



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
O PORRIÑO

SENTENCIA: 00085/2010



Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000709 / 2009

SENTENCIA

En O Porriño, a 2 de julio de de 2010

Juez: D^a Lidia Grandal Quintana.

Parte demandante: " , S.L." "
Letrado: D. Juan José Pérez Barreiro.
Procuradora: D^a Angeles Gonzalez Rodríguez.

Parte demandada: "BANKINTER, S.A." .
Letrado: D. José Ocampo Martínez.
Procurador: D. Javier Varela González.

Objeto: acción de nulidad de contrato y alternativa de resolución contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 6 de octubre de 2009, la representación procesal de la partes actora interpuso demanda de juicio ordinario ante este Juzgado en la que reclamaba la declaración de nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos con la demandada, así como las correspondientes actualizaciones de estos últimos, con declaración de efectos *ex nunc* , más los intereses legales correspondientes y condena de las costas procesales causadas. Alternativamente, las demandantes solicitaron la declaración de resolución de todos los anteriores contratos, también con efectos "ex nunc", más los intereses legales correspondientes y pago de las costas.

SEGUNDO.- Una vez admitida a trámite la demanda se dio traslado de ésta a la parte demandada emplazándola para contestar, lo cual hizo en tiempo y forma en el sentido de oponerse a la pretensión anterior. Ambas partes fueron convocadas para la celebración del acto de la audiencia previa en la que todas las partes personadas ratificaron sus escritos de demanda y contestación.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, se celebró el acto del juicio en fecha de 3 de mayo de de 2010, en el que se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos., quedando los autos vistos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos incontrovertidos, por haberlo reconocido así ambas partes que, en fecha de 19/04/2005, "BANKINTER, S.A.", suscribió con "V S.L.", empresa minorista dedicada al marcaje industrial, un contrato financiero denominado "CLIP BK3" que ambas partes firmaron. En fecha de 14/03/2006, las mismas partes suscribieron un contrato similar al anterior denominado "CLIP BANKINTER 063.3", que fue firmado también por ambas. En fecha de 19/04/2006, firmaron el "CLIP ACTUALIZADO BK3", en fecha de 20/06/2006, suscribieron un nuevo CLIP denominado "CLIP BANKINTER 67.3", y el día 21/11/2007 se suscribió la actualización del "CLIP 63.3".

Como resultado de la formalización de los anteriores contratos, el cliente, "V " disfrutó del resultado positivo de las liquidaciones durante sus dos primeros años de vigencia, si bien, posteriormente, como consecuencia de la bajada generalizada de los tipos de interés producida en el contexto económico general, comenzó un período en el que el resultado de las liquidaciones contratadas fue negativo para aquél.

Después de plantearse el actor la cancelación de los referidos contratos, optó por demandar a la entidad financiera solicitando la declaración de su nulidad de pleno derecho o alternativamente la resolución contractual de los mismos.

SEGUNDO.- La parte actora, "V , S.L.", alega el error en el consentimiento como causa para solicitar la nulidad de los contratos suscritos con la entidad demandada, "BANKINTER", error que vendría relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado y la propia redacción del contrato, todo lo cual vulneraría lo dispuesto en la Ley General de Consumidores y Usuarios, así como ante la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización. Alternativamente, solicita la parte actora la resolución de ambos contratos alegando el incumplimiento por parte de la demandada de su obligación fundamental consistente en no facilitar a las contratantes-consumidoras la información indispensable para conocer el objeto del contrato.

La parte demandada aduce sin embargo haber informado detalladamente al cliente del contenido de los productos financieros ofertados, y finalmente contratados por el mismo, y haber entendido éste su significado, por lo que han de desestimarse sus pretensiones contenidas en el escrito de demanda.



TERCERO.- Para resolver el supuesto enjuiciado partiremos de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad (Sentencia T.S. 20 de abril de 2001).

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el error, tal como establece el artículo 1261 del Código Civil, pero para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

Es doctrina legal recogida en la STS 10/4/99 de 6 de febrero, de 18 de abril de 1978, que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre), que no sea imputable a quien lo padece (Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963). De otra parte, según la 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 requisitos de auto responsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el Art. 7 del Código Civil.

Es inexcusable el error (Sentencia 4 enero 1982, de 18 febrero 1994), 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 concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo 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 en la declaración.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, anteceditas y seguidas por otras en el



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él".

En el presente caso, el representante legal de la entidad demandante, al que nos referiremos en adelante como "el actor" o "el demandante", alega haber desconocido lo que realmente contrataba ya que según él se trataba de un seguro que le cubría de los riesgos (los cuales no acierta a concretar), pero sin coste alguno por su parte. Afirma haber suscrito los analizados contratos por hacerle un favor a la entidad bancaria, cuya directora, según afirma, era amiga de una de sus empleadas (Mar Amoedo).

Pues bien, antes de verificar si concurre o no el invocado vicio de la voluntad contractual, a lo que enseguida nos referiremos, es indispensable concretar la normativa aplicable a este supuesto.

CUARTO.- De la mera lectura de los contratos obrantes en autos se deduce claramente que se trata de "contratos swap o de permuta de tipos de interés", que cabe definir como instrumentos financieros en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente (en relación al euríbor vigente) para cada una de ellas durante y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Se trata de contratos "bancarios".

Ha de aclararse, en primer lugar, que no lleva razón la parte actora cuando invoca su condición de consumidor y usuario, a los efectos de la aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El art 3 de tal disposición legal define, a efectos de esa norma, a los consumidores o usuarios como las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En este sentido, la STS de fecha 15-12-2005 viene a señalar que la anterior Ley delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta, excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Dado que la demandante es una sociedad limitada cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a la misma la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición.

Ahora bien, dicho lo anterior, también ha de puntualizarse a renglón seguido que la no concurrencia en la entidad demandante de la condición legal de "consumidor", no excluye la procedencia de un singular amparo de las mismas en su contratación, como clientes, con el Banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación, toda vez que, según la más reciente doctrina (SAP Pontevedra de 7/04/2010, SAP Jaen 26/03/2009, y SAP Alava de 7/04/2009), cabe atribuir al estudiado negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que además, dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es resaltable característica de tal clase de contratos.

En este sentido, la *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. Como complemento de lo anterior, la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)*, modificada por la *ley 47/2007, de 19 de diciembre*, en sus arts. 79 y siguientes exigen a todas cuantas personas o entidades que ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades de prestación de servicios de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes, comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

En particular, se exige información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta y mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, información



ADMNISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ésta que deberá ser imparcial, clara y no engañosa, así como otorgarse de manera comprensible, e incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

Además de lo anterior, la naturaleza bancaria de los contratos analizados, en los que, como decíamos anteriormente, la nota de aleatoriedad cobra especial relevancia por hacerse evidente, a tenor de las estipulaciones concertadas que, en el juego de intercambio de prestaciones dinerarias entre las partes contratantes como consecuencia de la aplicación de los respectivos tipos de interés, un descenso del índice referencial del Euribor 3 meses (a cuyo pago se comprometió siempre la entidad bancaria demandada) por debajo del tipo de interés fijado para el cliente, acarrea un resultado negativo para el cliente, que puede traducirse en importantes pérdidas para el mismo con ocasión de las correspondientes liquidaciones trimestrales caso de una significativa bajada o desplome del índice del Euribor, lo cual es precisamente lo que se ha producido en los casos examinados.

De acuerdo con la normativa protectora de los clientes de pertinente aplicación, según la doctrina mayoritaria, corresponde probar al profesional financiero que ha empleado la diligencia específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes y que ha efectuado el correcto asesoramiento e información en el mercado de los productos financieros ofrecidos, información cuya carencia implica necesariamente vicio en el consentimiento contractual.

Pues bien, en el presente caso, el actor alega que firmó los contratos de permuta financiera sin leer detalladamente su contenido, por la confianza que le ofrecía la persona empleada de la entidad bancaria que se lo ofreció y que nunca comprendió ninguna de las cláusulas contenidas en dichos contratos, habiendo actuado en todo momento convencido de que lo contratado fue un seguro que le cubría la subida del tipo de interés sin ningún riesgo para él, esto es, sin obligación de atender al pago de ninguna cantidad a BANKINTER.

De antemano hemos de decir que realmente cuesta creer que en los tiempos actuales un profesional dedicado a la actividad empresarial (por modesta que sea) actúe convencido de que va a formalizar un contrato con una entidad financiera en virtud del cual sólo existirán beneficios para él y ningún riesgo por su parte a cambio. Independientemente de que ello fuera verdad, lo cual desconocemos a la vista de la prueba practicada ya que ambas partes contratantes mantienen



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

examinada, D^a A , además de haber llegado a la empresa-cliente en el momento en que ya se encontraba vigente el último CLIP concertado, no intervino en ninguna de las negociaciones ya efectuadas y afirmó desconocer cómo se produjeron, salvo en el concreto extremo de que efectivamente, tal y como afirmó D^a I , se llevaron a cabo directamente entre esta y D. C , en la sede de la empresa de este último. Afirmó la empleada no haber mantenido ninguna conversación con su jefe en relación con los CLIPS y remitirle a éste toda la documentación recibida en la empresa a cerca de los mismos, sin recibir comentario alguno por su parte.

Resulta así que no contamos con ningún testigo que pueda arrojar luz acerca de los extremos discutidos y sin que, por otro lado, los emails invocados por la demandada como prueba de haber cumplido su referida obligación de información, consistentes, uno (doc num. 15 aportado con la contestación a la demanda) en la presentación comercial del CLIP 67.3, y otro (doc.num.20) en el documento de actualización de un clip remitido a D^a A en fecha de 9/10/2007, puedan ser considerados como prueba suficiente a los fines pretendidos por cuanto, además de no referirse a todas las permutas financieras suscritas, ni parecer ser documentos completos en los que se refieran todas las características esenciales de los productos contratados, desconocemos si realmente fueron comprendidos por D. C , al que ni siquiera se dirigió personalmente el segundo de ellos y quien negó conocer la existencia de dichos correos.

Visto lo anterior, existen serias dudas acerca de si la representante del Banco prestador del producto se cercioró, como debía en virtud de la normativa aplicable, de si el demandante leyó y entendió todo lo que contenían los documentos a firmar, de si le puso ejemplos suficientes, y de si en definitiva, D. C fue consciente antes de comprometerse contractualmente de todas las características esenciales de los contratos, y en particular, de los concretos extremos "de alto riesgo" consistentes en que las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato podrían ser negativas y que en caso de cancelación anticipada se generarían pérdidas que podrían ser importantes, tanto mayores cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, así como el modo en que se calculará el coste en dichas situaciones.

Consecuentemente, en virtud de las reglas de la carga de la prueba aplicables, al no haber probado la demandada el cumplimiento de su obligación informativa, procede desestimar su pretensión y estimar así la de la parte actora al



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

considerar el error supuestamente padecido por ella excusable y capaz de invalidar su consentimiento, en base a la falta de información suficiente, precisa, concreta y adecuada por parte de la entidad financiera demandada y, de conformidad con los arts. 1.300 y siguientes del Código Civil, se declara la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros referidos en el escrito de demanda, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes con sus intereses legales.

QUINTO.- El art 394 de la LEC dispone que las costas causadas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, y consecuentemente con la estimación de la demanda principal, se imponen las costas procesales causadas a la parte demandada.

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de "V S.L" contra "BANKINTER, S.A.", y en consecuencia se declara la nulidad de los siguientes contratos de gestión de riesgos financieros: "CLIP ACTUALIZADO BK3", suscrito entre las partes en fecha de 19 de abril de 2006; "CLIP BANKINTER 67.3", suscrito en fecha de 12 de junio de 2006; "CLIP ACTUALIZADO BANKINTER 063.3" suscrito en fecha de 21 de noviembre de 2007, con la consecuente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas y que se pudieren producir hasta la ejecución de la sentencia, más los intereses legales correspondientes.

SE IMPONEN LAS COSTAS causadas a "BANKINTER, S.A."

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días, el cual se preparará ante este Juzgado y del que conocerá la Ilustrísima Audiencia Provincial de Pontevedra, previa acreditación del depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este mismo Juzgado. La falta de correcta consignación supondrá la inadmisión a trámite del recurso. La desestimación o inadmisión del mismo supondrá la pérdida del depósito.

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