



Juzgado de Primera Instancia Nº 9 Procedimiento: JUICIO ORDINARIO
 Plaza de San Agustín Nº 6 Nº procedimiento: 0001619/2009
 Las Palmas de Gran Canaria

NIG: 3501630120090029655
 Materia: RECL. CANTIDAD - 200 MILLONES
 PTAS.

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE LAS PALMAS
 RECEPCIÓN Resolución: 000101/2010
 NOTIFICACIÓN
 02 JUN 2010 03 JUN 2010
 Artículo 151.2 S.E.C. 1/2009

ES COPIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de mayo del 2.1010.

Vistos por mí JUAN LUIS EGEEA MARRERO, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Las Palmas de Gran Canaria los presentes autos de juicio ordinario número 1.619/2.009, seguido entre partes. Como demandante la entidad mercantil S.L., representados en autos por la Procuradora de los Tribunales doña y bajo la dirección legal del letrado don y como demandado la entidad mercantil BANKINTER, S.A. representado en autos por la Procuradora de los Tribunales doña ANA TERESA KOZLOWSKI y defendido por el letrado don CARLOS M. BRAVO de LAGUNA NAVARRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad mercantil S.L. defendida y representada como se señala en el encabezamiento, se presento demanda en la que se solicitó que se declarase:

1º.- La nulidad de los contratos de "Condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros" que se acompaña como documentos 1 y 2.

2º.- Con carácter subsidiario que se declare la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluida en los contratos referidos en el punto precedente y consiguientemente la nulidad de éstos.

3º.- Que en ambos casos, se condene a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 13.665,89 euros, como resultado de restar los pagos efectuados por el cliente (17.057,45, doc.3 y 5), los abonos percibidos (3.391,56 euros, doc. 3). Debiendo igualmente reintegrar a la actora, los importes que le sean cargados en cuenta al cliente, como consecuencia de las liquidaciones trimestrales que se

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias





sexta de las condiciones generales.

Así fundamento este razonamiento en los siguientes puntos:

1º.- En el documento 1 la demanda sobre las "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros", en el expositivo II se inserta lo siguiente "...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 la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de los tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente contrato..".

Por otro lado en el interrogatorio de doña INMACULADA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (inicio CD 1º), contestó que le explicó al cliente el contrato y los supuestos en caso de cambio de tipo de interés. Es más contestó (minuto 35, CD 1º), que don , se llevó el contrato que se lo llevó para que lo leyese el hermano, que incluso creía que tenía asesores.

2º.- Es cierto que en el interrogatorio de don (minuto 37, CD 1º), este contestó que no le explicaron las consecuencias de una bajada en los tipos de interés, respecto al fijo que debía de abonar. Dijo que le manifestaron que tan solo le protegían en los casos de subida del tipo de interés. Al minuto 39, dijo que no se llevó el contrato, que lo firmó y no lo leyó. Declaró que ciertamente que firmó un contrato idéntico - documento 6 y 7 de la contestación- en representación de la entidad S.L. en octubre del dos mil ocho (antes de la bajada de los intereses, documento 3 de la contestación).

3º.- Nos encontramos pues ante dos versiones contradictorias, la palabra de una parte contra la otra. Lo sustancial aquí es conocer dos cosas. La primera de ellas, es que en las condiciones particulares del contrato - documento 2 de la demanda- se precisa -como hemos visto- el interés que el cliente paga y el interés que el cliente recibe, en cada periodo de liquidación. Se pacta de forma escrita los intereses que debían abonarse, de forma que el cliente con un poco de diligencia pudo o debió de hacer las cuentas.

4º.- Y digo que pudo y debió hacer esas cuentas, porque el cliente no es una pequeña PYME, no nos encontramos ante un colmado, o un modesto bazar. Como ya he dicho el nominal contratado - ver condiciones particulares- asciende al millón de euros. Este nominal está integrado - como ya he dicho- por la suma de todas las operaciones de financiación





comenzado a desplegar sus efectos, el Cliente podrá cancelar un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas -ventanas de cancelación-. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente...".

La segunda posibilidad de cancelar - que es la que solicito el demandante- es fuera de estos periodos de cancelación, en el que esta cláusula dice " ... no obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las -ventanas de cancelación-, 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 haya ocasionado al BANCO y que podrá repercutirle...".

6°.- Y es aquí donde encuentro el error, la falta de conocimiento de los demandantes, ¿cuál es el resultado económico o las consecuencias económicas de la cancelación?. Nada se dice ni en las condiciones generales ni en las particulares. A diferencia de las fluctuaciones del tipo de interés, que se habían recogido en el contrato de forma expresa, los riesgos y los tipos de interés aplicar en cada periodo de liquidación. De esta forma concluí que para aquel supuesto el demandante estaba en situación de conocerlo.

En este caso, en la cláusula de cancelación, ni en las condiciones generales ni en las particulares, se dice nada de las consecuencias de esta cancelación anticipada. De esta forma si nada se dice, el demandante no podía ni conocer, ni estar en posición de conocer. Por otro lado esta cláusula de cancelación es esencial, porque permite al cliente poner fin a los efectos del contrato, que le puede llegar a ser perjudicial - para sus intereses- como lo fue a partir de marzo del dos mil nueve (documento 3 de la demanda).

7°.- De esta forma cuando el demandante solicita la cancelación anticipada, la entidad financiera le contesta con un precio orientativo (documento 4 de la demanda). Precio que alcanza una cantidad de 30.105,60 euros. Precio, así mismo que es el resultado de una fórmula que se desarrolla en este documento, y que se denomina precio de cancelación. Esta fórmula no aparece ni en las condiciones generales ni en las particulares.

En el interrogatorio de la testigo doña BELÉN RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (minuto 54 CD 1°), admitió que no se encontraba en el contrato, pero apuntando que era algo así como una fórmula general en este tipo de operaciones. Lo cierto es que este tipo de fórmulas, que permiten al cliente solicitar el cese en los efectos del contrato, que le permite poner





fin a un contrato que le puede ocasionar efectos perjudiciales, deben de incorporarse de forma expresa en el contrato. No podemos estimar que esta fórmula que liquida el perjuicio del banco, sea parte integrante de la cultura financiera general.

Por esta razón estimo la nulidad del contrato, lo que implica que cada parte deberá restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, conforme al artículo 1.303 del código civil. De esta forma el demandante deberá reintegrar los abonos en cuenta y el demandado los cargos en cuenta, tal como se ve en el documento 3 de la demanda. Los abonos suman 3.391,56 y los cargos la cantidad de 17.057,45 euros, el crédito a favor del demandante suma 13.665,89 euros.

La parte demandante solicita así mismo la condena de las liquidaciones que se produzcan tras la demanda, extremo que no ha sido demostrado, y cuya condena no cabe, ya que el artículo 219 de la LEC, proscribire las sentencias con reserva de liquidación.

En cuanto a los intereses de esta cantidad, deberán determinarse desde la interposición de la demanda conforme a los artículos 1.100 y 1.108 del código civil.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

QUINTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la condena en costas rige el criterio objetivo del vencimiento, en el supuesto de autos debemos de señalar que se ha producido una estimación sustancial de la demanda, procediendo a imponer las costas a la demandada. Hay que tener en cuenta que las referencias a las liquidaciones posteriores a la demanda, no puede considerarse como fundamental, ya que la fecha de finalización del contrato fue en junio del 2010 y la fecha en que e interpuso la demanda fue en noviembre del 2009, de manera que ya no podía vencer liquidaciones de un contrato que ya había finalizado.

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

F A L L O

QUE ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña en nombre y representación de la entidad mercantil S.L., debo hacer los siguientes pronunciamientos:

1º.- DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de los contratos "





Condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", CLIP BANKINTER 06-14.3 que se acompaña junto con los documentos 1 y 2.

2º.- DEBO CONDENAR y CONDENO a la entidad financiera BAKINTER, S.A. abonar al demandante la entidad

S.L., la cantidad de TRECE MIL SEISCIENTOS SESENTA y CINCO euros y OCHENTA y CINCO céntimos de euro (13.665,89 euros), mas los intereses legales de esta cantidad desde la interposición de la demanda.

Condeno al pago de las costas procesales a la parte demandada.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el libro de sentencias.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoseles saber que la misma no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de apelación ante la Iltma. Audiencia Provincial, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de su notificación.

Previamente a la PREPARACIÓN, la parte recurrente deberá consignar un depósito de CINCUENTA euros, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, en caso de no ingresarse no cabrá la admisión a trámite (D.A. Décimo Quinta de la L.O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada en el artículo diecinueve de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, (BOE 4 de noviembre del 2009)).

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo yo JUAN LUIS EGEA MARRERO MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número NUEVE de Las Palmas de Gran Canaria y su partido.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la presente resolución en el día de su fecha estando su S. Sª. celebrando audiencia pública. Doy fe.



ES COPIA



produzcan tras la interposición de la presente demanda; restándose en su caso los abonos que éste pueda percibir. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero, mas dos puntos desde la sentencia.

4°.- Con carácter subsidiario de los anteriores pedimentos, que se declare la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado incluida en el contrato referido en el anterior punto A), sin que ello afecte a la nulidad del propio contrato; para que teniendo por instada la cancelación anticipada del contrato, se acuerde la misma sin que de ello resulte obligación de pago de cantidad alguna para la actora y a favor de la entidad demandada. Y condenando a reintegrar a la actora cantidades que la misma haya cargado en cuenta en concepto de liquidaciones devengadas a partir de la presentación de la demanda, restando en su caso los abonos que se pudieran llevar a cabo. Mas el interés legal del dinero, que se verá incrementado dos puntos desde la sentencia.

5°.- Igualmente con carácter subsidiario de los anteriores pedimentos, que se declare resuelto el contrato sin que proceda abono de contraprestación alguna por parte de la actora y a favor de la entidad demandada, debiendo esta última reintegrar a la primera las cantidades que la misma haya cargado en cuenta en concepto de liquidaciones devengadas a partir de la presentación de la demanda restando, en su caso, los abonos que se pudieran llevar a cabo. Más el interés legal del dinero, que se verá incrementado en dos puntos desde la sentencia.

Todo esto con condena en costas al demandado.

SEGUNDO.- La parte demandante funda su petición en los siguientes hechos:

1°.- Que la entidad se dedica a la compra-venta de

2°.- En diciembre del dos mil seis, la entidad demandante, concertó con la demandada BANKINTER, S.A. un contrato llamado CLIP BANKINTER 06-14.3, suscribiéndose entre las partes, "Condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", por un valor nominal de un millón de euros. Este contrato debía de finalizar el 28 de junio del 2010.

3°.- Que el contrato que suscribió como un producto que protegía al cliente del alza en los tipos de interés, en alzas importantes.

4°.- Además se pactó entre las partes la posibilidad de cancelar el contrato en fechas determinadas, mediante ventanas de cancelación. Las cancelaciones fuera de esta fecha si tenían costes y gastos.





5°.- Con este sistema el actor llegó a recibir ocho cargos, entre los meses de marzo del 2.007 y diciembre del 2008, por valor de 3.391,56 euros; posteriormente recibió tres cargos, de 2.858,92 euros en marzo del 2009, de 6.602,56 en junio del 2.009 y 7.595,97 euros en septiembre del 2.009.

6°.- Cuando recibió el último cargo el demandante solicitó la cancelación del producto financiero, por no responder a lo que la parte demandante creía contratar, la respuesta fue que esta cancelación tenía unos costes.

7°.- La demandante sostiene que al contratar el producto no se le puso en conocimiento de estos costes de cancelación, al insistir en este desconocimiento se le extendió un precio orientativo de cancelación que ascendía a 30.105,60 euros, la fórmula aplicable no se encuentra en ninguna cláusula del contrato.

8°.- El demandado sostiene que el contrato celebrado es un contrato de adhesión, un contrato de permuta financiera en el que la entidad bancaria ofrece una garantía para preservarse de la subida de los intereses.

9°.- El demandante sostiene la nulidad del contrato, porque no se le informó suficientemente, que no se mencionó en el contrato que podía generar pérdidas, a lo mas minorar los beneficios, sostiene que hubo un error al no darle toda la información. ~~También solicita por los mismos motivos la nulidad de la cláusula anticipada y del contrato, porque nunca se precisa cuál de los precios o costes que debe abonar en caso de decidirse por la cancelación, tan solo hay referencias imprecisas como, costes perjuicios o precios de mercado. Por último solicita la resolución.~~

TERCERO.- Por Auto de se admitió a trámite la demanda. Se emplazó personalmente a la entidad demanda, BANKINTER, S.A., quien contestó defendida y representada como se señala en el encabezamiento, en el sentido de oponerse alegando los siguientes hechos:

1°.- Que la tendencia de los tipos de interés a finales del año 2.006, era alcista. Que al contratar se le informó que en caso de bajar los tipos de interés debería de abonar la diferencia a la entidad financiera.

2°.-Que para el estudio del contrato hizo simulaciones a través de internet.

3°.- Que los demandantes contrataron otro producto parecido el CLIP BANKINTER TOP TUNEL 8.8 en octubre del 2.008, para la entidad S.L..

4°.- La sociedad demandante llegó a facturar en el ejercicio del 2.008 985.091,48 euros, y con unos beneficios de 152.460,79 euros. Además el demandante junto con su esposa





ha contratado con la entidad financiera un contrato multidivisas.

CUARTO.- Se convocó a la Audiencia Previa el 15 de marzo del 2010. En la misma las partes solicitaron como prueba el interrogatorio de partes y la testifical, celebrándose la Vista el día el 23 de abril del 2.010, quedando seguidamente los autos para sentencia.

QUINTO.- En este procedimiento se han observado sustancialmente todas las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- EL CONTRATO QUE HA UNIDO A LAS PARTES y la CONTROVERSIA JURÍDICA.

Antes de entrar en el fondo del asunto, se hace necesario estudiar el contrato que une a las partes, ver sus características, su naturaleza jurídica, identificar su definición, etc... Este estudio nos facilitará, ver los puntos en los que discrepan las partes, y sobre los que el demandante ejercita su acción de nulidad - sea del todo el contrato o de alguna de las cláusula- y su acción resolutoria. Puntos sobre los que el demandado se opone.

Entrando en el estudio del contrato, tal como he adelantado en los antecedentes de hecho de esta resolución, el contrato viene titulado de la siguiente manera, "Condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros" y "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", CLIP BANKINTER 06-14.3, documentos 1,2,3 de la demanda.

Respecto del mismo y de su estudio podemos hacer las siguientes consideraciones:

1º.- La jurisprudencia de los tribunales, y la doctrina han dicho reiteradamente, que los contratos son lo que son, y no los que las partes dicen que es. Para determinar la voluntad - lo que han querido las partes- habrá que estar a lo dispuesto en los artículo 1.281 y siguientes del código civil, y en concreto con el artículo 1282, que dice que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores del contrato. En el estudio del contrato, veremos de forma repetida, como se utilizan conceptos que para nada identifican el contenido de éste.

2º.- Para empezar, de forma repetida, se habla de un contrato de permuta financiera. Lejos de cualquier idea de





permuta; esta como tal - en sentido jurídico- no existe; lo que hay es una compensación de créditos o de intereses. Lo característico de este contrato, es que ambas partes, ya sea la empresa o la financiera, se obligan recíprocamente al pago de un interés sobre un nominal. Este nominal está constituido por las operaciones de financiación de la empresa (cuentas corrientes, préstamos, etc...). Además el interés que abona cada parte es diferente. En cada periodo de liquidación, los intereses no se cambian uno por otro, sino que se compensan, de forma que la empresa recibe en su cuenta, un cargo o un abono, según sea el resultado de la compensación. La permuta es un contrato que se caracteriza porque una persona entrega una cosa para recibir otra (artículo 1.538 y ss del código civil), aquí no hay estas entregas de intereses. En cambio la compensación surge cuando hay dos partes que son acreedoras y deudoras de un crédito recíprocamente, que está vencido, es líquido y exigible (artículo 1.196 del código civil); aquí cada parte es acreedora de la otra, de un interés sobre un nominal.

3º.- Para entender mejor este contrato podemos poner un ejemplo. Hay una empresa llamada A, que tiene varios contratos que financian su empresa, como puede ser una o varias cuentas corrientes, o préstamos, etc... Todo estos están sujetos a un interés variable, lo que en determinados periodos, puede crearle disfunciones en sus costes financieros. Disfunciones que puede tener su causa en determinados periodos de alza de tipos de interés, de forma que un mes los intereses están al 2%, al siguiente 2,5%, al siguiente 3%, y así sucesivamente... Esto le causa no solo un alza en los costes financieros, sino una desorganización o disfunción porque todos los meses paga un interés distinto.

Para evitar estos problemas la financiera F, le ofrece un contrato CLIP. ¿En qué consiste?, como hemos visto se trata de un contrato de compensación de intereses, que da cierta estabilidad a los costes financieros.

Funcionaría de la siguiente manera. La empresa A, se obliga abonar a la financiera, en determinados periodos de liquidación, determinados en el contrato, un interés fijo, sobre un nominal, constituido por sus operaciones de financiación. Es decir se suma todas estas operaciones de financiación, créditos, préstamos, cuenta corriente, y se le aplica para un periodo determinado de liquidación un tipo de interés fijo. Supongamos que este nominal fuese 100 y el tipo de interés 3%, se obligaría a pagar en el periodo de liquidación 3.

Por otro lado también la financiera F, se obliga abonar un interés a la empresa A. Esta interés no es un interés fijo, sino variable. Es el interés fijado por el Banco Central. De esta forma si en el periodo de liquidación el tipo de interés marca el 5%, sobre un nominal de 100, se obligaría





abonar a la empresa 5.

4º.- De esta manera llegamos a dos conclusiones. La primera es que en periodos de intereses ascendentes, se generan abonos - en cada periodo de liquidación- para la empresa A; y en periodos de intereses descendentes, se generan cargo - en cada periodo de liquidación- para la empresa A.

Así siguiendo con el mismo ejemplo. Si sobre un nominal de 100, la empresa A, se obliga abonar el tipo de interés fijo del 3%, tendríamos las siguientes consecuencias. Es posible que el primer periodo de liquidación el interés fijado por el BC, sea del 5%, en tal caso la entidad financiera se obligaría a pagar 5, lo que significa que en el periodo de liquidación se compensarían ambas cantidades y el abono en cuenta sería 2. En cambio si en el siguiente periodo los tipos de interés están al 1%, la financiera se obligaría a pagar 1 y la empresa A el tipo fijo del 3%, pagaría 3, lo que significa que por el mecanismo de compensación, se generaría un cargo de 2.

SEGUNDO.- En el caso de autos, como veremos es lo que ocurrió. El contrato se suscribió - según las partes - en diciembre del 2006 hasta junio del 2010. Si vemos el documento 3 de la demanda, durante la vida contractual hubo periodos en los que el interés fijado por el Banco Central era superior al interés fijo, y la final del periodo de aquel contrato, el interés era inferior al interés fijo. De esta forma como podemos ver en el documento 3 se generaron abonos y cargos a favor de la empresa S.L..

Estas notas que he ido definiendo y delimitando, la podemos ver en los siguientes documentos, que obran en autos:

1º.- En las "Condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", (documento 2 de la demanda). En este documento, aparece el nominal contratado - esas operaciones financieras- que asciende al millón de euros. El periodo del contrato - inicio y fin- que comienza el 28 de diciembre del 2006 y termina el 28 de junio del 2010. También se recoge en este plazo o término, distintas fechas de liquidación de intereses; los periodos de liquidación son trimestrales. Además se pacta el tipo de interés que el cliente se obliga a pagar, un interés fijo, en diversos periodos de la vida del contrato. Así se distingue un primer interés en los dos primeros trimestres, otro para el trimestre tercero al octavo y otro para el noveno y décimo cuarto.

Se distingue también el interés que el cliente recibe, que será el euribor a 3 meses. Entiendo que el contrato debió de decir no tanto lo que el cliente recibe, como lo que la entidad financiera se obliga a pagar.

2º.- En relación a las "Condiciones Generales del Contrato





de Gestión de riesgos Financieros" (documento 1 de la demanda), el mismo explica el funcionamiento del contrato en la cláusula tercera, en el expositivo II, hay una declaración del cliente sobre el conocimiento de los riesgos de este producto. En la cláusula sexta que se recoge la posibilidad de cancelar el producto, extremo también discutido por las partes, y que veremos con posterioridad.

3°.- Sobre el funcionamiento de este contrato, declaró en sala doña INMACULADA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (inicio CD 1°), quien explicó que el contrato buscaba como finalidad estabilizar los tipos de intereses, dirá que estabiliza los costes financieros. Sobre el cumplimiento de este contrato, también declaró doña BELÉN RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (minuto 54, CD 1°), también insistió que era un contrato que estabilizaba los costes financieros, describiendo su funcionamiento en la forma que he dicho.

4°.- De lo que hemos comentado de este contrato, y visto hasta ahora, este contrato lo podemos definir como un negocio jurídico bilateral, mediante el cual una parte - generalmente una persona jurídica- se obliga abonar una cantidad a una entidad financiera; cantidad que se determina mediante la aplicación de un interés fijo -previamente pactado- sobre un nominal determinado y cantidad que se abonará en el periodo de liquidación previamente acordado por las partes. ~~Al mismo tiempo una entidad financiera en el mismo periodo de liquidación, se obliga a pagar sobre el mismo nominal el interés fijado por las autoridades monetarias, de forma que en cada periodo de liquidación se produce un cargo o abono en una cuenta de la empresa, según sea el resultado de esa compensación.~~

Sobre este contrato, la nulidad que alega el demandante se fundamenta en dos ideas. La primera la que sostiene que es nulo porque no se le explicó suficientemente, que en caso de bajada de intereses la compensación sería negativa y se produciría un cargo. Y porque en caso de querer cancelar el contrato - ventanas de cancelación- no se le explicó las consecuencias económicas de la misma, el coste de esta cancelación (cláusula sexta de las condiciones generales).

TERCERO.- NULIDAD DEL CONTRATO.

Ya hemos visto que la parte demandante centra en dos ideas la nulidad del contrato. Para entender la fundamentación de esta petición debemos de partir de los artículos 1.261 y ss del código civil. El demandante sostiene que hay nulidad porque hubo un error obstativo, bien porque no se le explicó las consecuencias de una bajada del interés, bien porque no se le explicó las consecuencias de la cancelación descrita en la cláusula sexta de las condiciones generales del contrato.

El artículo 1.261 del código civil, dice que no hay contrato





sin consentimientos de los contratantes. El consentimiento implica en un primer estado tener un conocimiento de la relación contractual que se va a llevar a cabo y en un segundo estadio quererlo. De esta forma el consentimiento válido, es aquel que se sustenta en un conocimiento y voluntad libres. De ahí que el artículo 1.265 del código civil, diga que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Las causas de nulidad que hemos desarrollado, se centran en el conocimiento pleno del contrato; el demandante dice que no sabía las consecuencias, bien de la bajada del tipo de interés, bien de la cláusula de cancelación. Alega en definitiva la existencia de un error, un vicio en el conocimiento, fundado en el artículo 1.266 del código civil.

Este artículo dice que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiese dado motivo a celebrarlo.

El error para que sea invalidante o produzca la nulidad del contrato, debe de configurarse de una determinada forma:

1º.- En cuanto a la entidad del error, puedo citar la sentencia de la A. P. de Álava, de 7 de abril del 2009 (ED 2009/63175), cuando dice " ... La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; también que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia...".

2º.- En cuanto a la carga de la prueba, a quien corresponde demostrar el asesoramiento o el despliegue del completo conocimiento de este contrato, es a la entidad financiera. Así podemos citar la sentencia de la A.P. de Valencia de 26 de abril del 2.006 (ED 2006/305502), que llega a decir " ... Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la Sentencia de 14 de noviembre de 2005 , en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:

"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal





en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio..."..".

3º.- Por otro lado también cabe mencionar en la valoración de este error, el hecho que el propio legislador cada vez sea más exigente con las entidades financieras a la hora de determinar la información que debe prestar al cliente. También hay que tener en cuenta, que no todos los clientes son iguales, no es igual una PYME que una gran empresa, o un particular. Así podemos citar en este punto la sentencia de la A.P. de Jaén, secc. 3ª de 27 de marzo del 2009 (ED. 2009/82602) " ... Es de mencionar que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de ~~información de las entidades financieras. Así, y en~~ aplicación de la Directiva de la C.E, en su artículo 31, 2006/73 EDL 2006/117121 , el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de inversión. EDL 2008/4324 , deroga de forma expresa el Real Decreto ya citado, 529/1993 de 3 de mayo, y en su artículo 64.1 EDL 1993/16198 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..."..".

CUARTO.- Pues bien aplicando la doctrina anterior al caso concreto, debo concluir que cabe la nulidad contractual. La estimo no porque entienda que los administradores de S.L. , desconocían las consecuencias de una bajada de los intereses, entiendo que tenían un conocimiento pleno de las consecuencias de esta bajada. La razón en la que fundamento esta nulidad, es que en cambio si que estimo, que no se le puso en conocimiento las consecuencias de la cancelación contractual, de la cláusula,

