

Juzgado de Primera Instancia N° 5  
c/ San Roque, 4 - 4ª Planta  
Pamplona/Iruña  
Teléfono: 848.42.42.52  
Fax.: 848.42.42.82

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO  
ORDINARIO**  
N° Procedimiento: **0001912/2009**  
NIG: 3120142120090009896  
Materia: Otras materias  
Resolución: Resolución: Sentencia  
000181/2010

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:

Procurador:

Mitau

## SENTENCIA n° 181/10

En Pamplona/Iruña , a 15 de octubre de 2010 .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia.

1. Declarando la nulidad del Contrato de Operación de Cobertura Financiera; con las recíprocas restituciones dinerarias que procedan.
2. Con carácter subsidiario se declare que el demandante tienen derecho a apartarse anticipadamente del contrato sin obligaciones de pago de penalización alguna al Banco demandado, declarando nula o anulando cualquier estipulación contractual que se oponga a ello.
3. Y todo ello con imposición de costas a la mercantil demandada.

**SEGUNDO.-** Que admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciese en autos asistida de Abogado y Procurador contestara aquélla, lo cuál verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, en el que suplicaba que los previos los trámites legales se dictase sentencia por la que se desestimase los pedimentos de la parte actora y se absuelva a la parte demandada con expresa imposición de las costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Cumplido el trámite de contestación de la demanda se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, para cuyo acto se señaló el día **20 de abril de 2010 a las 12.30 horas** . Al acto comparecieron todas las

partes. La parte actora y la parte demandada realizaron las manifestaciones oportunas y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Por S.S<sup>a</sup> se admitieron las pruebas propuestas y se señaló el día para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** El mencionado día compareció la parte actora y la parte demandada. Practicadas a continuación las pruebas admitidas por S.S<sup>o</sup>, las partes formularon las conclusiones finales y quedaron los autos para Sentencia.

**QUINTO.-** Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dado que la acción se fundamenta en los siguientes motivos:

- A. No hay consentimiento (Art. 1.261 Código Civil) para el otorgamiento de ese contrato por el cliente.
- B. Hay en todo caso vicio o engaño al ser innecesario el contrato, resultando que el Banco demandado nada dijo a la Caja Rural.
- C. Hay desequilibrio, siendo un contrato de adhesión, sin que conozca el cliente lo que después pasa, con evidente lucro para el Banco.
- D. En todo caso es un consumidor digno de protección,

Vamos a estudiar estos puntos, empezando por este último el D) porque al fin y al cabo, de la calificación de consumidor, resultaría una protección especial, obligada al amparo de legislación protectora, lo que significa aquí, como vamos a ver que tal calificación sino decisiva, si importante, porque ayuda a considerar que en caso de duda sobre si se presto un consentimiento la balanza se inclinaria a establecer que hubo una posición de debilidad propia de un profano en el tema.

Hay que partir de que en contra de lo que manifiesta el Sr. Letrado de la parte actora en el Auto resolviendo la declinatoria de 23 de noviembre de 2009, no se dilucidaba la cuestión de si era o no consumidor, y así se decía expresamente, pero ahora en todo caso, hay que pronunciarse en sentido afirmativo estudiando detenidamente su cualidad porque la condición de taxista no implica "per se" ser comerciante, ya que no supone que "el perceptor del producto lo integre en su estructura empresarial haciéndolo llegar al consumidor final" pues al fin y al cabo aunque haya una licencia de taxi, no hay otro consumidor final que el propio taxista, no los clientes del mismo (ver Art. 1 Ley 26/1984 de 19 de julio apartado 2, 3)

Es por tanto destinatario final y por tanto no se integra propiamente en una empresa de producción, transformación comercialización o prestación a terceros, con esa licencia y aunque se entendiera que esa licencia es para prestación a terceros de un servicio ( no para el propio beneficiario) y que en

ese sentido es comerciante el taxista, hasta el punto de que actuara en un ámbito empresarial o profesional (Art. 3 D Ley 1/2007) y por tanto, dudosa su condición de consumidor, lo realmente importante aquí es que el monto de la operación iba destinada a la adquisición de vivienda habitual, y lo mismo la correspondiente ampliación de manera que no se ve existente un préstamo realizado a favor de un negociante o comerciante en el ámbito de una empresa, acostumbrado a este tipo de contratos, aunque como cliente, hubiera tenido contratos con otros Bancos, y así hay que considerarlo digno de protección,

Respecto al A), no cabe duda de que hay una oferta vinculante, aceptada por el demandado, bajo su firma, oferta que se hizo a la luz de la ley del 2003, que permitía tal actuación y nada hay que decir, sobre que esas condiciones ofrecidas sean oscuras, pues ahí están los documentos nº 1, 2 y 3 (dictamen pericial de la contestación a la demanda).

No es, extraño, al respecto de esa solicitud ni fuera del derecho contractual, que baste un solo documento para llegar al acuerdo de voluntades, y así es posible entender que los documentos a posteriori, sobre confirmación de operación de cobertura, contrato marco de operaciones financieras y sus anexos I, II, no sean más que la culminación, (el objeto de un precontrato) que sería precisamente esa solicitud aceptada. Ahora bien, el mismo termino de **“solicitud”** implica, la puesta en marcha de un procedimiento, teniendo mas el rango de compromiso por parte del Banco respecto del cliente, que a la inversa, queremos decir, que en los usos bancarios y en general en toda la reglamentación reguladora de los consumidores, como en la legislación especial (vease por ejemplo en la reguladora de las ventas en establecimientos mercantiles), tal documento, es obligado para el oferente, como garantía frente al consumidor que debe estar enterado de las condiciones, hasta el punto de que suele exigirse constar por escrito en contra de la libertad de forma del Código de Comercio (ver Art. 51)

Todo esto dicho a nivel de Principios generales, pero es que si contemplamos la letra de esa solicitud, (documento nº 6 de la demanda) resulta literalmente que **“solicita la contratación”** no que contrate, poniendo en las manos del Banco tal contrato, cuando por una parte **“ La contratación del producto queda sujeta a la disponibilidad de cupo en el momento de cierre de la operación con el Banco** y por otra ya antes se dice **“ En el caso de que se suspenda, limite, interrumpa el mercado o que ocurriera cualquier otro hecho relevante durante el periodo de comercialización de este producto, y dichos hechos o acontecimientos modificasen de forma significativa la situación que existiría en el momento de realizar la oferta de este producto, el Banco podrá anular la oferta realizada con este Producto”** obsérvese que se habla de **oferta** realizada con ese producto, es decir, que de entenderse como contrato queda vulnerado el Art. 1256 del Código Civil, lo cual es inadmisibile y provoca una vez más serias dudas sobre un consentimiento tan poco libre, de forma que ni como precontrato sería permisible aceptar tal subordinación, en algo que no olvidemos ha sido sugerido por la entidad financiera, al requerir al cliente para la firma, no por iniciativa de este, resultando a mayor abundamiento que como sabemos el cliente entro en relación con la Caja Rural, siendo esta la que se relacionaba con el Banco luego ponerse a hablar del “precontrato” con

alguien no determinado en el mismo contrato en relación al hoy actor, plantea asimismo serias dificultades para darle validez

Así parece más bien contrario todo esto, de hablar de "precontrato" a lo que debe entenderse como solicitud, en el ámbito de los consumidores, esto es, como algo que favorece al consumidor y en general al cliente, pues generalmente como profano, poco sabe de ese producto. La parte demandada quiere darle la categoría de contrato (documento nº 6 de la demanda), hasta el punto de que se apoya en que incluso verbalmente, se puede acordar entre las partes, lo que no se puede negar, pero siempre y cuando, sea verbal o por escrito, no haya duda respecto a la efectiva emisión del consentimiento, por parte de ese consumidor, debiendo entenderse consentimiento, no como mera expresión de voluntad, aun firmando sino con todas las condiciones necesarias de información, sobre lo que se firma y con quien y aquí, no está demostrado repetimos esa conciencia, por la parte que lo aduce (Art. 217.3 LEC), pues frente a ese documento, que claramente tiene carácter informativo, al ser la primera vez que se exhibe al cliente, solo se arguye un conocimiento pleno, que se supone acompaña a la firma, pero seguimos sin saber si ello es verdad, cuando los actos posteriores pueden perfectamente desmentirlo ya que esos documentos posteriores (hasta tres), no solo no fueron firmados, sino que se negó explícitamente el actor a firmarlos, resultando cuando menos negligente la actuación del Banco cuando no requirió tal firma hasta un año después, y sobre todo, se pone en duda la firmeza de ese consentimiento, no solo por la ausencia de la esposa, en una materia tan importante, sino por la propia actuación del Banco tan poco diligente, que al presentar esos documentos a firmar, contradice la totalidad de esa solicitud.

Se trata, pues de aplicar una regla interpretativa de los contratos (Art. 1282 del Código civil) en base a esos actos posteriores. No se nos ha explicado, lo que añadían esos documentos posteriores, o cual era su alcance real, si todo estaba atado y bien atado según el Banco. Aquí no se pueden introducir dudas, pues es muy serio ese consentimiento y más en un consumidor frente a un Banco, que ha redactado todos los documentos, conoce y aplica las formulas, sin más posibilidad del profano que adherirse a todo ello, pues desconoce la mecánica de calculo y desde luego los efectos en su patrimonio lo que tiene que pagar anualmente, como resulta de la testifical de los empleados del Banco, que nada le dijeron al respecto. Ni siquiera la aceptación del primer cargo de más de 400 euros implica conformidad con lo solicitado, pues consta por el contrario que no siguió aceptando más liquidaciones y en verdad, tal acto (tal cargo) no implica aferrarse a nada, pues el cargo en si, es actividad unilateral del Banco. No se observa en esta línea, imposibilidad de ejercitar una acción de nulidad al amparo de los artículos 1309, 1311, 1313 del código civil como arguye el demandado, pues no se puede hablar de confirmación y por tanto de caducidad. Ni siquiera esta claro lo que en el momento de firmar o antes, se dijeron las partes (según el interrogatorio de las partes), pues ambas dan versiones contradictorias y en concreto, se ignora si efectivamente se sometió, todo a la condición de la consulta de la esposa, pero en lógica al no constar su firma, tampoco parece necesaria, pero repetimos, seguimos sin entender entonces la función de los demás contratos sino es para confirmar, algo que necesitaba confirmación y que estaba incompleto, luego ese

consentimiento de la solicitud era cuando menos problemático, y así, en definitiva no puede prosperar la oposición de la demandada, basándose en un documento solo consentido en base a una firma, pues la misma no equivale siempre como sabemos a algo tan primordial como el consentimiento que debe versar además sobre un objeto y una causa perfectamente claras (Art. 1261 del Código Civil), lo que por supuesto ignoramos fuera captado como objeto y como causa plenamente por el hoy actor.

Con tales dudas, el punto A) debe aceptarse, sin entrar a dilucidar un presunto engaño (dolo) o incluso error inexcusable y grave (Art. 1.265 y ss del Código Civil) pues en verdad ni es necesario ni aparece de todas formas como probado, luego el punto B) no tiene sentido examinarlo y por último, hablar de desequilibrio (punto C), cuando el propio Perito ha admitido un desequilibrio en lo que llama coste de oportunidad para uno u otro es notorio, ya que las prestaciones entre las partes no se pueden comparar y así viene recogido, este tema de las permutas financieras, en los estudios por el Defensor del Pueblo (por no decir, por la autoridad Bancaria estatal) con una serie de consideraciones súper conocidas sobre el evidente carácter abusivo de tales practicas comerciales en materia de permutas financieras, abarcando swaps, dips y similares.

En conclusión bastaría pues, con este argumento de ausencia de consentimiento adecuado o al menos la imposibilidad de acreditar su existencia para aceptar la demanda, pero esta también ese punto C) de forma indirecta reforzando la ausencia de un consentimiento cabal, ocurriendo así que este último argumento, cierra a juicio de este Juzgador definitivamente la cuestión litigiosa, en sentido desfavorable para el demandado, pues se atenta a la buena fe (Art. 7 y 1.258 del Código Civil) si no se dice nada sobre las desventajas del producto contemplando solo las posibles subidas de interés, privando así de alcance a cualquier consentimiento del cliente al imponerle una situación, sin necesidad, gravosa, aprovechándose de la coyuntura sin que se justifique tal desproporción en unos presuntos daños para el Banco no probados, por tanto no achacable al consentimiento de ese cliente, que ignora las operaciones posteriores del Banco y menos cuando se limita a solicitar, sin asesorarse, entonces, de lo que implicaba tal operación.

**SEGUNDO.-** Por aplicación del Art. 394 de la LEC las costas se impondrán al demandado

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

### **FALLO**

**Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por , debo declarar y declaro la nulidad del Contrato de Operación de Cobertura Financiera; con las reciprocas restituciones dinerarias que procedan. Con costas al demandado.**

Notifíquese y adviértase que contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Navarra.

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS**.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

**EL** Magistrado-Juez

**DILIGENCIA.-** La extiendo yo, el Secretario para hacer constar que en el día de hoy, me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original, Doy fe.

Pamplona a .....