

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1  
BILBAO (BIZKAIA)**

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta- C.P. 48001  
TELÉFONO: 94-4016672  
FAX: 94-4016999

N.I.G.: 48.04.2-10/014476  
Sobre: JUICIO ORDINARIO

Procedimiento: Pro.ordinario L2 657/10-

Demandante:  
Procurador: GERMAN APALATEGUI CARASA

Demandado: BANCO GUIPUZCOANO S.A.  
Procurador: PEDRO MARIA SANTIN DIEZ

*José Argarate*

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES  
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

22 NOV 2010

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO  
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

**SENTENCIA Nº**

**JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA GARCIA ORRUÑO**

**Lugar: BILBAO (BIZKAIA)**

**Fecha: once de noviembre de dos mil diez**

N.I.G.: 48.04.2-10/014476  
Pro.ordinario L2 657/10

**Procedimiento:**

**PARTE DEMANDANTE: S.A.**  
**Abogado: JOSE MANUEL ARGARATE ORTIZ**  
**Procurador: GERMAN APALATEGUI CARASA**

**PARTE DEMANDADA BANCO GUIPUZCOANO S.A.**  
**Abogado: JOSE MARIA APESTEGUIA LOPERENA**  
**Procurador: PEDRO MARIA SANTIN DIEZ**

**OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por el procurador Sr. Apalategui en nombre y representación de S.A. se presentó demanda de juicio ordinario que, por turno de reparto, correspondió diligenciar a este Juzgado, aduciendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y necesarios en apoyo de su demanda, y suplicando al Juzgado que se dictase sentencia con los pedimentos del suplico.

**SEGUNDO.-** Que admitida a trámite la demanda se practicó el emplazamiento del demandado BANCO GUIPUZCOANO S.A.

Por el procuradora Sr. Santin y dentro del plazo concedido al efecto, se presentó escrito de contestación.

Llegados el día y hora que venían señalados para

Germán Apalategui<sup>-1-</sup>  
PROCURADOR  
C/ Elcano, 20  
Tlf: 94 443 10 93  
48008 BILBAO

la audiencia previa, se llevo a cabo la misma en la forma que es de ver en autos.

Una vez determinado lo atinente a propósito de la bondad o no de los medios probatorios que vinieron propuestos, se señaló el día y hora correspondientes para la celebración del juicio, quedando citadas las partes en dicho acto.

**TERCERO.-** Llegados el día y hora que venían señalados para el acto de juicio, se llevó a cabo el mismo con la práctica de la prueba en su día propuesta. Una vez verificado lo anterior, se concedió la palabra a las partes, por su sucesivo orden, en orden a que evacuaran las correspondientes conclusiones, y una vez verificado lo anterior, quedaron los autos sobre la mesa del proveyente a fin de dictarse la resolución oportuna.

**CUARTO.-** Que en la sustanciación de los presentes autos, se estima que se han cumplido las formalidades legales de aplicación al caso.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- de las acciones**

En el presente procedimiento la parte actora insta la nulidad del contrato que denomina Contrato SWAP DE INFLACIÓN, con número de operación 00002456 de 17 de marzo de 2008 y fecha de inicio 1 de abril de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2013 y ello en base a dos razones, primeramente por falta de facultades suficientes de quien suscribe el contrato del producto financiero y subsidiariamente por error en la prestación del consentimiento ya que la información suministrada es insuficiente, inadecuada e imprecisa. Asimismo y al hilo de la primera petición de nulidad solicita también la nulidad de las liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud del referido contrato así como la nulidad de cualquier cancelación anticipada que se obligue a efectuar al actor, con el abono de las cantidades que a la fecha de juicio ascienden a 7.717,35 euros.

La parte demandada se opone ala reclamación formulada de adverso por cuanto que considera que la Sra. , era la representante legal de la entidad actora y podía, como hizo suscribir el contrato objeto de cuestionamiento. Asimismo y en base a la propia documentación presentada por la actora alude a que era plenamente conocedora del contrato que firmaba, que la información que se le suministró era correcta, veraz y precisa para conformar su voluntad y resulta que en el test MIFID reflejaba un perfil de inversor muy dinámico.

No se cuestiona que la Sra. suscribiese el contrato cuya nulidad se pretende ni que fuese el Sr. Somoza, empleado del banco quien acudiese a los locales de la empresa actora a fin de ofertar diversos productos y que recomendase habida cuenta de la existencia de diversos préstamos la suscripción del presente contrato para paliar los efectos de la subida de inflación en el aumento de las cuotas a pagar con motivo de los préstamos suscritos.

#### SEGUNDO.- de la representación.

Por lo que respecta al primero de los motivos de nulidad consistente en falta de poder suficiente de la Sra. para firmar el contrato objeto de autos la parte demandante señala que la apoderada carecía de facultades para poder comprar títulos valores, acciones, productos financieros limitándose sus facultades a las expresamente previstas en el poder dado por el representante legal de la actora en fecha 20 de diciembre de 2000 y que en el apartado de facultades, no refleja la posibilidad de suscribir un producto financiero como es el de autos (documento nº 2 de la demanda). Si analizamos someramente el contrato denominado SWAP DE INFLACIÓN y titulado CONFIRMACIÓN DE COBERTURA DE INFLACIÓN (documento nº 3 de la demanda) llegamos a la siguiente conclusión: El banco por medio de las afirmaciones vertidas por el director de la sucursal Sr. Somoza, por lo dicho por el letrado en el acto del juicio, y por lo que se desprende del análisis del contrato y sus cláusulas evidencian que el contrato firmado es de un producto distinto de un seguro de tipos y por tanto no incluido dentro de las facultades conferidas por la sociedad a la firmante ya que en realidad se trata de una especie de permuta financiera o SWAP, respecto de la cual no consta pago alguno de la prima, propia de un contrato de seguro y sí por el contrario una cierta cobertura en casos de subida de los tipos y en forma de ingreso que sirve de compensación al incremento de cuota.

Sin embargo el dato de que la administradora se haya excedido en su actuación de las posibilidades que el poder le confiere no conlleva que se declare la nulidad de dicho contrato y ello en la medida en que reconoce en su interrogatorio que es la gerente de la empresa que suscribió el contrato y que lo entregó al contable y en moda alguno acredita que su actuación no fuese aprobada por el consejo de administración y que el banco conociese que como tal gerente no estaba autorizada a suscribir tal tipo de contratos cuando era la interlocutora en todas y cada una de las relaciones existentes y que según reconoce han dado lugar a la firma de diversos contratos de préstamos. Además ella misma y el testigo, contable de la empresa Sra. reseñan que comunicada la liquidación del banco se firmaron dos préstamos con la misma entidad para abonar dicho importe.

El banco demandada ostenta la cualidad de tercero respecto de la sociedad actora, de forma que, salvo que conociera la insuficiencia del poder de quien es gerente y además con representación no mancomunada en tal fecha no podían afectarle los pactos o convenios suscritos entre los administradores de la entidad actora con relación a la gerente y administradora Sra. y ello por no ser ello habitual, en base a los principios de seguridad del tráfico y de buena fe.

Por último el artículo 286 del Código de Comercio, en el que se trata la figura del factor de establecimiento o empresa mercantil comercial cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, establece que se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad los contratos celebrados por aquél, siempre que éstos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento.

Por tanto el primer motivo de nulidad no prospera.

**TERCERO.-** de la naturaleza del contrato.

Se peticiona de forma subsidiaria la nulidad del contrato suscrito en base a un error en el consentimiento por una información parcial, insuficiente y errónea a la demandante que conllevó que se aceptase el producto financiero ofrecido.

En relación con esta afirmación y al amparo de lo establecido en el artículo 217 de la LEC hay que analizar la prueba practicada resultando imprescindible la lectura tanto del denominado por el banco o titulado CONFIRMACIÓN DE COBERTURA DE INFLACIÓN, el contrato marco para cobertura de operaciones financieras, el MIFID, la testifical del empleado de Banco que ofertó el producto debatido y las propias afirmaciones contenidas en el relato de hechos de la contestación.

Esto último resulta importante por cuanto que el banco a través de su dirección letrada se refiere al producto financiero como " un seguro frente a la inflación" "devenga una prima", " como todo seguro" (hecho II) "para el que se aseguró", " el SWAP de inflación es un seguro contra la inflación" (hecho primero y segundo). Sin embargo y con independencia de cómo se llame ha quedado acreditado que no se trata de un seguro y ello por cuanto que el propio letrado en el acto de la vista ha aludido a que no se suscribió un contrato de seguro de interés y ahora se dice, entre otros por el Sr. Somoza (que reconoce en su testifical ser el gestor de la actora y director de la sucursal de Banco Guipuzkoano con la que trabaja la demandante) que hay una

operación que es la de seguro de interés pero la firmada entre las partes no es esta sino que opera como una cobertura de inflación.

Del análisis del contrato suscrito se desprende que pese a llevar como denominación y descripción la de "cobertura de inflación" no es un contrato de seguro. Conviene distinguir a fin de ser lo más precisos posibles el producto vendido del llamado Seguro de Tipos. Un seguro de tipos conlleva que a cambio del pago de una prima el cliente bancario obtiene de la entidad una protección frente a una posible subida de tipos, de tal manera que si el tipo de interés sube el cliente cuanta con una especie de techo por el cual queda cubierto de tal riesgo de subida y con ello del incremento de sus cuotas, sin embargo y al ser un contrato de seguro de tipos en el caso de que se produzca una bajada el cliente no se verá afectado ya que el riesgo es la subida del tipo y producida la misma se cubre. Sin embargo del contrato suscrito se advierte que no existe pago de prima alguna, propio de un contrato de seguro y que si los tipos suben va apercibir una cantidad que sirva para compensar el incremento de las cuotas, pero a su vez tiene que afrontar el riesgo de una bajada que supone una clara liquidación negativa. Por tanto estamos no ante un seguro para el hipotético caso de que los tipos suban sino ante un producto de riesgo que requiere que quien lo suscriba conozca que no se trata de un seguro sino de un producto aunado a una rentabilidad o expectativa de ella y por tanto a un claro riesgo.

Dicho esto es de ver que la operativa del producto no tiene porque ser tildada de abusiva ya que no deja de ser una operación especulativa más de las que hay en el mercado financiero actual y tampoco puede hablarse de desequilibrio cuando el resultado de las liquidaciones depende del comportamiento de un índice no controlado por ninguno de los contratantes, de modo que pueden resultar liquidaciones positivas o negativas.

#### CUARTO.- De la información.

Otra cosa será el tema de la información que nos aboca a la posibilidad de estar en presencia de vicios del consentimiento y por tanto de error o dolo. Pero ni siquiera esto es una cuestión sencilla ya que en relación con un consumidor podrá ser más fácil acreditar los defectos de información si tenemos en cuenta que será un cliente no profesional o minorista en nomenclatura de la LMV y sin embargo una empresa con un determinado volumen de negocio o que manifieste que es profesional en el test de conveniencia o MIFID, se convierte o adquiere la condición de profesional a los efectos de contratar este tipo de productos y en este caso la prueba sobre el error podrá complicarse. No obstante la carga de la prueba de una adecuada información le incumbe

al banco sin que necesariamente tenga que operar presunción relativa a conocer el producto y estar bien informado y ello aun cuando contemos con el llamado contrato marco para cobertura de operaciones financieras que habrá en su caso de ser un documento relativo a ese producto concreto y no un documento general como los que se está obligando a firmar a todos los clientes.

Con independencia de a quién le incumba la prueba de ese error, será esencial la declaración del director de la sucursal (SR. Somoza).

La parte demandante afirma que convinieron el contrato en la creencia de que lo que se ofrecía era un seguro destinado a cubrir el riesgo de una subida de los tipos de interés que afectarían al resto de préstamos que tenían con la misma entidad. El SR. Somoza en su testifical alude reiteradamente a que lo pretendido era cubrirse de la subida de la inflación y por tanto que informó de que la operación era una cobertura de inflación. Alude además en su testifical que el producto era un seguro de inflación preguntado sobre la fórmula que se contiene en el contrato tras tratar de explicarla acaba reconociendo que era complicada. Por último no puede por menos que reconocer que la fórmula de cancelación en ningún momento fue objeto de explicación ni el coste de esta.

Además del examen del contrato se infiere que la BASE a tener en cuenta ACT/ACT no es objeto de explicación ni aclaración (nomenclatura de las entidades financieras para la base de cálculo y que implica que todos los meses se computan por los días reales que tienen y los años por los días reales que tienen). Y todo esto resulta importante para conocer las implicaciones económicas y los riesgos que de por sí entraña el producto. Es más y desde una perspectiva del lenguaje resulta equívoco la propia denominación del producto, en negrita "**COBERTURA DE INFLACIÓN**". La RAE define la cobertura como "Acción de cubrirse (prevenirse de una responsabilidad)" y cubrirse lo define como "Prevenirse, protegerse de cualquier responsabilidad, riesgo o perjuicio" con lo cual resulta obvio que la nomenclatura expresa el sentir de protegerse de el riesgo de la subida de los tipos que implica una subida de las cuotas de los préstamos contratados. En cuanto al término SEGURO, al que se alude por el director de la sucursal y por el propio banco para definir la naturaleza de contrato. La RAE lo define como "Contrato por el que alguien se obliga mediante el cobro de una prima a indemnizar el daño producido a otra persona, o a satisfacerle un capital, una renta u otras prestaciones convenidas." Por tanto la esencia para que opere un seguro es que se produzca un daño y el daño deviene de la subida de la inflación y es frente a esto por lo que la actora ha suscrito el contrato, si bien examinado detenidamente el documento, y sin ni siquiera entrar en la fórmula o en la

base ACT/ACT se advierte que lo contratado no va a operar como una cobertura ante un daño sino que existe exclusivamente cobertura si la inflación sube y si baja ha de afrontar un riesgo, sin que por otra parte haya una equivalencia de las condiciones por cuanto que el banco en cualquier momento puede desistir del contrato mientras que el cliente no tiene la facultad de cancelación anticipada y sólo en caso de acceder el banco y con los costes resultantes, siendo además el agente de cálculo el propio banco. El Sr Somoza ha aludido en su declaración que cuando la actora pidió la cancelación el coste de la misma era de aproximadamente 21.000 euros. Además el contrato marco es de carácter genérico y no exclusivo para esta operación.

También hemos de tener muy en cuenta que nos encontramos ante un contrato de adhesión con condiciones generales unilateralmente redactadas por la entidad bancaria y que no admiten ni modificaciones ni matices del contratante.

En el caso de autos y de los datos obrantes y acreditados se ha desprendido que en la fase precontractual no se ha suministrado una información lo suficientemente clara y precisa para que se entienda el producto o servicio que se contrata, es más se explica de forma errónea que su mecánica es la de un contrato de seguro de tipo. En fase ya contractual, quien redacta el contrato, no olvidemos de adhesión y con condiciones generales, no respeta las exigencias de claridad y sencillez ( fórmula y base ACT/ACT) ni el justo equilibrio y reciprocidad, por cuanto que permite un desistimiento unilateral del banco y no del cliente y establece una imposibilidad de cancelación anticipada del cliente, salvo aceptación del banco y previo abono de los gastos cuyo cálculo o mecanismo de concreción no establece y se reserva además la cualidad de agente de cálculo. Por último tampoco establece los mecanismos de protección y reclamación claros y precisos. Es más en este supuesto no se informe de forma adecuada a la parte actora ni se le explican las consecuencias del producto ni siquiera que es un producto que entraña riesgo y no cobertura. Además es de advertir que ni si quiera el director de la sucursal explica de forma clara y veraz el producto quizá porque él mismo no conoce las consecuencias de este. El Sr. Somoza alude a que si sube la inflación el costo de la actividad de la empresa actora es superior y para eso funciona el contrato y que si bajan cuando tiene que abonar las liquidaciones lo que hace ese importe es compensar el menor costo que supone la actividad empresarial al ser menor la inflación con lo que parece dar a entender que la actora siempre estará en la misma situación suba o no la inflación y repercuta o no en las cuotas de los prestamos que tiene.

Por tanto la operativa de este producto (en su funcionamiento básico u ordinario) no es abusiva ya que se

trata de una operaci6n especulativa similar a los futuros o las opciones. No puede hablarse de desequilibrio cuando el resultado de las liquidaciones depende del comportamiento de un 6ndice no controlado por ninguno de los contratantes, de modo que pueden resultar liquidaciones positivas o negativas pero s6 de que la informaci6n para suscribir el contrato no ha sido adecuada y por tanto que opera el art6culo 1266 del CC ya que hay un error o vicio del consentimiento de relevancia suficiente como para declarar inexistente uno de los elementos que conforman el contrato.

Por 6ltimo mencionar la resoluci6n de nuestra Audiencia Provincial secci6n cuarta. Sentencia de 14 de septiembre de 2010, con gen6ricas remisiones a sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias.

En base a lo razonado y de conformidad con lo establecido en el art6culo 1265 del CC es nulo el consentimiento prestado al mediar error y procede acoger la petici6n de nulidad del contrato n6 00002456 de 17 de marzo de 2008 y fecha de inicio 1 de abril de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2013 dejando sin efecto las liquidaciones practicadas y abonadas por la actora, hasta el momento en la suma de 7.717,35 euros m6s sus intereses as6 como las sucesivas liquidaciones que se practiquen y los gastos de cualquier cancelaci6n.

#### QUINTO.- De las costas.

En el presente supuesto es de aplicaci6n el art6culo 394 de la LEC pero en el presente caso no procede la imposici6n de costas a la parte demandada y ello en la medida en que existen dudas significativas en la decisi6n adoptada por el juzgador dado que no estamos en presencia de un consumidor y el MIFID tiene un resultado de muy dinámico. Ello ha suscitado dudas en el juzgador en relaci6n con el nivel de compresi6n del contrato.

Vistos los art6culos citados y dem6s de general y pertinente aplicaci6n, pronuncio el siguiente

#### F A L L O

Estimar la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apalategui Carasa, en nombre y representaci6n de S.A. contra BANCO GUIPUZCOANO S.A. y declarar la nulidad del contrato denomina SWAP DE INFLACI6N, con n6mero de operaci6n 00002456 de 17 de marzo de 2008 y fecha de inicio 1 de abril de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2013, la devoluci6n de las liquidaciones practicadas o que se practiquen y abonadas



hasta la actualidad por importe de 7.717,35 euros Sin imposición de costas.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 4705, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita

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

**PUBLICACION.-** Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.