

German Apalategui
Procuradores

BILBAO
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 13
LEHEN AUZIALDIKO 13 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016685
FAX: 94-4016981

N.I.G./IZO: 48.04.2-10/014472

Procedimiento/Prozedura: Pro.ordinario L2 -Prozedura arrunta. 2000ko pzl
635/10 _A -

Ldo. Argarate

SENTENCIA Nº 98/11

JUEZ QUE LA DICTA: Dª PAULA BOIX SAMPEDRO
Lugar: BILBAO (BIZKAIA)
Fecha: dieciséis de mayo de dos mil once

PARTE DEMANDANTE:

S.A.

Abogado: JOSE MANUEL ARGARATE ORTIZ
Procurador: GERMAN APALATEGUI CARASA

PARTE DEMANDADA BANCO GUIPUZCOANO S.A.

Abogado: APESTEGUIA LOPERENA
Procurador: PEDRO MARIA SANTIN DIEZ

OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 4 de mayo de 2010 la demandante referida interpuso demanda contra la ya mencionada demandada, la cual fue admitida a trámite por resolución de fecha 26 de mayo. La demandada contestó a la demanda el 28 de junio.

SEGUNDO. El día 15 de diciembre se celebró el acto de audiencia previa con la asistencia de todas las partes con el resultado que consta en autos. El día 9 de los corrientes tuvo lugar el acto del juicio y tras la práctica de las pruebas se declararon los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestión litigiosa.

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA
23 MAY 2011
BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

La parte actora solicita que se dicte sentencia por la que se declare : " 1. la nulidad del contrato de los llamados de operaciones financieras, CONTRATO SWAP DE INFLACION con el numero de operación 00002457 de fecha 17 de marzo de 2008, fecha de inicio 1 de abril de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2013, por falta de facultades contenidas en la escritura de apoderamiento otorgadas a la representante de la demandante para poder contratar el producto financiero requerido. Subsidiariamente, se declare igualmente la nulidad del contrato referido por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara, todo ello como consecuencia de incumplir los buenos usos y prácticas bancarias a que venía obligada con mi representada al no informar debidamente al legal representante de SA en cuanto a los riesgos inherentes a lo largo de la vida del contrato, así como tampoco respecto de la fórmula y costo de la cancelación anticipada. 2. La nulidad de todas aquéllas liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de dicho contrato, así como la nulidad de cualquier cancelación anticipada que para la finalización del contrato se obligue a efectuar a la demandante, debiendo devolverse las partes las cantidades percibidas o que perciban en el futuro derivadas de la ejecución de dichos contratos y que a la fecha asciende a favor de mi representada a la cantidad de 3.601,43 euros más sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos"

Sobre la nulidad por insuficiencia de poder, se expone en la demanda que el contrato fue firmado por una apoderada, ..., que no tenía poder suficiente para intervenir en nombre de la entidad en negocios o contratos bancarios diferentes a los expresamente indicados en la copia del poder que se adjunta, entre los que no se encuentra la suscripción de títulos valores, acciones, productos financieros o derivados de alto riesgo. Sostiene que el administrador social único una vez recibió noticia de la reserva del referido Swap por parte de su apoderada acordó no contratar el producto y no ratificó esa firma, por lo que el contrato no es válido. Sostiene también que el Banco era conocedor de esta insuficiencia de poder y pese a ello consintió en esa contratación.

Sobre la nulidad por vicio del consentimiento, sostiene que la parte actora creyó que adquiriría un seguro o cobertura frente a la subida de tipos de interés, pero no sabía que existía un riesgo de pérdida patrimonial en el caso de bajadas de los tipos ni tampoco sabía que el producto no podía ser cancelado durante cinco años sin asumir un coste muy elevado. Sostiene que la información recibida por parte del Banco fue totalmente insuficiente y poco clara, llevándole a error en cuanto al producto que contrataba, omitiéndose datos esenciales.

La parte demandada se opone a lo solicitado y alega

que el poder de la firmante era amplísimo, debiendo considerarse incluido dentro de sus facultades la suscripción de este producto. Niega la existencia de error por cuanto la apoderada de la actora contaba con suficiente información, habiéndole entregado un sencillo documento explicativo (aportado con el nº 2 de la contestación) acompañado de las explicaciones y aclaraciones verbales. En todo caso, califica el contrato de sencillo y transparente. Sostiene que la actora ha contratado el producto solicitado, pues queda protegida frente a las subidas de los tipos de interés en cuanto a 70.000 euros de gastos empresariales y a cambio paga una prima fija que en todo caso no supera los 2443 euros

SEGUNDO. Sobre la nulidad por insuficiencia de poder de representación del apoderado contratante.

No se considera necesario en el presente caso entrar a examinar la suficiencia o no del poder de la Sra. para suscribir el contrato que aquí nos ocupa, por cuanto en todo caso esa hipotética insuficiencia se considera salvada por una ratificación tácita a cargo del administrador único la entidad actora. Se considera en este sentido aplicable el Art. 1727 CC que en el ámbito del mandato señala que " el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente".

Consta acreditado que la Sra. firma este contrato junto con otros dos más como apoderada de distintas sociedades mercantiles de las que es administrador único su padre, D. La firma de estos contratos se hace simultáneamente en las oficinas de una de estas empresas, Autotalleres Gil, con la presencia del contable de la misma, señalando que era conocido en la empresa la suscripción de estos contratos. Se indica en la demanda que tras la firma por la apoderada, que solo tenía efecto de reserva y quedaba pendiente de ratificación por el administrador, se acordó no contratar el producto por su complejidad y por no satisfacer los intereses de la empresa. Esta afirmación contenida en el hecho cuarto no solo no está acreditada sino que es además contradictoria con el contenido del hecho quinto, en el que se expone que solo cuando se recibe la primera liquidación negativa un año más tarde se comienza a protestar al Banco, de lo que se deduce que tras la firma del contrato nada se dijo en contra por el administrador. No solo se ha producido esta ratificación tácita por el silencio tras la firma del contrato, sino que incluso se suscribió un contrato de préstamo con el mismo banco para poder hacer frente a esa liquidación negativa (documento nº 5 de la contestación). Este dato se ha reconocido expresamente por la Sra. y por el Sr. , afirmando también que se trata de empresas familiares. De ello se desprende que tanto la suscripción inicial del contrato de Swap de inflación como el posterior préstamo

perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses"

La norma fundamental que debe tenerse en cuenta para valorar la actuación de las partes contratantes es la Ley de Mercado de Valores 24/1.988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2.007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que transpuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas "MIFID" de la UE (Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE).

Sobre la naturaleza del contrato suscrito se han dictado ya múltiples resoluciones en las Audiencias Provinciales que han analizado esta cuestión. Siguiendo una de las más recientes, dictada por la Audiencia provincial de Álava, sección 1º, de 18 de enero de 2011, Ponente D. Edmundo Rodríguez Achútegui (ROJ SAP VI 1/2011) se trata de un contrato en el que: " las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado. Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANESTO, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés. En la doctrina de la Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente. (-) Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros"

La Sala concluye que "esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido

concertado para financiar la liquidación negativa del año 2008-2009 eran actos conocidos y asumidos por el administrador único de la empresa, a la sazón padre de la apoderada, y por tanto ratificó la actuación de ésta mediante su consentimiento tácito a la existencia y vinculación del contrato.

TERCERO. Sobre la nulidad por error en el consentimiento: breve referencia a los requisitos del error invalidante y la naturaleza del contrato swap de inflación.

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 del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina del Tribunal Supremo que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable 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 sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante.

En este sentido, y ya en ámbito de la contratación bancaria, el legislador y la jurisprudencia, conscientes de la posición de debilidad del cliente en tanto se enfrenta generalmente a un contrato de adhesión, son especialmente rigurosos a la hora de valorar la actuación de la entidad bancaria en todas las fases de la contratación. Así expresa la sentencia de la AP de Gerona, sección 1, de 18 de febrero de 2011, ponente D. Fernando Lacaba Sánchez (ROJ SAP GI 1/ 2011): " En la fase precontractual, debe procurarse una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel (el consumidor) entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse

de cierta aleatoriedad"

CUARTO. Sobre la concurrencia de error en la firma del presente contrato.

En el caso que nos ocupa está acreditado que Juan Carlos [redacted], empleado del Banco Guipuzcoano, ofreció a [redacted] la contratación de un producto por el que se aseguraba la cobertura frente a las subidas de tipos de interés para las tres sociedades de las que era apoderada, vinculadas a su familia. Para ello se firma un contrato marco para cobertura de operaciones financieras y un documento de confirmación de cobertura de inflación (documento nº 3 de la demanda). La firma de estos contratos se realizó para las tres sociedades de manera simultánea en las oficinas de la entidad [redacted] SA. Las dos liquidaciones practicadas hasta este momento, 08-09 y 09-10 han resultado con saldo negativo para la entidad actora, con un importe de 1878,31 euros en el primer periodo y 1723,12 euros en el segundo (documento nº 4 y 6 de la demanda)

Este producto fue presentado como un seguro frente a las subidas de tipo de interés que, según se dijo por el representante del Banco, con toda probabilidad por la evolución del mercado en el momento de contratar se iba a producir, protegiendo al cliente frente a subidas superiores a un determinado porcentaje. No se le informó de manera clara de la existencia de un riesgo patrimonial en el caso de que los tipos de interés bajaran respecto de cierto límite y tampoco se le dijo que si cancelaban el producto antes del transcurso de cinco años tendría que pagar un coste que, una vez efectuados los cálculos pertinentes, ascendía a unos 15.000 euros.

Así lo ha manifestado la Sra [redacted] en prueba de interrogatorio y el testigo Sr. [redacted], contable de [redacted]. Niegan que el Sr. [redacted] hiciera entrega de documentación adicional alguna antes de firmar esos contratos, ni que acompañara sus explicaciones verbales del folleto explicativo aportado como documento nº 2 de la contestación. El Sr. [redacted] sostiene una versión totalmente distinta. Sin embargo, sus manifestaciones en juicio ponen de relieve la veracidad de lo manifestado en la demanda. En todo momento se remite a la documentación explicativa aportada con la contestación para justificar la información que dio. Pues bien, en esta documentación falta un dato de singular relevancia y es la existencia de un importante coste por cancelación anticipada. De hecho, en el apartado dedicado a los "inconvenientes" no figura ninguna reseña, cuando es evidente que, si la tendencia del IPC es a la baja desde el inicio del contrato, interesaría al cliente cancelar la operación pero se encontrará con que no puede hacerlo por el enorme coste que ello conlleva, muy superior a las liquidaciones negativas que quiere evitar. En sus aclaraciones al tribunal tampoco ha podido asegurar que

informara sobre la cancelación y su coste, solo recuerda haber dicho que era un producto a cinco años.

En cuanto a la configuración del producto, en el juicio ha negado que lo defendiera como un seguro, manifestando que cree que si quedó claro que era un producto de riesgo. Esta manifestación del testigo contradice incluso la tesis sostenida por el Banco en la contestación a la demanda, donde reiteradamente se compara este producto con un seguro.

Esta comparación a la que acude el representante del Banco es, a la luz, del contrato firmado, inexacta pues existe una importante diferencia. En un contrato de seguro el cliente conoce que tiene que pagar una prima y es siempre la misma, no depende de elementos externos, por lo que permite al cliente calcular de manera sencilla si le compensa o no su pago a cambio de asegurar cierto riesgo. En el caso de este contrato, no existe esta prima sino que el Banco en la propia hoja de confirmación establece que se realiza una única liquidación resultante neto de dos conceptos: un tipo fijo de 3,49 % que el cliente paga y una cantidad que el cliente recibe, que es el resultado de una fórmula matemática que a simple vista no puede considerarse de fácil comprensión. Si no se explica al cliente de manera totalmente clara que esa cantidad a su favor puede no llegar a darse si los tipos de interés bajan, se le hace creer que el saldo será siempre a su favor, pues se está "asegurando o protegiendo" frente a una subida de interés, pero no se le dice que esté asumiendo un riesgo frente a una bajada.

Como ya se ha indicado, la jurisprudencia entiende que por las notas de aleatoriedad y especulación no es un producto que pueda asemejarse a un seguro, de tal manera que si se vende como tal se está dando una información tergiversada e inveraz, con el objeto de resaltar los efectos positivos del producto y silenciar los negativos (SAP Jaén, Secc. 3ª, de 27 de marzo de 2009; SAP Pontevedra 7 abril 2010; SAP Asturias de 23 de julio de 2010; SAP Bizkaia, Secc. 4ª, de 14 septiembre de 2010, todas ellas citadas en la sentencia de la SAP de Álava antes referida). De esta forma el cliente no tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder conocer que producto está contratando realmente y los riesgos que asume.

Por otro lado, la Sra carecía de conocimientos en la materia como para poder comprender el producto por la mera lectura de los contratos, por lo que por mucho que bajo su firma asegure que está conforme con todos los términos del mismo no puede vincularle sin más esta manifestación, al tratarse además de un contrato de adhesión a cláusulas prefijadas.

Ha quedado demostrado que la iniciativa corre exclusivamente de cuenta del Banco, que su representante informa de su contenido en los términos ya explicados, que no se entregan los contratos previamente a su firma para poder examinarlos sino en el momento mismo en que se cierra la contratación. Resulta de la prueba testifical que ni siquiera realizó el test de perfil de inversor de manera previa, sino

que este documento se le presentó a la firma a la Sra Gil cuando ya estaba firmado el contrato y con los datos previamente rellenos, sin que obedezcan a respuestas ofrecidas por ella. Si se observa el mencionado test, las respuestas que se ofrecen dan como resultado un perfil inversor muy dinámico. Frente a ello la Sra Gil asegura que su actividad en el sector bancario y financiero se reduce a solicitar préstamos y a abrir cuentas, que nunca ha contratado productos que entrañen algún tipo de riesgo. Es más, tratándose de una sociedad cuyo único fin es gestionar el patrimonio familiar, esencialmente inmobiliario, parece difícil encajarla en esa calificación. De hecho, al recibir la primera liquidación negativa ni siquiera tenía liquidez para afrontarla y tuvo que pedir un préstamo de 2000 euros a la propia entidad. Con estos datos, parece improbable que la Sra. Gil diera esas respuestas o tuviera algún interés en faltar a la verdad.

Por todo lo anterior, se estima que en este caso concurren los requisitos para anular el contrato firmado por vicio del consentimiento, consistente en error al contratar, causado por la actuación de la entidad financiera que incumplió el deber de ofrecer al cliente la información clara y precisa sobre el producto contratado, ni en la fase precontractual ni en el momento mismo de contratar. La consecuencia jurídica de esta nulidad es la obligación de la demandada de restituir lo percibido en las liquidaciones practicadas en la cantidad de 3.601,43 euros, dejando sin efecto las que se puedan practicar con posterioridad.

QUINTO. Costas e Intereses

Se deben satisfacer los intereses de la cantidad reclamada desde las respectivas liquidaciones, pues conforme al Art. 1303 CC se impone la restitución de lo percibido por las partes más el precio de los intereses.

La estimación íntegra de la petición subsidiaria de la demanda supone la condena en costas al demandado a tenor del art. 394 LEC.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda deducida por la representación procesal de _____ S.A. contra BANCO GUIPUZCOANO S.A. y:

1. Declaro LA NULIDAD DEL CONTRATO SWAP DE INFLACION con el numero de operación 00002457 de fecha 17 de marzo de 2008, fecha de inicio 1 de abril de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2013 por vicio del consentimiento;
2. Condeno a la demandada a devolver a la actora la cantidad de 3.601,43 euros más intereses legales devengados desde la

fecha de las respectivas liquidaciones económicas así como el importe de las que hayan podido practicarse tras la interposición de la demanda en virtud de dicho contrato.

Se imponen las costas de esta primera instancia a la parte demandada.

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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4751, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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 esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA) , a 16 de mayo de 2011 .