

Juzgado de Primera Instancia N° 2
c/ San Roque, 4 -
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848 42 42 41
Fax 848 42 42 84

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO
N° Procedimiento: 0000208/2011

NIG: 3120142120110001014
Materia: Reclamación de cantidad
Resolución: Sentencia 000083/2011

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviente: [REDACTED] S.A.
BANKINTER S.A.

Procurador:
JUANA Mª LAITA MERINO
JOAQUÍN TABERNA CARVAJAL

SENTENCIA N° 83-D/11

En Pamplona/Iruña, a 15 de abril de 2011.

Vistos por el Ilmo./a D./Dña J. MIGUEL IRIARTE BARBERENA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 0000208/2011, seguidos ante este Juzgado a instancia de D./Dña. [REDACTED] S.A., representado/a por el Procurador D./Dña JUANA Mª LAITA MERINO y asistido/a por el Letrado D./Dña ANAHI GOMEZ DE CIA, contra D./Dña. BANKINTER S.A. representado/a por el Procurador JOAQUÍN TABERNA CARVAJAL y el reclamación de defendido/a por el Letrado D. JORGE CARAMES, sobre cantidad

JUANA Mª LAITA MERINO
SECRETARÍA
Mesa de Audiencia
30001 PAMPLONA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en base a que Elías [REDACTED], empleado del Banco acudió en varias ocasiones al concesionario para hablar con la persona de Fermín [REDACTED] encargado de colocar puntas de tesorería mediante depósitos con intereses a tipo fijo y de contratar líneas de crédito, nunca contratos complejos ni complicados. Pues bien, Elías ofreció a Fermín [REDACTED] ampliar las líneas de descuento para varios concesionarios, y para ello le dijo que sería muy interesante la firma de un contrato de aseguramiento de tipos de interés.

Adjuntamos como doc 1 folleto informativo del Clip Bankinter Extra 08-2 que fue con el que acudió Elías al concesionario y con el que explicó las liquidaciones y los movimientos, donde se comprueba que en las explicaciones solo expuso el caso que favorecía al cliente y nunca ocurriría en caso contrario. También adjuntamos como doc 2 la ampliación de las líneas de descuento y como doc 3 el contrato de condiciones particulares y generales del contrato de gestión de riesgos financieros Clip Bankinter Flexiplus 6 firmados en mayo de 2008 para inicio del contrato el 4 de junio de 2008.

La empresa [REDACTED] no tenía ninguna necesidad de asegurar los riesgos financieros. puesto que como se puede comprobar,

COLEGIO DE ABOGADOS
DE PAMPLONA
20 ABR. 2011
NOTIFICADO

la línea de descuento se ha usado en pocas ocasiones y prácticamente no ha estado en ningún momento en descubierto, esto es ampliamente conocido por los gestores de Bankinter por su propia experiencia en la cuenta que les afecta y por las conversaciones mantenidas en multitud de ocasiones para el ofrecimiento de productos que rentabilicen puntas de tesorería, además queda demostrado con la pericial que presentamos como documento nº 4. Pero Elías [REDACTED] insistió en que el producto no tenía ningún coste para la empresa y que se tenía total libertad para la cancelación del mismo en las fechas establecidas para ello y sin coste alguno para la empresa. Ante la pregunta de Fermín de: ¿qué ganaba el banco con este producto entonces?, Elías [REDACTED] le comentó que era un producto que solo ofrecían a sus mejores clientes y que lo que pretendían era fidelizar a los mismos. Fermín [REDACTED] le comunicó a Elías que no comprendía como funcionaba el producto y Elías le indicó que no se preocupara porque era un producto tan ventajoso que total si no le convencía podía cancelarlo sin coste alguno, así que era mejor que viera como funcionaba sobre la marcha.

Como consecuencia de la aplicación de un contrato no consentido, mi cliente ha debido pagar de modo injusto o si se quiere, improcedente, la cantidad de 39.240,93 euros que deben ser devueltos al actor, adjuntamos como doc nº 5 las liquidaciones que han supuesto un perjuicio a mi cliente de 39.240,93 euros.

Tras observar la anotación en cuenta de unos movimientos de la empresa [REDACTED] (contrato que se firmó en las mismas fechas que el de [REDACTED]) que pese a ser beneficiosos para mi cliente éste no comprende, el 4/09/2008 reclama al banco mediante un correo electrónico solicitando información sobre la causa de dichos movimientos (doc 6), es decir desglose del origen del abono, conocer cual es su cálculo capital, oscilación del interés, media del mismo para ese plazo, etc., ya que en el documento de abono no están indicadas estas informaciones o si lo están no lo son de una forma clara. Tras varios meses sin que se le pudiera dar una explicación razonable, el 1 de diciembre de 2008 envía un correo electrónico que adjuntamos como doc 7 a Elías en el que se indica al banco, que pese a haber recibido una única liquidación favorable a los intereses de mi cliente, es decir positiva para el concesionario, al no comprender cómo se ha realizado el cálculo de la liquidación y no haber recibido las oportunas explicaciones del Banco, hace uso de la facultad de cancelación que le indicó Elías que tenía y que por lo tanto cancela los productos contratados de la actora y de otros concesionarios más. Al día siguiente 2 de diciembre, Elías le llama por teléfono y le indica que eso tiene un coste de 18.000 euros por concesionario, ante la desproporción de lo hablado en las gestiones comerciales, lo escrito en el folleto explicativo y los contratos, Fermín [REDACTED] le vuelve a enviar otro correo electrónico que adjuntamos como doc 8 por el que se indica claramente que el producto lo ofreció Bankinter a los concesionarios y que éstos no lo solicitaron en ningún momento y que también se indicó que existían unas ventanas en las que se podía cancelar el producto sin coste alguno y que lo único que se estaba haciendo es hacer uso de la facultad que el

propio Banco indicó que existía, es decir cancelar el producto sin coste alguno

No se consigue obtener satisfacción a lo requerido en ninguno de sus aspectos.

Comprendamos la perplejidad de mi cliente cuando en las propias condiciones particulares se puede comprobar como mi cliente no activa la casilla de declarar conocer las características del producto y conocer el riesgo que asume con la contratación, y Bankinter entiende que no es necesario tener este conocimiento para que el producto se contrate, lo único que declara mi cliente es tener experiencias en la contratación de productos de similares características en los últimos años, pero esto es debido a como consecuencia de la visita de Elías al concesionario, contrató en las mismas fechas prácticamente el mismo producto para varios concesionarios. Como se puede comprobar mi cliente se fía de las declaraciones de Elías que le indica que el producto solo tiene ventajas para el cliente y que lo puede cancelar en cualquiera de las ventanas abiertas para ello sin coste alguno.

Tras estar en negociaciones con el Banco para solucionar el problema, y sin poder llegar a una solución dado que el Banco sigue haciendo las anotaciones en la cuenta de mi cliente correspondientes al Clip Bankinter, sin que haya cancelado el producto tal y como le indicó mi cliente, con fecha 21- 10-2009, se envía una queja a Bankinter con el número de referencia 1261251 que adjuntamos como documento nº9.

Dado que a fecha del día de hoy seguimos sin solucionar el problema nos vemos en la necesidad de acudir a los tribunales.

Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba pertinentes y termina suplicando al Juzgado

1. Admitido este escrito, tenerme por parte en representación de [REDACTED] S.A, a mérito del testimonio de poder adjunto, que después de dejar de él testimonio en los autos pido me sea devuelto por ser general y precisarlo para otros usos.

2. Tener por presentada demanda ordinaria de nulidad de contrato por vicio en el consentimiento, contra el Banco Bankinter de Cizur, Etxesakan, 5 Edificio Bidekoa Oficina P3.

3. Admitida que sea esta demanda, se dé traslado de la misma a la demandada en el domicilio denunciado y con las copias simples que se acompañan, emplazándola para que comparezca y la conteste en el plazo que se le otorgue, bajo apercibimiento de ley, y que se prosiga con el procedimiento según su estado.

4. En el momento de dictar sentencia se estime las pretensiones de mi parte en todos sus términos, declarando la nulidad del contrato por falta de consentimiento 1261 Cc o vicio del consentimiento del artículo 1265

Cc, condenando a la demandada a devolver la cantidad de 39.240,93 euros en concepto de capital retenido sin derecho, más intereses, mi cliente no conocía las consecuencias del mismo, ni los costes de cancelación anticipada que dicho contrato podía ocasionar, ni tan siquiera como se podían calcular los gastos de cancelación anticipada de dicho contrato.

5. Que subsidiariamente (y dado que según el contrato firmado por mi cliente en las condiciones particulares se indica que Bankinter puede resolver el contrato sin ninguna penalización, sin embargo si el cliente solicita cancelación anticipada Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir), solicitarnos que dicha cláusula se considere nula al ser totalmente abusiva y no ser recíproca, y que se considere cancelado en la ventana del 1 de diciembre de 2008 tal y como lo solicitó mi cliente al Banco y este hizo caso omiso, y se **retrotraigan** los movimientos a dicha fecha sin penalización alguna por la cancelación. Además existen más cláusulas abusivas nada **recíprocas** como la cláusula novena de las condiciones generales que indica que los derechos y obligaciones así como la posición contractual del cliente no podrán ser cedidas o transferidas a un tercero sin el previo consentimiento escrito del Banco. El Banco podrá ceder a un tercero su posición contractual en el presente Contrato, sin que sea necesario el previo consentimiento del Cliente o la comunicación a este siempre que esta cesión no suponga menoscabo alguno de la posición contractual del cliente.

6. Con costas.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciese en autos asistida de Abogado y Procurador contestara aquella, lo cuál verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, contesta y se opone a la demanda, exponiendo los motivos de oposición de BANKINTER

BANKINTER se opone a la demanda formulada por [REDACTED] sosteniendo que la realidad de los hechos debe llevar a la desestimación de la demanda. Así:

(I) La información precontractual fue completa, clara y suficiente para que la actora entendiese el producto, su mecánica, sus características y su naturaleza. Cuando [REDACTED] prestó su consentimiento lo hizo válidamente y con consciencia del negocio que **suscribía**. Y ello porque:

> Le fue ofrecida, tanto verbalmente como por escrito, toda la información relevante para el entendimiento del producto y sus eventualidades.

> Lo que llevó a [REDACTED] a contratar el **CLIP** no fue la pretendida falta de información sobre el producto, sino su ánimo de estabilizar sus

costes financieros, finalidad para la que estaba **diseñado** el CLIP, por lo que decidió suscribirlo.

(II) El contrato es perfectamente claro en **él** se describe la finalidad, mecánica, condiciones y forma en la que se desarrollará el negocio, sin que, con su sola lectura, se pueda sostener que no se indica con claridad la posibilidad de que las liquidaciones sean negativas ni que no se advierta de la existencia de un coste de **cancelación** anticipada.

Por lo que se refiere a la fundamentación jurídica de la demanda, los incumplimientos legales que la actora entiende producidos no son tales. Así:

> No existe error (la actora sabía qué contrataba). Incluso, en el hipotético caso de existir error éste sería inexcusable (vencible con una mínima diligencia) y habría sido convalidado por los actos propios de la actora.

> No hay vulneración de la normativa citada las normas que se citan como infringidas no son normas imperativas de cuyo incumplimiento se pueda derivar la nulidad del contrato; además, tales normas no son de aplicación por no estar comprendido dentro de su ámbito de aplicación el supuesto aquí enjuiciado; habiendo cumplido escrupulosamente **BANKINTER** con las obligaciones establecidas en la normativa de aplicación.

Por lo que a la pretensión subsidiaria se refiere, baste indicar que la cláusula relativa a la cancelación anticipada no es oscura, ni abusiva (por lo que, en modo alguno puede predicarse su nulidad), y que **[REDACTED]** como ella misma indica, no es consumidor.

En todo caso. ha de atenderse la intrascendencia de esta cuestión por cuanto que, como se verá (y la actora omite deliberadamente en su demanda) el **CLIP** ha vencido por el transcurso de su período de vigencia.

En el escrito de contestación a la demanda se hace una genérica descripción del contrato de gestión de riesgos, Swap o Clip, finalidad y descripción del contrato. Asimismo se explica la naturaleza jurídica y finalidad del Clip o contrato de Gestión e Riesgos Financieros, las características del Clip.

En el hecho **TERCERO** se indica la claridad de la cláusula de cancelación anticipada.

En el hecho **CUARTO** se indica el proceso de contratación del Clip; sobre la información previa.

En el hecho **QUINTO** se indica la ejecución y desarrollo contractual: liquidaciones practicadas y confirmación del negocio.

Invocaba los Fundamentos de Derecho que estimaba pertinentes y termina suplicando al Juzgado dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con absolución de mi mandante e imposición de las costas a la actora.

TERCERO.- Cumplido el trámite de contestación de la demanda se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, para cuyo acto se señaló el día 31 de Marzo de 2011. Al acto comparecieron todas las partes.

Se hace constar que la presente comparecencia queda grabada en soporte apto que recoge la imagen y el sonido.

Se fijan por las partes los hechos controvertidos tras ratificarse en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

La letrada de la demandante impugna el doc que consiste en correo electrónico, doc 27. La letrada de la demandada impugna el doc 9 de la demanda.

Por ambas partes se solicita el recibimiento del juicio a prueba y recibido a tal fin por la parte actora se proponen:

DOCUMENTAL, por unión de los aportados INTERROGATORIO del demandado
TESTIFICAL de SR ELIAS EMPLEADO DE BANKINTER lo presentará la parte demandada por lo que no se solicita su domicilio a la demandante.
- FERMIN [REDACTED] quien comparecerá.

Que el PERITO Sr. FELIPE GOMEZ comparezca al acto del juicio a explicar su informe Y SUBSIDIARIAMENTE como testigo perito SR JOSE LUIS [REDACTED] Calle Gurimendi 13. Y Avda. Zaragoza aportará los demás datos.

Por la parte demandada se proponen:

- Interrogatorio de la parte demandante
- Documental y
- Testifical de Elias [REDACTED]

Por S.S^a se admiten las pruebas propuestas excepto de la demanda doc 34 y siguientes por no tener relación con el pleito.

La letrada de la demandada recurre en reposición la admisión de la documental presentada por la actora en este acto. La parte demandante se opone al recurso. Y tacha al perito Sr. Gómez y respecto a la tacha la letrada de la actora también se opone. Por SS se desestima el recurso.

Por la letrada de la demandada se hace constar la protesta y disconformidad.

Para la celebración del juicio se **señala** el próximo 14 de abril de 2011 a las 12.30 horas

Todo ello con el resultado que obra en autos y en grabación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 4 de Junio de 2008 , según demanda, la demandada ofertó a la Mercantil demandante la contratación de un Clip, facilitando información, información escrita, y explican o describen lo que para la demandante fue la relación precontractual, hecho tercero. En el hecho cuarto se dice "como consecuencia de la aplicación de un contrato no consentido",... de modo "injusto" o si se quiere "improcedente" la CANTIDAD DE **39.240,93 E** que deben ser devueltos a la actora.

Se refiere en el hecho quinto que la demandante pretendió el 1 de diciembre de 2008, ejercitar la facultad contractual de vencimiento anticipado, y que se le contestó que el coste era de 18.000,- **E**.

Que la demandante se fió de las manifestaciones de un empleado de la demandada "que le indica que el producto solo tiene ventajas para el cliente y que lo puede cancelar en cualquiera de las ventanas abiertas para ello sin coste alguno". Hecho sexto in fine.

Se aporta como documento nº 3 el contrato de Clip perfeccionado entre las hoy partes procesales, firmado en las condiciones particulares y generales.

Pretende la demandante se declare la nulidad del contrato por error y subsidiariamente de la estipulación que se refieren en el petitum de demanda.

Se incide en que la demandante no declara conocer las características del producto y del riesgo.

Se alegan los **artículos** 1261, 1265, 1300 CC. y 64 de la Ley del Mercado de Valores.

La demandada se opone y considera que la información precontractual fue completa, clara y suficiente. El contrato es perfectamente claro. No existe error, ni vulneración de normas. Que el objeto del contrato "es la estabilidad de los costes financieros del cliente".

SEGUNDO: Realizada en el Fundamento anterior, la sumaria descripción del objeto del proceso, es de manifestar que sobre objeto análogo existe un precedente, que especialmente por economía se traslitará. Lo que puede dar lugar a alguna pequeña reiteración, que deseamos las partes sepan disculpar.

Aun cuando por la demandante se niega la existencia de consentimiento, y de tomarse ad pedem literae, al ser el consentimiento presupuesto o requisito esencial del contrato, artículo 1261 del Código Civil, el hecho es que, como también se ha dicho, se perfeccionó el contrato es decir se dio una aparente concordancia de voluntades, con consentimiento, objeto y causa, por lo que prima facie concurren todos y cada uno de los requisitos, no solo de existencia, sino de validez, artículos 1091, 1255 para tener el contrato carácter vinculante y obligatorio para los contratantes, pacta sunt servanda.

El criterio al efecto de potenciales vicios en el consentimiento, artículo 1265 y siguientes... es atender a lo existente en el momento de perfeccionarse el contrato, lo que se denominó **genético** y no evaluable desde una perspectiva consecuencialista, del tipo, un decir presunta disconformidad con los resultados de ser conocidos o previstos "no habría dado el consentimiento", evidentemente sin perjuicio de prueba.

Los Swap, Clips, Permutas Financieras, son conocidos y aplicados en múltiples negocios bancarios, desde hace años en el derecho comparado occidental.

Se considera que sin explicitar el significado de dichos negocios, lo hacen múltiples resoluciones, y aquí en si no ha sido materia controvertida, los contratos referidos, digamos de tipo estándar, los comunes de concurrir los requisitos referidos, son válidos y eficaces, y ello porque no existe norma imperativa, que establezca, ni aquí ni en el derecho comparado, en si la nulidad de tales contratos.

En si, pretende denotar norma expresa **y/o** requisito esencial necesario, causalmente relevante de tales contratos, exigible, que vulnere la Ley de tal modo que si no es nulo por Ley, lo podrá ser, de **serlo**, por vicio en el consentimiento.

Desde luego, según se considere el pacta sunt servanda, no es axiologicamente neutro, pero ello no niega la validez y eficacia, desde la perspectiva de la llamada libertad contractual, otra cosa es tal libertad, se de en igual modo en los contratantes, el conflicto de intereses "la reciprocidad" la diferencia con "la cooperación", si tal libertad es atribuible por igual a tales, Anatole France refería la libertad de dormir bajo el puente, si es necesario patrimonio, y como decía un Sr. alemán, para algunos, incluso él, en ocasiones su patrimonio era su hambre...

Los entrecomillados anteriores son para poner de manifiesto que en las relaciones contractuales puedan ser diversas, y distinta la posición de las partes. **Así** una cosa es que se trate de un contrato conmutativo, o que sea un contrato aleatorio. En los conmutativos, en general, salvo

alguna permanencia en algunas normas, del "precio justo", es generalizada la máxima aplicable a las compraventas, tantum valet res quam **vendi potest**, lo que no da lugar a que se predetermine la llamada "equivalencia de prestaciones", es más en determinados negocios, se presume el imput del móvil de lucro, así las mercantiles.

Pues bien lo anterior es diverso de los aleatorios, en las que se prevé un eventual hecho futuro, y en base a su producción o no, se darán unas consecuencias, ejemplo el tomador de un seguro de vida, pague o no total o parcialmente la prima, en todo caso vigente y exigible el contrato, fallece obteniendo la contraprestación, la indemnización, el **beneficiario/a**, ¿ cual es la proporción admisible ?, la que resulta de la póliza.

Sin considerar, posibles variables, incluso **falacias** de composición, es diverso que las partes tengan un interés **común**, que de lugar a cooperación, un interés recíproco en sus prestaciones, un interés contradictorio... y ello esta presente en la realidad social, y en la **Ley**, en las diversas **figuras** contractuales, en las **disposiciones generales**, y según el caso tiene singular relevancia a una pluralidad de efectos... entre otros el de información, una cosa es la información en general a facilitar al otro contratante, que en la realidad social, en general no alcanza a lo que por ejemplo señalaba Cicerón en De Officis, y otra el nivel de información exigible, mediado por la valoración contractual, así de sociedad, de gestión mandato, asesoramiento... con especiales exigencias, entre otras de información. Sin entrar en las potenciales costes de la información, entre los contratantes pueden darse disonancias cognitivas, en este sentido, Arrow, Sen...

Un mismo contratante, puede perfeccionar **heterogéneos** contratos, en que según el caso se exige determinada información **y/o** pueden darse en el dualismo anunciado intereses contradictorios, **y/o** comunes a determinado nivel... atendiendo al contenido de lo dispuesto en el artículo 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, en relación al 63 desde las perspectivas simplemente digamos enunciadas en el artículo 3 del Código Civil, no de lugar a que se considere necesariamente aplicable el artículo 79 bis, no es bastante a los efectos interpretativos, la concordancia según el caso de algún concepto o calificación, a esto último está presente recurrentes concepciones en semántica, semiótica, lingüística.

Ello no significa desconocer lo que algunos autores atribuyen a los bancos, el deber de "asesoramiento fiel", revelando cierta composición/legitimación, no consta se predique de los vendedores de chucherías, u otros, que según el caso comienzan por decir ¿en que puedo ayudarle? Tal tipo de composición, no expresa su contenido, si se asimila o diferencia de la información, y dicho sea de paso la distinción de estos dos conceptos, está continuamente presente, por ejemplo en la práctica de los Juzgados, su exigibilidad, las consecuencias...

En contrato como el que nos ocupa un elemento relevante a los efectos de establecer las bases informativas de los contratantes, es lo que sea inferible del propio contrato, de su contenido, que salvo prueba en contrario, los que lo perfeccionaron, conocieron con anterioridad y dieron su consentimiento. Otros elementos a este nivel también relevantes pueden ser la información previa, oferta, relaciones precontractuales, y las actuaciones posteriores, artículos 1281, 1282 del Código Civil.

En este tipo de contrato, se considera unos potenciales hechos futuros, del futuro, en ocasiones se dice es incierto, que según el caso se construye en el presente, que se tiene o no confianza en el mismo... la composición del futuro puede no ser la misma en los contratantes, otra cosa es que se prevean un decir hechos imposibles, lo que pudiera afectar a la validez del contrato, y decir imposible según el caso viene mediatizado por las bases informativas de las que se parte, de lo que deja constancia la teoría económica, así equilibrio del mercado, teoría neoclásica, ciclos, en ocasiones decir que determinados hechos son imposibles, revela ignorancia, así de los tipos de interés en la historia, significado de intereses entre otros muchos, E. Von Bohn Bawerck... y ya que se mencionan intereses, que puede ser diversos, nominal, real, tasa de interés, largo a corto plazo... a otro nivel pueden ser contradictorios así en el caso lo que es saldo negativo para una parte, tomado el interés de referencia puede prima facie considerarse negativo para una parte, positivo para la otra, como aquí ocurre.

Ni que decir tiene que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, que aquí no concurre presunción alguna, que quien alega un vicio, tiene la carga de su acreditación...

En lo ante expuesto, están presentes dos precomposiciones, la que se infiere de la interpretación de la Ley, considerando Leyes generales y especiales, en relación a la validez o no de un contrato concreto, no lo que es objeto de autos, no una precomposición en el sentido que se considere un potencial resultado "justo" o "correcto" y se interprete la Ley, y valore la prueba en función del mismo, sin interés de parte, esta puede evocar el Lucreciano, abogado defensor de causas, lo que ello puede dar lugar, aquí sin interés propio, lo que insistimos no hace al caso.

En esta materia, es común la utilización de conceptos, que presentan un alto grado, según se considere de indeterminación, "financiero", "transparencia", "concreción", "claridad", "abuso", "mercado", "complejo", "simple"... que según el caso ofrecen un alto nivel de polisemia o anfibología, y tal vez por no haberse seguido puntualmente la cuestión no consta un **corpus** de doctrina sobre el particular y por tanto sería ocioso referir criterios de evaluación, una cosa es que en determinado momento se produzca una decisión de modo que siguiéndose una lógica, así formal, no se alcance una consecuencia necesaria, amen de que los axiomas de los que se parta facticos o jurídicos, puedan por abreviar, existir o no consenso, otra es cuando y en base a que se produce la decisión.

TERCERO: Al banco como entidad capitalista, le es atribuible el móvil en sus actuaciones de obtener beneficio.

Oferta, hace propaganda de un producto existente en el mercado, cuyo atractivo al efecto de obtener clientes, es ante la incertidumbre de los mercados financieros, obtener una estabilidad de costes financieros, en el futuro, en el marco del contrato, dicho en síntesis, lo que se corresponde con el contrato, y con lo que destaca en su contestación, el banco, sin que se haga específica mención, en el interés del banco, los beneficios, que del contrato obtiene, cual si se tratara de un interés único, aquello que es el cliente el que decide... que parece ser en un medio más para legitimar el orden existente.

Ex ante contrato las bases informativo cognitivas sobre la situación del mercado financiero, las expectativas de futuro, sea a ojo de buen cubero o de probabilidades, más o menos fundadas, pueden ser diversas de los contratantes, dicho de otro modo asimétricas, **informativas**, disociaciones cognitivas.

Este contrato, las normas en su caso de regulación, integran un sistema jurídico y es desde este del que se considera deben ser analizados, salvo lo que en su caso tenga justificación ad hoc y potenciales criterios de valoración puedan ser coherencia, consistencia...

La relación jurídica entre las partes, no tiene por objeto la información, cual si se tratara de un contrato de arrendamiento de servicios, tampoco se trata de intereses concordantes, de tipo social o de gestión o administración de valores... el nivel de información en principio, es más bajo que si concurriera obligación específica de ahí la preeminencia a estos efectos del artículo 63 sobre el 79 de la Ley del Mercado de Valores.

La información, se integra por las relaciones precontractuales, y lo que conste en el propio contrato.

En base a la composición e información, el juicio sobre la evolución futura puede ser consistente o no en la valoración del riesgo, desde perspectivas, sistemáticas específicas... realizar o no estudio comparativo de posibilidades alternativas... y en base a la posible predicción tomar la decisión de perfeccionar el contrato, cuyo resultado puede ser o no afortunado, para uno u otro contratante.

Las creencias acerca de las consecuencias de la acción, las motivaciones del acto la representación de un resultado como deseado, da lugar a un consentimiento. Tal potencial representación subjetiva del contrato, puede hacerse o no constar en el contrato, en este sentido Betti, y/o formar parte del arcano de la conciencia. No se trata de valorar atendiendo a criterios por ejemplo de racionalidad instrumental, Max Weber, ya se ha dicho, en más de una ocasión, lo que a determinado nivel también está presente en este autor, que la opción por la causa, la objetividad de los términos del contrato, no es

axiologicamente neutra, amén de ser un elemento esencial de la seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo ha declarado que el error para que invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma, que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error es una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico, que de otro modo no se hubiera celebrado, o se hubiese realizado en condiciones distintas.

Es preciso a su vez que sea excusable, y no lo es cuando puede ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular, y si le es imputable debe soportar las consecuencias.

La apreciación del error en los negocios jurídicos es excepcional, y la carga de la prueba la ostenta quien lo alega.

A los efectos de interpretar el contrato, lo preeminente es el contrato mismo, los actos anteriores pueden ser o no coherentes de cada parte, revelar o no su posición precontractual, que puede ser mantenida o variada... y pari passu los hechos posteriores, artículos 1281 y ss. del Código Civil.

Tanto el artículo 51 del Código de Comercio, como el derogado artículo 1248 del Código Civil, ponen de manifiesto la relatividad de la prueba, testifical, la derogación de este último artículo, se estima no es óbice para la aplicación de su contenido como regla hermenéutica, integrable en la sana crítica, lo que digan los testigos por si no acreditara los hechos, cuando existe documentos salvo que su veracidad sea evidente, lo que en principio no es predicable, si se esta incurso en las generales de la Ley.

El contrato objeto de autos es aleatorio, sus consecuencias dependen de hecho futuro, ajeno a actuación de las partes.

Llama la atención, en términos relativos, los múltiples supuestos de pretensiones de nulidad de este tipo de contratos, y el objeto de justificarlo, de obtener el resultado, se alegan fundamentos heterogéneos, entre ellas, como aquí acontece el error. El error, sin entrar en las dos teorías relevantes, de la declaración y de la voluntad singularmente esta, está basado en un elemento subjetivo, y sin embargo, parece en España, predicarse del contrato en si, no ha sido objeto de controversia el estado en el derecho comparado, y si España es o no diferente... evidentemente sin perjuicio de la justificación en particular, y otras posibles órdenes de justificación expresas o no, en relación a un contrato que deviene lesivo para una parte, en el sentido de mayor onerosidad sin contraprestación en un momento dado efectiva, que si el contrato no existiera, en relación al conflicto de intereses...

Un empleado de la demandada, realiza una oferta de contrato a un asesor e la demandante, asesor que no conocía el producto informándole del mismo. El asesor considera suficiente la información facilitada, e informa favorablemente a la perfección del contrato, lo que se lleva a efecto.

El hecho que en el contrato quedara vacua la casilla/s relativas a declaración de las características del producto, y entender los riesgos que asume, no niega en absoluto que al perfeccionar el contrato, ignorara que deba su consentimiento a un contrato, cuyo contenido conocía, es más la demandante dice conocer la contratación de productos de esta naturaleza.

El que el asesor, "no vea clara una liquidación", no supone ignorancia del mismo del contrato, que el contrato en determinados extremos esenciales, interés de referencia, liquidaciones positivas o negativas... no sea claro... ni que ello fuera ignorado por la Mercantil demandante.

Si tenía sentido o no la contratación del Clip, la respuesta la tuvo el asesor, y especialmente la demandante que perfeccionó el contrato sin entrar en percepciones, sentimiento, política financiera... y no se está en condiciones de establecer, si la conducta de la demandante se corresponde a la lógica, y a que lógica, analítica, formal, simbólica... el hecho es que firmaron el contrato, y no se trata de entrar en el arcano de la conciencia, para conocer, que valor atribuyera a la posibilidad según contrato que el Euribor fuera menor al interés de referencia.

Dicho esto último considerando la pericial, debiéndose añadir que aquí no hay elementos para constatar contrastar, lo que manifiesta en relación al conocimiento del banco de la caída de los tipos de interés, que el banco conociera el crack del dos mil ocho y menos si cabe sus consecuencias neoliberales.

Se estima que no se ha acreditado que la demandante incurriera en error excusable sobre los elementos esenciales, al perfeccionarse el contrato, artículo 1265, 1266, se siga la doctrina que se siga, de la voluntad, de la declaración, sobre la materia existe un relevante corpus jurisprudencial, artículo 1.6 del Código Civil, y del contrato documental, información previa, documental y testigos, y hechos posteriores, las actuaciones posteriores, no evidencian error, sino interés en apartarse del contrato, en principio vía cancelación anticipada, y ahora vía pretensión de error, documental, es obviamente inferible, se estima que en absoluto resultan acreditadas diferencias, la demandante dio su consentimiento validamente, el contrato no es nulo por esta causa.

Tampoco en los términos antes en síntesis interpretados de la Ley, da lugar a que en aplicación de la misma, y de nuevo con cierta reductio, expositiva, se establezca que el contrato sea nulo, y no lo es porque de producirse una bajada del tipo de interés por ser inferior al de referencia, de ello no se beneficie al cliente, y se genere para el saldo negativo. Lo que resulta de la prueba en la vista practicada es que la

demandante fue informada según lo que se estima exigible es este tipo de contratos, en lo que se conoce lo que es común, como se distribuye "el riesgo inherente a la actividad económica", tipo de **referencia/Euribor**, que según el **también** premio Nóbel R. Solow no sería preciso un mercado de credit default **swaps**, (seguros contra el impago de deuda) tan **descomunal**". La cuestionabilidad no supone ni presupone vicio en el contrato.

La pretensión principal de demanda será desestimada.

Las circunstancias de la demandante que en la contestación se alegan, sería susceptibles de ser tomada en consideración a los efectos de la excusabilidad o no del error, error no acreditado, y en todo caso ex abundancia de no **compartirse** lo anterior, inexcusable. A los efectos de la Ley especial **citada**, es que **teniendo** en cuenta los datos que se aportan, no resulta excluida ex artículo 78 bis.

El Real Decreto 21712008 al que se hace mención en demanda, y sobre el que se ha hecho alguna alusión en la vista, implícita en relación a su vigencia, decir que se encontraba en vigor al tiempo de perfeccionarse el contrato, y que desde luego ni en si ni en relación al artículo 1266 citado, da lugar a nulidad del contrato.

CUARTO: Como en ocasiones se dice, distinta suerte debe correr la pretensión subsidiaria y ello por la sencilla razón de que el importe a satisfacer sea según mercado se estima contraviene la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, artículo 80 y **ss.** Y concordantes, única y exclusivamente en lo relativo al precio de cancelación anticipada, veamos.

En las condiciones particulares se dice: "Ventanas de cancelación: El Cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al Cliente una -ventana de cancelación- los días 15 de los meses de junio, septiembre, diciembre y marzo de cada **año** de vigencia del producto, comenzando el 15 de septiembre de 2008 y finalizando el 15 de junio de 2010. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

Y en las generales: "el Cliente podrá cancelar anticipadamente 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 la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente.

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 anticipada haya ocasionado al BANCO y que éste podrá repercutirle.

En la demanda se reconoce la condición de empresario mercantil e la demandante. Es susceptible de distinguirse:

- a) lo que constituye el objeto social de una Mercantil
- b) Actividades realizadas por la Mercantil ajenas a adversos de su objeto
- c) Actividades que comprendidas o no dentro del objeto, son susceptibles de ser instrumentales a los anteriores efectos, a) ó b) y/o que tengan un **carácter** mixto, complejo, difuso, en relación a tales extremos.

La manifestación de demanda, no expresa una autonegación de la demandante de su condición de consumidora. No hay elementos para considerar que el contrato de autos, forma parte en si integrante del objeto social, se estima que la actuación en relación al contrato es ajeno a la actividad de la demandante, relacionada con la **automoción**, y se trata a estos efectos de una consumidora final, ergo se estima aplicable a la misma, artículo 3 el Real Decreto Legislativo 112007 de 16 de Noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

Atendiendo al principio de conservación, **utile per inutile non vitiatur**, la economía del propio contrato, la nulidad de las cláusulas, de las condiciones particulares y generales transliterales, en lo relativo al precio, no niega por si la facultad vinculante para las partes, al arbitrio del cliente, de la cancelación anticipada.

El contrato como tal, según un contenido, no se expresa este vinculado a ningún otro, y rige por tanto el principio **res inter alios acta nec nocet, nec potest**, artículo 1257 del Código Civil, lo que lleva a considerar irrelevante a los presentes efectos el llamado contrato espejo, alegado de la demandada con la Societe Générale, y ello no supone desconocer los diferentes modos que puedan darse por terceros de relación con este tipo de productos, con efectos o no piramidales, las potenciales distintas calificaciones, por agencias, en ocasiones cuestionadas, los hedge funds, los derivados, a los que se ha hecho mención la vista.

No se considera que sean predicables los calificativos antes entrecomillados del "deshacer a precios de mercado la cobertura del producto".

Lo que se considera contraviene no solo las normas antes citadas, también el artículo 1256 del Código Civil, es el "podrá repercutir el precio de mercado".

Un principio, recordamos que los saldos pueden ser positivos o negativos, que el precio del mercado del producto, se considera es público y notorio, singularmente tras el crack de 2008, puede variar, la facultad, "podrá" solo se reconoce, a una parte.

En absoluto es inferible de tal estipulación, que el cliente deba hacer efectivo lo que se estima pudiera ser el coste para el mismo de toda la vida del contrato.

En absoluto, se establece ningún a referencia sea del tipo de fórmula, dicho sea de paso, la aparente neutralidad que se atribuye a la matemática, la aritmética, mediada por la fórmula utilizada no es neutra, y/o por las variables utilizadas y su cuantificación.

En absoluto, se explicita el significado de las "condiciones de mercado" "condiciones existentes en el mercado", no se dice se trate, como en ocasiones acontece "precio de mercado" lo que sin entrar a la mano invisible de A. Smith, oferta y demanda.. se estima constituye un ente metafísico, pero a diferencia de algún filósofo, sin el correspondiente constructo ontológico.

En ocasiones la referencia puede ser al mercado, la cuestión es a cual, ejemplo materias primas, que cotizan en Londres, un determinado día, aquí no se dice de que mercado se trata, y ello es elástico, así Buchanan (se citan autores por abreviar, de fácil acceso, este y dos anteriores premio Nóbel).

No se trata de confundir como decía un poeta español en homenaje a un chileno, valor con precio. Y precios pueden ser distintos, así atendiendo a costos, política de precios, hegemonía o no en el mercado, volumen monetario, precio sombra...

Una cosa es el mercado, y otra el llamado economía de mercado, en palabra de Galbraith capitalismo, del cual se predica su libertad, la libertad es un elemento de las personas, en su caso. Y que ello de lugar a precios diversos, de ser así cuales eran al tiempo que se pretendió la cancelación anticipada, la respuesta es el silencio.

El ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, se presume de buena fe, no se presume perjuicio, y no sería aplicable el artículo 1107, tampoco se pretende.

La total indeterminación se considera el llamado precio de mercado, hueco, vacío..., es que no es objetivable, que el cliente, o un tercero, en este caso a los efectos resolutorios, o en el referido por A. Smith, pudiera contrastarlo.

Cuando la demandante pretende cancelar el contrato, se le refiere una cantidad, aproximadamente 18.000,- € que no se considera son en modo alguno inferibles del contrato, su representante el de Banco en interrogatorio, refiere una fórmula, unilateral de Banco, que de no haberse propuesto tal prueba sería ignorada, no se establece sea la del contrato y desde luego queda aparentemente vacío, se trate de "gastos", "costes" o "perjuicio" conceptos utilizados en el contrato.

Existe el precedente reciente en este Juzgado en materia de seguro con póliza flotante, variable, en que las posibles variables o funciones, eran diversas, a los efectos de determinación, se refería una, pero no como se determinaba, en su caso calculaba el importe de la prima. En la vista los testigos de una parte presentaron ante el Tribunal, una fórmula con el potencial beneficio de la sencillez, y el general conocimiento, y completar, con referencia común en la materia, y ello no se consideró pudiera integrar el contrato.

Las referencias al Euribor son a otros efectos, desde ninguna perspectiva a los efectos de la cancelación, y como ocurría en el Fundamento anterior hay que estar a lo pactado, y al no ser determinable su contenido, principio contra preferentem, artículo 1288 del Código Civil, lo que es imputable a la demandada, de lugar a que al no haberse acreditado no sea exigible cantidad alguna por el ejercicio de la facultad de cancelación, realizadas en su día, de acuerdo con lo pactado, y por tanto a fecha de aquel 1 de Diciembre de 2008, será exigible lo debido según contrato, ninguna, dicho un tanto plásticamente cláusula penal.

Las dos normas citadas antes se consideran de aplicación, no dan lugar a no considerar no incorporado al contrato, ni las condiciones generales en general, ni las de vencimiento anticipado en particular, únicamente lo relativo al potencial coste de la cancelación anticipada.

El otrosí de la demanda, o pedimento quinto, se interpreta, atendiendo al contenido y finalidad, al efecto de establecer la congruencia y la tutela efectiva, y comprenderá las estipulaciones de condiciones generales y particulares transcritas, en lo que queda la determinación de sus consecuencias al arbitrio de una parte, es decir del Banco.

Está latente, a determinado nivel, la naturaleza jurídica del contrato, civil, mercantil... el que no se haya hecho mención a las Leyes 489 y 19 del Fuero Nuevo de Navarra, no supone se ignore su contenido, y lo que dará lugar a resultado diverso, y por cierto el pagos, posteriores a la declaración de cancelación y el aparente silencio, Ley 20 del Fuero Nuevo, en modo alguno supone revocación de la declaración de cancelación.

Las sentencias aportadas, con contestación tienen en común que no son jurisprudencia, artículo 1.6 del Código Civil, y su resultado favorable a una parte, a la que lo presenta, en la Audiencia Previa ya se hizo mención a la existencia de múltiples sentencias en una u otra dirección.

Resoluciones de determinado órgano autónomo, no son doctrina ni jurisprudencia.

De estas documentales, no se realiza mas comentario, puesto que con criterios estrictos, salvaguardando en todo caso el derecho de defensa, presentes en la Audiencia Previa, pudiera no considerarse admisibles.

QUINTO: De conformidad con el artículo 394 L.E.C. procede imponer las costas a la demandada.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora D^a JUANA MARIA LAITA MERINO en nombre y representación de [REDACTED] S.A., contra BANKINTER representada por el Procurador D. JOAQUIN TABERNA CARVAJAL, y debo declarar y declaro la estipulación del contrato, de las condiciones particulares del contrato que dice "Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de estas fechas, y la cancelación anticipada podrá suponer por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado, la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al Cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto, y de las condiciones generales. En este caso el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación y por el nominal contratado por el cliente", son nulas, considerándose cancelado el contrato a fecha 1 de diciembre de 2008, retrotrayéndose los movimientos a dicha fecha sin penalización alguna de la cancelación, y pago de las costas procesales por la demandada.

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

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

Notifíquese y adviértase que contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este órgano Judicial en término de CINCO DÍAS.

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banesto 3153 0000 05 0208 11 0000 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario

de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.