha de fijación del Euribor 3 M éste es superior a la Barrera de activación del Tipo Mínimo e inferior o igual al Tipo Máximo, para el periodo de liquidación





correspondiente no habrá liquidación en la cuenta de liquidaciones del cliente .

Si en la fecha de fijación del Euribor 3 M éste es superior al Tipo Máximo e inferior a la barrera de desactivación del Tipo Máximo, Caixa catalunya abonará en la cuenta de liquidaciones del cliente, en las fecha de liquidación, el importe resultante de aplicar al nominal de la operación por el periodo de liquidación correspondiente la diferencia entre el Euribor 3 M y el Tipo Máximo.

Si en la fecha de fijación del Euribor 3 M éste es superior o igual a la barrera de desactivación del Tipo Máximo, Caixa Catalunya abonará en la cuenta de liquidaciones del cliente, en las fecha de liquidación, el importe resultante de aplicar al nominal de la operación por el periodo de liquidación correspondiente la Compensación.”

Ambos documentos han de examinarse para deducir si medió o no el error en el consentimiento, como se alega por el actor, por la falta de información necesaria y por la forma en que se redactaron las cláusulas del mismo. Para ello se ha de poner en relación con la legislación en materia del mercado de valores, y con la normativa vigente sobre la protección de los consumidores y usuarios, a la vez que se ha de determinar si nos encontramos con un consumidor merecedor de la protección de tal ley.

El actor basa su error en el resultado de la operación, debido a que desde el momento en que se contrató el producto, los intereses en vez de subir como se esperaba, bajaron, con la consecuencia de que las liquidaciones practicadas por la Caixa Catalunya son negativas para la empresa. Por otro lado, alega la desigualdad de las condiciones pactadas, de forma que las posibilidades de pago son mayores para el cliente que para la entidad bancaria.

A la primera de las razones expuestas por el actor hay que alegar que nos encontramos con un producto que nada tiene que ver con un seguro sino que las partes asumen voluntariamente un riesgo financiero y por tanto se trata de un producto de inversión. Siendo que tal inversión depende de un dato incierto, las posibles consecuencias finales pueden ser, positivas o negativas; por consecuencia, el resultado de la inversión, en caso de ser negativo, no puede nunca servir como base para determinar el error del consentimiento al ser una de las posibles consecuencias pactadas.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Ley de consumidores y usuarios, según el artículo 3 del Real decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General par la defensa de los consumidores y usuarios, no tendrán la condición de consumidores sino los que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, no siendo éste el caso del actor.

Únicamente queda por determinar si el cliente fue informado adecuadamente del producto que contrataba. En este sentido, el artículo 5,3 del Real Decreto de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, dispone que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrate y poder prestar el consentimiento





libremente.

Por otra parte, en aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de inversión , deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 529/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 dispone que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de cliente como minorista o profesional. 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 tener decisiones de inversión fundadas.

De la documental obrante en las actuaciones aparece la calificación del cliente como experto en operaciones financieras, según el Test realizado por la entidad demandada antes de la contratación de ningún producto (documento nº 2). Se trata de una empresa con departamento financiero de menos de tres personas. Por otra parte, al final de la confirmación del producto de collar con barreras, las partes reconocen los riesgos de la operación (véase declaración de riesgos- documento 6-) y lo firman dando su conformidad.

De lo expuesto, aparece que la demandada ha cumplido con las exigencias normativas al ofrecer el producto, por lo que procede la desestimación de la demanda en lo que se refiere a la petición principal, al no haberse acreditado por el actor el error en el consentimiento, alegado como base de la nulidad solicitada.

TERCERO.- La petición subsidiaria que se hace en el suplico de la demanda ha de correr igual suerte de desestimación, y ello por haberse pactado unas condiciones en el contrato de forma voluntaria, requiriendo para modificación el consentimiento de ambos contratantes.

Por último, la petición subsidiaria a las anteriores de resolución del contrato desde la fecha en que se notifica por parte del cliente, ha de ser igualmente desestimada, al tratarse de una resolución unilateral, que requerirá en tal caso el consentimiento de la otra parte, que no se da en el presente procedimiento.

CUARTO.- En materia de costas será de aplicación el artículo 394 de la LEC, que establece el sistema del vencimiento objetivo.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Arco MBR Publicidad S.L. contra Caixa D'Estalvis de Catalunya, absolviendo al demandado de todos los pedimentos de contrario. Se condena en costas a la parte actora.

Pronúciase esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes





haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días, previa la prestación de la correspondiente caución. Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada en el día de su fecha por la Sra. Magistrado- Juez que la suscribe constituido en Audiencia Pública.

