

SENTENCIA N°

En Bilbao (Bizkaia), a 15 de marzo de dos mil diez.

Aner Uriarte Codón, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, ha visto los presentes autos incidentales nº 878/2009, derivados del Concurso Abreviado 233/2009, instados por la entidad BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de CCC; y frente a la propia concursada CCC, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón. Por esta última se plantea demanda reconvenzional frente a la actora. Todo ello, sobre impugnación de lista de acreedores, y acción de nulidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Declarado mediante auto de fecha 23 de abril de 2.009, en situación de concurso a la entidad CCC, se designó administración concursal y se personaron distintos acreedores. En el informe del órgano auxiliar del Juzgado se fijaron los créditos insinuados por la actora como créditos contingentes sin cuantía propia.

SEGUNDO.- Por la entidad Banco Santander SA se presentó el 21 de octubre de 2.009 demanda incidental en impugnación de la lista de acreedores, solicitando se fijen dos créditos ordinarios por importe de 116.325,38 euros y 34.897,61 euros.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el 16 de noviembre de 2.009, se dio traslado de la demanda a la Administración Concursal y a la concursada. Esta última, presentó escrito de contestación en fecha 11 de enero de 2.010, ejercitando, vía reconvenzional, acción de nulidad de los contratos de permutas financieras de tipo de interés de los que derivan los créditos impugnados, declarando la existencia de causa torpe con los efectos del artículo 1.306.2ª del Código Civil, y como efecto subsidiario, la recíproca restitución de las prestaciones realizadas a cargo de cada una de las partes, y subsidiariamente, la resolución de los referidos contratos, sin obligación de la concursada de indemnización alguna. Por su parte, la Administración Concursal presentó escrito de contestación oponiéndose a la demanda el 12 de enero de 2.010.

CUARTO.- El 3 de marzo de 2.010 se celebró la vista, en la cual Banco Santander SA admitió contestar oralmente a la demanda reconvenzional interpuesta de contrario. Todo ello, con el resultado que obra en autos.

HECHOS PROBADOS

1.- La mercantil CCC, empresa dedicada al sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado; fue declarada en concurso mediante auto dictado el 23 de abril de 2.009, encontrándose suspendida en sus facultades patrimoniales.

2.- CCC y la entidad Banco Santander SA suscribieron el 10 de julio de 2.003 un contrato marco de operaciones financieras en el que se regulaban condiciones para realizar operaciones financieras, que posteriormente son concretadas mediante la confirmación de las condiciones de las mismas, en la modalidad de permutas financieras de tipos de interés sobre un nominal de 1.000.000 de euros, que tienen lugar el 3 de febrero de 2.005 (con vencimiento el 30 de julio de 2.007) y el 26 de julio de 2.007.

3.- Personal del Banco Santander SA ofreció previamente tales productos bancarios con la indicación de que era una operación rentable, como una especie de seguro, para evitar el incremento de costes que pudiera suponer una elevación de tipos de interés en relación al endeudamiento de la empresa. La entidad bancaria canceló anticipadamente dicho contrato el 25 de mayo de 2.009, y reclamó un saldo deudor a la concursada por importes de 116.325,38 euros y 34.897,61 euros, calculados unilateralmente conforme a la siguiente cláusula incluida en el contrato marco: cantidad igual al importe de liquidación de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado y el equivalente de la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte no incumplidora; y al equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte incumplidora. Se aplicará el criterio de valoración sustitutiva en el supuesto de no poder determinar el valor de mercado, o cuando el resultado no fuera comercialmente aceptable; sumándose las cantidades pendientes de pago por la parte incumplidora y restando las cantidades pendientes de pago por la parte no incumplidora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora impugna la lista de acreedores en la cual figura su crédito como

contingente sin cuantía, solicitando la determinación de dos créditos, con la calificación de ordinarios, con los importes de 116.325,38 euros y 34.897,61 euros, correspondientes a lo que considera el saldo a su favor resultante de la cancelación anticipada de Derivados, efectuada el día 25 de mayo (fecha valor el 22 de mayo de 2.009). Ello, a partir de contratos marco de operaciones financieras y anexos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap bonificado reversible media).

La entidad concursada se opone a la demanda, sosteniendo el criterio de la Administración Concursal para no fijar los créditos, previamente insinuados, tal y como se solicita en la demanda. En tal sentido, considera que resulta imposible conocer el origen y saldo final de los términos liquidatorios pretendidos; poniendo de relieve la absoluta indefensión y ausencia de garantías del cliente. Se señala que el contrato fue ofrecido con objeto de proteger a este último ante las subidas de los tipos de interés, teniendo en este caso (como en un gran número de supuestos similares) un resultado perjudicial para el cliente, al cual califica como minorista, ajeno a estas prácticas (distinguiéndolo del cliente profesional) y con nulos conocimientos en el área económico - financiera. Se añade que la documentación acompañada al escrito de comunicación de créditos sólo aparece firmada en la última página, y que no reconoce parte de las firmas que se atribuyen a su cliente. Asimismo, se alega que la confirmación de permuta financiera de tipos de interés de nominal 1.000.000 euros que se suscribe el 26 de julio de 2.007, es presentado como una renovación del anterior (con vencimiento el 30 de julio de 2.007, suscrito para 2,5 años), que arrojó un saldo negativo de 35.938,27 euros, y que la renovación del segundo fue por dos años, y no por cinco, tal y como se presenta de contrario. En este sentido, éste se ofertó por el director de la oficina de la impugnante como un producto “vip” muy ventajoso, que sólo se ofrece a los clientes principales. Así, se diseñó como un producto que trataba de mitigar el riesgo derivado de los movimientos de tipos de interés sobre el endeudamiento de una empresa que se encuentre referenciado a tipo de interés variable; y en una previsible subida de tipo de interés, con el producto en cuestión, se podía garantizar un tipo de interés fijo sin tener que renegociar las condiciones de endeudamiento. Si bien, tras un nuevo contrato, y un resultado negativo en 2.007 de 11.193,90 euros, se renueva, en mejores condiciones, por dos años; en cuyo plazo de vigencia, se cerró el grifo de financiación, admitiendo únicamente descuentos por importe de 195.383,43 euros en 2.008. Asimismo, añade que parte del saldo deudor, 26.989,88 euros, ha sido recuperado por la actora.

Continúa la concursada analizando las liquidaciones comunicadas (hasta el 31 de diciembre de 2.008), concluyendo que no puede conocer las cantidades liquidadas y aplicadas, partir de los escasos datos, la imposibilidad de deducción de los cálculos a partir de la documentación aportada y la escasez de justificantes facilitados por la entidad bancaria. Por lo que respecta a la cancelación, se analiza la cláusula en la que se advierte que se podrá hacer a precios de mercado, suponiendo el pago por el cliente del coste correspondiente; sin que se indique en el contrato (anexo que explica el funcionamiento del swap bonificado reversible media) el método utilizado por el banco para calcular el coste de la cancelación. Por último, pone en relación dicho coste, con la ausencia del mismo en el momento inicial del contrato, la no

negociabilidad del contrato, y la imposibilidad de transmitir o ceder del mismo.

Tras contestar, CCC reconviene la nulidad de los contratos de permutas financieras de tipos de interés, fundamentándolo en el hecho de que resulta materialmente imposible conocer el origen y saldo final defendido de contrario, que ha sido un cliente minorista ajeno a las prácticas complejas de mercado, debiendo estar informado y comprender la operación u operaciones realizadas. Así, se alega la falta de firma de las condiciones esenciales de los contratos y por defecto en el consentimiento, puesto que no se ha informado de manera clara y precisa de los riesgos que conlleva la operación, siendo las cláusulas de aquellas abusivas y nulas de pleno derecho. De esta forma, concurre vicio del consentimiento por error en el objeto, de carácter esencial e inexcusable, sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se ha podido evitar con una regular diligencia. Y en este sentido, se solicita que, concurriendo causa torpe de parte de un contratante, procede la desaparición de las liquidaciones pretendidas por la entidad bancaria

La Administración Concursal también se opone a lo solicitado en la demanda, denunciando la información subjetiva que emite el banco, basada en estimaciones desconocidas, sujetas a cambios y que no puede entender como un crédito cierto. Así, señala que el 10 de julio de 2.003 la concursada formalizó un contrato marco de operaciones financieras en el que se regulaban condiciones para realizar complejas operaciones financieras, que posteriormente son concretadas mediante la confirmación de las condiciones de las mismas, que tienen lugar el 3 de febrero de 2.005 (con vencimiento el 30 de julio de 2.007) y el 26 de julio de 2.007. Y todo ello, con la indicación de que era una operación rentable, como una especie de seguro, para evitar el incremento de costes que pudiera suponer una elevación de tipos de interés o de la inflación. La dinámica consiste en una serie de abonos cruzados por las partes en función de la relación entre tipos variables y fijos, que asegura de alguna forma una estabilidad en los tipos de interés a los que tiene que hacer frente. Denuncia, asimismo, las carencias de información, la obligación de describir la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, en relación con el cliente en concreto, de modo que éste pueda adoptar decisiones de inversión fundadas; considerando que incurrió en error a la hora de prestar su consentimiento.

El Banco Santander Central Hispano contestó a la reconvencción oralmente en la vista (admitió expresamente tal posibilidad, tras no haberse operado previamente el preceptivo traslado); alegando falta de legitimación activa de la concursada para plantear la demanda reconvenicional (al estar la misma suspendida en el presente concurso) y considerar que la misma, como entidad que operaba en el mercado, tenía suficiente información para conocer el funcionamiento del contrato, y que en un momento preconursal se benefició de las liquidaciones positivas de las permutas aquí cuestionadas.

De esta forma, en el trámite delimitador del objeto de la prueba, las partes presentes en la vista manifestaron que las cuestiones controvertidas se reducían a: las fechas de las cancelaciones (25 de mayo de 2.009, según la actora, y declaración del concurso, el 23 de abril de 2.009,

según las demandadas), la realidad del saldo deudor reclamado como crédito ordinario, la condición de cliente minorista de la concursada, las deficiencias en la información facilitada, la reducción del descuento permitido en 2.008 (según se sostiene en la contestación de la concursada), y el cobro anticipado de 26.989,88 euros.

SEGUNDO.- Las acciones ejercitadas giran en torno al contrato de permuta financiera o tipos de interés, también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura. Dichos flujos pueden, en principio, determinarse en función, ya sea de los tipos de interés a acorto plazo como del valor de índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés, el más simple y conocido en los mercados financieros, consistente en un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. Habitualmente, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor o Libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.

Ante el gran número de este tipo de contratos que ha venido apareciendo en el mercado, y dado que muchos de los clientes contratantes han acabado en situación concursal, el legislador ha dictado recientemente la ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, de reforma del Real Decreto Legislativo 5/2005, en el cual el vigente artículo 16.2 dispone que “la declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con este no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa; añadiéndose a renglón seguido que cuando una de las partes en el referido acuerdo se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o de deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo conforme a las reglas establecidas en él”. Disposición que viene a recoger la regulación que anteriormente ya venía plasmada en la Disp. Adic. 10ª de la LNMV. El precepto resumidamente establece: a) una autorización para la inclusión de cláusulas de resolución o vencimiento anticipado de los contratos de swap en caso de declaración de concurso; b) la consideración unitaria de todas las operaciones de permuta financiera incluidas en un mismo contrato marco, debiendo incluirse como crédito únicamente el saldo neto de todas las operaciones comprendidas; c) la autorización para la realización de las operaciones de compensación que sean necesarias, ya sean posteriores o anteriores a la declaración del concurso, quedando en este último caso a salvo de posibles acciones de reintegración. Se trata en definitiva de una regulación que aclara y simplifica el reflejo de las operaciones de swap en la determinación de la masa pasiva y al mismo tiempo

excepciona diversas restricciones o prohibiciones que la normativa concursal impone para el resto de contratos sinalagmáticos, en particular en lo concerniente a la compensación y a la prohibición de cláusulas de vencimiento anticipado por insolvencia.

Pues bien, como ya se ha avanzado, en el presente procedimiento se ejercita una acción de impugnación de la lista de acreedores; incidente que aprovecha la entidad concursada, como parte demandada que es, para reconvenir la nulidad del contrato del que deriva el crédito cuestionado. Procede, en consecuencia y por seguir un orden lógico, analizar la acción reconvenzional para aclarar la cuestión, antes de analizar la impugnación, la cual, evidentemente, queda condicionada a aquella.

En este sentido, la parte reconvenida opone en primer lugar una falta de legitimación activa sobre la base de la facultad patrimonial de la concursada suspendida en el presente concurso, de conformidad con el artículo 54.1 LECO; al haberse planteado la reconvención únicamente por parte de CCC. Al respecto, ciertamente nos encontramos ante una cuestión vidriosa no resuelta en el mencionado texto legal. El precepto referido atribuye a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal; si bien, los artículos 96 y 193 LECO, planteado un incidente de impugnación de lista de acreedores, ordenan el traslado de la correspondiente demanda a la parte concursada para que conteste y se defienda de la misma. De esta forma, la cuestión por resolver consiste en delimitar las facultades de defensa que tiene la concursada suspensa, y si se puede vedar o no sus facultades de accionar vía reconvención en el marco de un incidente concursal. Dejando por sentado, en todo caso, que desde el punto de vista procesal, en el presente caso procede la reconvención al existir, de conformidad con el artículo 406 LEC, una indudable conexión entre las pretensiones de la demanda principal y aquella, versando ambas sobre el mismo o los mismos contratos ya señalados.

Pues bien, la ley no se pronuncia expresamente sobre ello, pues no contempla específicamente una ampliación del objeto del incidente concursal a través de la demanda reconvenzional; si bien, no existiendo ninguna norma que lo prohíba, debe entenderse, en un sentido pro actione y de tutela judicial efectiva, que la misma cabe, al tener relación directa con el patrimonio de la concursada, y tener que decidir al respecto, precisamente, el Juez del concurso. Es decir, si la ley permite que la concursada suspensa intervenga en el incidente en el que se está ventilando la determinación de un crédito en su contra, parece prudente no impedirle acudir a un medio más en de defensa, consistente en atacar la nulidad del contrato correspondiente dentro del mismo procedimiento. Repárese en este punto, que ante la calificación culpable de un concurso, la sociedad concursada puede oponerse a la misma, accionando frente a la Administración Concursal y, en su caso, frente al Ministerio Fiscal; cuando, en la casi totalidad de los escenarios culpables, la pieza de calificación arranca de la apertura de la liquidación, en el marco de la cual la concursada se encuentra suspendida (artículo 145.1 LECO).

Por todo ello, a los efectos de permitir la discusión de tales cuestiones, y máxime cuando la

propia Administración Concursal se adhiere en juicio a la reconvencción ejercitada (a modo de convalidación de dicho órgano auxiliar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40.7 LECO); debe desestimarse la excepción y entrar a resolver la cuestión planteada.

TERCERO.- De esta forma, procede analizar en primer lugar la acción de nulidad planteada por defecto en el consentimiento, consistente en error en el objeto, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil. Sobre la cuestión se posiciona expresamente este último precepto legal, el cual dispone 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 hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

Analicemos, de esta manera, la prueba practicada en el caso que nos ocupa, en el que nos encontramos, ya de principio, con una suerte de oscuridad para determinar el contrato concreto a partir del cual se reclaman los créditos ordinarios en análisis. Así, en la demanda inicial se habla de la cancelación anticipada de derivados por los importes reclamados, operada el día 25 de mayo de 2.009 (fecha valor 2.009) a partir de la situación concursal del cliente, sin documentación adjunta y con remisión a los documentos nº 5 a 10 acompañados en su día a la comunicación de créditos. Dichos documentos son incorporados a autos en la contestación de la Administración Concursal, observando en el propio escrito de comunicación (documento nº 1 de la referida contestación) que se habla de un contrato marco de operaciones financieras y anexos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado reversible media). Obsérvese que en ningún momento se concreta por la actora las fechas específicas de los contratos cuyos derechos intenta hacer valer, teniendo que ser la propia Administración Concursal quien arroje luz sobre tal cuestión en su escrito de contestación fijando los mismos (tal y como se hace constar en hechos probados, al no ser tales determinaciones rebatidas de contrario).

Así, analizando la documentación que acompañaba el escrito de comunicación (numerados como 5 y siguientes del documento nº 1 contestación de la Administración Concursal); se observa el contrato marco de operaciones financieras de fecha 10 de julio de 2.003, firmado entre impugnante y concursada, en el cual se prevé la realización de determinadas operaciones financieras. En el mismo, durante siete páginas con letra pequeña se define la naturaleza del contrato, se definen 24 términos del mismo, y se fija una interpretación prevalente de lo dispuesto en el Anexo I adjuntado al mismo. Posteriormente se definen las operaciones financieras a realizar, con carácter enunciativo, entre las que se mencionan, entre otras, las permutas financieras; se fija el desarrollo del contrato con arreglo a lo establecido en la correspondiente confirmación y en el propio contrato marco; y se detalla el cambio de cuenta, la liquidación por saldos, los intereses de demora, las confirmaciones (como acuerdos posteriores que concretarán el contrato), así como la moneda de la operación. Posteriormente se fijan las causas de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes entre las cuales se mencionan las situaciones de insolvencia, y por circunstancias objetivas; así

como sus consecuencias, fijando que una vez sea efectiva la fecha de vencimiento anticipado, se procederá al cálculo de la cantidad a pagar de conformidad con lo establecido en las estipulaciones siguientes. En las mismas se establece el cálculo correspondiente (en caso de incumplimiento imputable a la parte) aplicando el criterio del que será igual al importe de liquidación (calculado por la parte no incumplidora) de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado y el equivalente de la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte no incumplidora; y al equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte incumplidora. Se aplicará el criterio de valoración sustitutiva en el supuesto de no poder determinar el valor de mercado, o cuando el resultado no fuera comercialmente aceptable; sumándose las cantidades pendientes de pago por la parte incumplidora y restando las cantidades pendientes de pago por la parte no incumplidora. Por último, en el anexo I de dicho contrato se especifican, entre otros, margen aplicable al interés de demora y el banco como agente del cálculo.

Como documento nº 6 (dentro del nº 1, contestación de la Administración Concursal) se acompaña la confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 26 de julio de 2.007, en la que se acuerda la cancelación de una operación contratada el 3 de febrero de 2.005, y la contratación simultánea de otra operación, que tras dos remisiones en el documento, se concreta en que el banco paga trimestralmente el tipo variable (euribor 12M) fijado al inicio de cada periodo de cálculo trimestralmente. El cliente paga anualmente: i) el tipo fijo correspondiente (si el tipo variable medio trimestral resulta ser igual o inferior al tipo barrera Knock-In correspondiente); o ii) el tipo variable medio trimestral menos el diferencial correspondiente, en su caso (si el tipo variable medio trimestral resulta ser superior al tipo barrera Knock-In correspondiente). Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un cap medio trimestral con Knock-in. El importe de la prima de opción Cap vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la operación. Se fija una duración de 30 de julio de 2.007 a 30 de julio de 2.012, el tipo variable Euribor 12M, un cálculo trimestral. Se acompaña un anexo denominado de funcionamiento reestructuración a swap bonificado reversible media, que explica el contrato como un intercambio de tipos de interés entre cliente y banco, en el que aquel recibe trimestralmente el Euribor 12M, fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar anualmente el tipo fijo correspondiente, siempre y cuando, la media aritmética de las cuatro fijaciones del Euribor 12M, al inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que se trate, no supere el nivel de referencia (tipo barrera knock-in) correspondiente. Como documento nº 7 (siempre dentro del nº 1) se acompaña otra confirmación similar en la que se cancela una operación de fecha 22 de julio de 2.005, y se concierta otra permuta financiera prácticamente idéntica.

A la comunicación, también se acompañaron, como documentos nº 8 y 9, varios listados de cuentas, en los que, sin mayor explicación, se llega a las cifras reclamadas; pudiendo reconocerse en las mismas las fechas de vencimientos, el nominal y el saldo correspondiente. Así como el documento nº 10 en la que se expresa la curva EUR de tipos de interés que se elabora a partir de la información capturada de Reuters a cierre de mercado (17:15), reflejando

el corto plazo construido a partir de los tipos de depósitos y precios de futuro, el largo plazo en las cotizaciones de los tipos swap a cada plazo, y las volatilidades cotizadas en Reuters por Icap y las volatilidades forward aplicadas en la valoración de las operaciones según los modelos ap; reflejando finalmente una serie de cuentas.

Por otro lado, como documento n° 1 acompañado al escrito de contestación de la entidad concursada, se acompañan unas condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros firmado entre Bankinter SA y la propia CCC el 30 de marzo de 2.005. En las mismas, se distingue entre condiciones generales o contrato marco, y condiciones particulares aplicables a los productos contratados, y se reseña el conocimiento por parte del cliente de que los instrumentos financieros ofrecidos 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 sea contraria a la esperada, o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir, o incluso anular, el beneficio económico esperado por el cliente. Asimismo, se reconoce a la entidad bancaria la posibilidad de, cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado, que a juicio del banco, alteren sustancialmente la situación existente en el momento de la oferta, de revocar dicha oferta, ofreciendo producto alternativo y de características similares al que se ofreció inicialmente; el cual el cliente podrá aceptar u optar por la resolución.

Por último, la parte actora presenta, tras requerimiento a instancia de parte, las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés de fechas 3 de febrero y 22 de julio de 2.005, copia de todas las liquidaciones de ambas permutas financieras hasta sus respectivas cancelaciones, y copia de todas las liquidaciones de las dos confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés hasta sus respectivas cancelaciones suscritas el 26 de julio de 2.007. Se aporta, en consecuencia, en bloque tal documentación, sin mayor explicación, apreciando unos contratos de confirmación similares a los ya analizados, y una serie de liquidaciones en los términos que obran en autos.

Frente a esta ingente documentación, ciertamente complicada de analizar y de comprender, la parte concursada impugna la autenticidad de tres de las firmas que obran en la documentación acompañada por el banco a su escrito de comunicación (se reitera aportada como bloque en el documento n° 1 del escrito de contestación de la Administración Concursal): la obrante a la página 7 del documento n° 5, y las obrantes en las páginas 5 y 7 del documento n° 8; reconociendo el resto de las firmas que aparecen en los mismos. Interrogado en juicio sobre la cuestión, el administrador social, D. Carmelo de Paz Cevallos, señaló que el banco no le facilitó información al respecto, que no sabía lo que estaba firmando, y que lo hizo puesto que así se lo aconsejó una persona que se encargaba de temas financieros, que trabajaba para él. Asimismo, manifiesta en juicio que las tres firmas impugnadas antes detalladas, no son suyas.

CUARTO.- Pues bien, analizada toda la prueba obrante en autos, se aprecia un grado de confusión elevado en torno al contrato en cuestión. La primera dificultad surge, desde un inicio, a la hora de conocer cuáles son los documentos concretos que lo integran, puesto que por la parte actora no se detallan tales conceptos, teniendo que acudir a las documentales acompañadas a los escritos expositivos de las partes demandadas y a la información facilitada, de nuevo en bloque y sin explicación, por la entidad bancaria a requerimiento judicial. De esta forma, tenemos el contrato marco principal firmado por las partes en fecha 10 de julio de 2.003 (también se hace referencia en la contestación de la concursada a unas condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros firmado entre Bankinter SA y la propia CCC el 30 de marzo de 2.005, sin acertar a comprender la relación con este caso). Asimismo, con referencia al referido contrato marco, tenemos una confirmación de permuta financiera acordada el 3 de febrero de 2.005, y otra posterior de fecha 26 de julio de 2.007 (con duración de 30 de julio de 2.007 a 30 de julio de 2.012, aunque la concursada sostenga que la contrató para dos años). Asimismo, se acompaña otra confirmación similar en la que se cancela una operación de fecha 22 de julio de 2.005 (de la que no se tiene constancia). Y por último, se ha operado la definitiva cancelación anticipada de derivados por los importes reclamados el día 25 de mayo de 2.009 (fecha valor 2.009); sin que por la actora se explique la razón de tal fecha, cuando la declaración de concurso tiene lugar el 23 de abril de 2.009, y en tal situación parece fundamentarse la causa de resolución anticipada (tal y como se sostiene por la parte demandada).

En consecuencia, tenemos una relación contractual consistente a grandes rasgos (según parece entenderse, no sin dificultad, de lo contenido en la documental y lo explicado por las partes demandadas), en una permuta de intereses en la cual, sobre la base de una referencia (que no se aclara), el banco abona unas cantidades para el caso de que determinados índices bancarios superen aquella, y el cliente lo hace cuando dichos índices estén por debajo de la misma. Si bien, esta operación es desarrollada en varios documentos extensos elaborados de manera unilateral por la entidad bancaria, con anexos, en los que se realizan varias remisiones (entre cláusulas de cada documento, así como entre documentos), se fija (sin razón aparente) una interpretación prevalente de los términos de un anexo, y se detalla un complejo método para cálculo de la consecuencia derivada del vencimiento anticipado por incumplimiento imputable al cliente (que es lo que se aplica en el supuesto que nos ocupa), consistente en pagar “el cálculo correspondiente aplicando el criterio del valor de mercado que será igual al importe de liquidación (calculado por la parte no incumplidora) de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado y el equivalente de la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte no incumplidora; y al equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte incumplidora. Se aplicará el criterio de valoración sustitutiva en el supuesto de no poder determinar el valor de mercado, o cuando el resultado no fuera comercialmente aceptable; sumándose las cantidades pendientes de pago por la parte incumplidora y restando las cantidades pendientes de pago por la parte no incumplidora”. Por último, se determina que el agente de dicho cálculo es el propio banco.

Al respecto, la concursada, además de impugnar como propias varias de las firmas que

aparecen en los diferentes documentos, señala que la parte actora, a través de la confianza que se tenía con el director de una sucursal de la misma, ofreció un producto calificado como vip (o para cliente vip), a modo de seguro para evitar las pérdidas que se pudieran generar como consecuencia de una eventual subida de intereses, sin ser informada en ningún momento, del riesgo de pérdidas que ello podía suponer. Se añade, además, que de contrario no se aclara la determinación del crédito que el banco reclama, ni los cálculos que llevan al mismo. Criterio que sostiene, asimismo, la Administración Concursal, tras el análisis de la documentación acompañada de contrario, y que le lleva a calificar el crédito como contingente sin cuantía, al no considerar acreditados los importes reclamados. Y frente a ello, la parte actora y reconvenida no reacciona. Nada aclara sobre el funcionamiento del contrato, nada dice sobre la información parcial denunciada de contrario (podría haberse traído a juicio al director de la sucursal señalado para que nos aclarara la cuestión), nada dice sobre las firmas controvertidas, y nada, absolutamente nada, aclara sobre las cuentas, cálculos y métodos seguidos para concretar su crédito. En su defensa se limita a decir que el contrato se hizo con una sociedad mercantil que operaba en el mercado, que estaba suficientemente informada, y que mientras hubo ganancias no se denunció (obsérvese que estas últimas tampoco se concretan, siquiera para hacerse una idea indiciaria de esa aceptada apuesta de riesgo que se sostiene). Sobre este extremo, debe recordarse que la prueba de la suficiencia de la información facilitada es algo que se encuentra en el ámbito de disponibilidad y facilidad probatoria del banco, de conformidad con el artículo 217.6 LEC; debiendo tener por acreditada la versión que al respecto ofrece la reconviniente.

En definitiva, a partir de todo lo expuesto, se atisba un escenario en el que un banco ha vendido a un cliente dedicado al sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado (y desde luego, no especializado en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero) un producto para asegurar riesgos derivados de los movimientos de mercado en relación a su margen de endeudamiento, sin advertir frente a la posibilidad de pérdidas de entidad. Así, tal producto se ha diseñado en un complejo sistema documental de difícil comprensión con multitud de cláusulas (redactadas todas ellas unilateralmente por la actora y con remisiones cruzadas), entre las que se incluyen cláusulas interpretativas, y la posibilidad unilateral de calcular el coste de la cancelación anticipada que, por supuesto, se cobra el cliente. Y que, además, han sufrido variaciones en el tiempo, cancelando y confirmando distinta permutas (sin explicación concreta de la razón de dichos cambios, limitándose a reseñar que la siguiente era más favorable al cliente que la anterior). Llegado el concurso, se opera el vencimiento anticipado por causa imputable al cliente, por el hecho de la insolvencia (sin que se requiera ningún tipo de incumplimiento específico del contrato); y se calculan, a través de un método que este Juzgador no acierta a comprender, unas cantidades adeudadas de importancia (se reitera, cuando se había modificado el producto buscando la modalidad más favorable al cliente). Es decir, y este es un dato clave del asunto, a través de todo este sistema financiero complejo, y a partir de una evolución normal de los índices bancarios en el marco de la actual crisis (como hecho notorio en los últimos años en los que se han venido a cumplir las expectativas macroeconómicas previstas desde el inicio de la crisis), lo que se vendió como un producto para asegurar determinados riesgos financieros,

se acaba convirtiendo en unas pérdidas que en el presente caso rebasan ligeramente la cantidad nada desdeñable de 150.000 euros. Y así, sin saber bien la razón, donde existía un producto seguro, tenemos una apuesta de riesgo (extremo que se concreta en el momento en que surgen pérdidas para el cliente); sin que por la entidad bancaria se ponga de manifiesto qué capital o activo concreto puso en riesgo en toda esta operación.

QUINTO.- Toda esta reflexión lo cual nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1.266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de setiembre de 1.996 en la que se señala lo siguiente: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 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 hubieran dado lugar a su celebración –artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944- que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963-. "De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración."

Pues bien, analicemos la concurrencia de los requisitos expresados en relación al presente caso. En primer lugar, el error que se aprecia es esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo.

En segundo lugar, es sustancial, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina completamente la cantidad aquí reclamada; derivando además de actos desconocidos para el que se obliga. En este sentido, se ha razonado en este caso sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata. Sobre este extremo, se ha pronunciado en una reciente sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en fecha 21 de enero de 2.010. En la misma, se indica que “...el deber de información, con mayor razón ha de estar presente en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, y en la que concurren , no solo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que , de forma masiva, celebran contratos con bancos y otras entidades financieras...”. En esta línea, menciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2.008 (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha 14 de noviembre de 2.005), en la que se dispone que “la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto a otros sectores, que conllevan la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección, tanto en fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y adecuada información(pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como un la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones; y como en fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación”. Por último, la referida sentencia de instancia menciona la reciente reforma de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, operada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, en la que el legislador refuerza esa obligación de transparencia de las entidades bancarias, en relación, entre otros, con los contratos como los que aquí nos ocupan (en la línea que, además, va marcando la legislación comunitaria). Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, se ha acreditado una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis.

En tercer lugar y relacionado con todo ello, se trata de un error inexcusable para la propia concursada. El administrador social manifiesta que siguió el consejo de la persona que se ocupaba de la administración de su empresa, a partir de la relación de confianza con el director de la sucursal bancaria, entendiéndolo que era un producto seguro y que, en su caso, daría beneficios. Sobre la cuestión, ya se ha argumentado que se trata de un contrato complejo y difícil de analizar, con cláusulas oscuras, que van deslizándose fórmulas incomprensibles para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que generan además un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco es quien, al final, determina la cancelación anticipada y el cálculo de la cantidad a pagar según el sistema por él ideado). El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2.007

ofrece varios criterios al respecto, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. En este sentido, no se comparte la idea de que, por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquiera persona normal puede dirigir una empresa modesta (como la que aquí nos ocupa), y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige (en este caso, el sector de la calderería, montaje, reparaciones, mantenimiento preventivo y mecanizado); y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que había mantenido hasta entonces con él una relación de confianza), y dado que la persona de su empresa que le aconsejó en tal sentido no fue informada por el banco de manera transparente y suficiente, como se ha razonado. En esta misma línea, las recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2.009 (EDJ 2009/63175) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2.009 (AC 2009/1604).

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte de la concursada a la hora de contratar las permutas de intereses expuestas, siendo nulo el consentimiento prestado (artículo 1.265 del Código Civil), faltando por ende, uno de los elementos esenciales del contrato. En virtud de lo dispuesto en los artículos 1.261 y 1.300 del mencionado texto legal, el contrato en estudio debe declararse nulo.

En este punto, la parte demandada y reconviniendo alega la existencia de la causa torpe imputable a una parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.306.2, el cual dispone que cuando aquella, no constitutiva de delito o falta, esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Si bien, tal efecto legal no se aprecia que concurra en este caso, atendiendo a que, cuanto menos, sobre el papel, la realidad del contrato respondía a una relación entre determinadas referencias, que habilitaban la posibilidad de pérdidas para el banco, generando un eventual desplazamiento patrimonial en ambos sentidos.

No pudiendo acudir, por ello, al efecto previsto en tal precepto legal, procede la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1.303). La cuestión que surge en este punto y que enlaza con la acción que inicia este procedimiento, es que ha sido imposible (tal y como se ha argumentado), seguir el hilo del desarrollo contractual, desconociendo que cantidades se han podido venir pagando por una parte o por la otra. Asimismo, ya se ha señalado que la documentación

obrante en autos no justifica el saldo deudor reclamado (así como la ausencia de aclaración alguna), conclusión a la que llegaba la Administración Concursal, en el presente concurso un profesional economista; habiendo sido imposible para este Juzgador poder clarificar algo al respecto. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil, no puede tenerse por acreditado un saldo deudor a favor de la parte que ha diseñado el clausulado oscuro denunciado.

De esta forma, procede desestimar la demanda principal, estimar la reconvencción declarando la nulidad de los contratos, y determinar que no existe crédito ordinario, ni contingente sin cuantía propia. En relación a este último concepto fijado en lista de acreedores, debe recordarse que el artículo 87.3 configura tal concepto para aquellos créditos sometidos a condición suspensiva y para los litigiosos; y que, si no se puede acreditar la cuantía del crédito por falta de prueba, el mismo, lisa y llanamente, no puede incluirse como tal.

SEXTO.- Conforme al artículo 196.2 de la LC y por remisión el artículo 394 LEC, no se hará pronunciamiento en relación a las costas, atendiendo a las dudas interpretativas que se generan de las cuestiones resueltas.

FALLO

1.- DESESTIMAR la demanda formulada por la entidad BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de CCC; y frente a la propia concursada CCC, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones contenidas en la demanda.

2.- ESTIMAR la demanda reconvenicional formulada por la entidad CCC, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón frente a la entidad BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba; declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 10 de julio de 2.003 así como la de la confirmación de las condiciones de las mismas, en la modalidad de permutas financieras de tipos de interés de 26 de julio de 2.007.

3.- No procede fijar crédito alguno a favor de entidad BANCO SANTANDER SA, derivado de los contratos señalados en el anterior punto.

4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y administración concursal a fin de que en su momento se de cumplimiento a lo previsto en el art. 96.4 de la LC.

MODO DE IMPUGNACIÓN: No cabe recurso (art. 197.3 LC), pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia (art. 197.3 LC)

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SS^a en audiencia de hoy.
Doy fe.