

Udo. Carmelo Leubke Scheybal

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 2

MERKATARITZA-ARLOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA  
BILBAO (BIZKAIA)

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001  
TEL.: 944016688  
FAX: 944016969

GERMAN ORS SIMÓN  
PROCURADOR  
C/. Buenos Aires, 5-1º  
48001 BILBAO  
Tel.: 94 424 42 31

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES  
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

Notificado  
- 5 ENE 2011

BIZKAIA AUZITEGIETAKO  
ABOKOREEN ELKARGO OSPETSUA

N.I.G. / IZO: 48.04.2-09/010230

Procedimiento / Prozedura: Inc.concursal 96-Konkurtsa-intsid.; hartzeodunen  
zerrenda/inbentariok aurkaratzea 818/09-A

Descripción de la Pieza/Pieza: Pieza de impugnación del inventario y de la  
lista de acreedores

Procedimiento origen/Jatorriko prozedura: Concurso abrev./Konkurtsa laburtua:  
233/09

Demandante / Demandatzailea: BANKINTER, S.A.  
Abogado / Abokatua:  
Procurador / Prokuradorea: RAFAEL EGUIDAZU BUERBA

Demandado / Demandatua: ADMINISTRACION  
CONCURSAL DE S.L.  
Abogado / Abokatua: Procurador /  
Prokuradorea:

### SENTENCIA N° 348/10

En Bilbao (Bizkaia), a 23 de diciembre de dos mil diez.

Aner Uriarte Codón, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Bilbao, ha visto los presentes autos incidentales n° 818/2009, derivados del Concurso Abreviado 233/2009, instados por la entidad BANKINTER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de SL; y frente a la propia concursada SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón. Por esta última se plantea demanda reconvencional frente a la actora. Todo ello, sobre impugnación de lista de acreedores y acción de nulidad.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

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

Udo. Carmelo Leubke Scheybal

además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración."

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

En segundo lugar, es sustancial, en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina completamente la cantidad que se reclama como crédito ordinario y crédito contra la masa; derivando además de actos desconocidos para el que se obliga. En este sentido, se ha razonado en este caso sobre la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, la cual vino obligada (primero como cualquier otro contratante, y segundo, con mayor rigor si cabe, en el ámbito bancario) a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata. Sobre este extremo, se ha pronunciado en una reciente sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en fecha 21 de enero de 2.010. En la misma, se indica que "...el deber de información, con mayor razón ha de estar presente en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, y en la que concurren, no solo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que, de forma masiva, celebran contratos con bancos y otras entidades financieras...". En esta línea, menciona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2.008 (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha 14 de noviembre de 2.005), en la que se

dispone que "la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto a otros sectores, que conllevan la necesidad de procurar al consumidor una adecuada protección, tanto en fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación), como en la fase contractual, mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones; y como en fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación". Por último, la referida sentencia de instancia menciona la reciente reforma de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, operada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, en la que el legislador refuerza esa obligación de transparencia de las entidades bancarias, en relación, entre otros, con los contratos como los que aquí nos ocupan (en la línea que, además, va marcando la legislación comunitaria).

En esta línea, cabe destacar también la sentencia dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Ourense de fecha 18 de mayo de 2.010 (la cual incide en la obligación legal y reforzada de información por parte del banco atendiendo a la complejidad y posición de superioridad que ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes), la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos el 21 de junio de 2.010 (en la que se hace hincapié en el deber del banco consistente en hacer un esfuerzo adicional de información en atención a la complejidad de la operación financiera en cuestión); y la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de junio de 2.010 (que pone el acento en los tintes especulativos del contrato, los grandes riesgos que conlleva, y la necesidad de informar específicamente sobre los mismos).

Y así, en este supuesto y tal y como se ha razonado, nos encontramos con una deficiente información de la operación financiera compleja en análisis; que se sitúa en el polo opuesto a lo que debería haberse explicado a la hora de vender el producto, en el marco de una diligente actuación que procede exigir a la entidad bancaria.

En tercer lugar y relacionado con todo ello, se trata de un error inexcusable para la propia concursada. Sobre la cuestión, ya se ha argumentado que se trata de un contrato complejo, con cláusulas oscuras, que van deslizándose fórmulas incompresibles para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que generan además un desequilibrio de las prestaciones (en cuanto que el banco es quien, al final, determina la cancelación anticipada, puede revocar el contrato si entiende que la situación no es favorable, y quien calcula la cantidad

-UPIA

a pagar según el sistema por él ideado, con cláusulas indeterminadas que él interpreta). El Tribunal Supremo en sentencia dictada el 13 de febrero de 2.007 ofrece varios criterios al respecto, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso, y sin que el error pueda aprovechar a la parte que lo ha provocado. En este sentido, no se comparte la idea de que, por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse percibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa modesta (como la que aquí nos ocupa), y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige (en este caso, el sector de la calderería); y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Es decir, perfectamente puede tener un desconocimiento pleno del asunto, relacionándose con el banco correspondiente, para obtener capacidad financiera para su empresa, a través del bancario correspondiente, con el cual a lo largo del tiempo se va desarrollando una relación de confianza. En consecuencia, se considera que su error fue inexcusable, puesto que no tenía específicos conocimientos en la materia (sin perjuicio de que tal situación o ausencia de formación tuvo que ser conocida por ese profesional bancario que no es traído a la vista), y dado que no fue informada por el banco de manera transparente y suficiente, como se ha razonado. En esta misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de abril de 2.009 (EDJ 2009/63175) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2.009 (AC 2009/1604).

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

Procede, por todo ello, la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1.303 Código Civil). La cuestión que surge en este punto y que enlaza con la acción que inicia este procedimiento, es que no se ha aclarado el desarrollo contractual, desconociendo que cantidades se han podido venir pagando por una parte o por la otra. Asimismo, de la documentación obrante en autos (documento n° 3 de la contestación de la concursada) no se puede aclarar que liquidación se realiza. Se acompaña una copia con conceptos que no se pueden leer, no se aclara quién la ha redactado, nadie la explica a pesar de que la administración concursal no la encuentra justificada en su informe, y la propia parte actora modifica su petición en vista al reconocer un error en las fechas consignadas en la

misma. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil, no puede tenerse por acreditado un saldo deudor a favor de la parte que ha diseñado el clausulado oscuro denunciado.

Por último, como cuestión meramente aclaratoria, y en relación con la pretensión del crédito contra la masa sin cuantía, dispone el artículo 87.3 LECO que "los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación". De esta forma, la ley regula el crédito contingente como especialidad de aquellos créditos concursales pendientes de confirmación (bien porque están sometidos a condición suspensiva, a se encuentran pendientes de confirmación en el marco de un procedimiento judicial), de manera que se prevea en la lista de acreedores la eventualidad de ese crédito no determinado aún sin cuantía, y se reconozca parcialmente determinados derechos a su titular. Frente a ello, lo que no hace la ley es regular una especialidad para los créditos contra la masa, los cuales se consolidan con su vencimiento durante el concurso (artículo 54.2 LECO) o en el mismo momento de su declaración (para los comprendidos en la especialidad del artículo 84.1 del mismo texto legal).

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

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

**FALLO**

1.- DESESTIMAR la demanda formulada por la entidad

BANKINTER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de SL; y frente a la propia concursada SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones contenidas en la demanda.

2.- ESTIMAR la demanda reconventional formulada por SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; frente a la entidad BANKINTER SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba; declarando la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros firmado por las partes el 30 de marzo de 2.006.

3.- No procede fijar crédito alguno a favor de entidad BANKINTER SA, derivado del contrato señalado en el anterior punto.

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

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

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** No cabe recurso (art. 197.4 LC), pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia (art. 197.4 LC)

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

**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

UUT

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 2755 0000 54 0818 09, 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).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en 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 23 de diciembre de 2010.

**SEGUNDO.-** Por la entidad Bankinter SA se presentó demanda incidental en impugnación de la lista de acreedores, solicitando se fije, en relación con el contrato de gestión de riesgos financieros:

.- Un crédito ordinario por importe de 7.644 euros. Cuantía en el acto del juicio reduce a la cantidad de 2.656,83 euros.

.- Un crédito contra la masa sin cuantía por el resto de las liquidaciones.

**TERCERO.-** Mediante providencia dictada el 3 de mayo de 2.010, se dio traslado de la demanda a la Administración Concursal y a la concursada. Esta última, presentó escrito de contestación en fecha 21 de mayo de 2.010, ejercitando, vía reconvención, acción de nulidad de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros, sus condiciones particulares, y el documento IZ97 de detalles de liquidaciones, de los que derivan los créditos impugnados. Se solicita que se proceda a la recíproca restitución de las prestaciones realizadas, y, subsidiariamente, la resolución de los contratos señalados. Por su parte, la Administración Concursal presentó escrito de contestación oponiéndose a la demanda el 27 de mayo de 2.010.

**CUARTO.-** El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contestó a la demanda reconvencional el 21 de setiembre de 2.010. El 17 de diciembre de 2.010 se celebró la vista, con el resultado que obra en autos.

## H E C H O S            P R O B A D O S

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

2.- : SL y la entidad Bankinter SA concertaron el 30 de marzo de 2.006 un contrato de gestión de riesgos financieros con condiciones generales y particulares, con un nominal de 800.000 euros y con un plazo de cinco años con posibilidad de prórroga.

3.- En dicho contrato se exponía que el cliente

funciona en su actividad mercantil con una serie de riesgos financieros, que se tratan de gestionar en todo o en parte. Se añadía que el cliente conoce y acepta que la operación conlleva un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados a su funcionamiento como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que en caso de que la evolución de estos últimos sea contraria a la esperada, o se produzca cualquier otro supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o anular el beneficio económico esperado por el cliente. Asimismo, se señalaba que el producto implicaría periódicamente unas liquidaciones en cuyo marco se producirá un intercambio en un cargo a pagar por cada parte, obteniéndose un resultado en función de la aplicación de la fórmula de gestión de riesgo pactada. Se definían dos tipos de periodo, comercialización y vigencia plena, señalando expresamente que el cliente reconoce al banco el derecho, durante toda la vigencia del periodo comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren la situación existente cuando se realizó la oferta; a revocar la oferta, ofreciendo un producto alternativo de características similares, pudiendo el cliente aceptarlo o resolver el contrato.

4.- En las condiciones particulares se fijaron liquidaciones trimestrales en las que el cliente paga el 2,65%, 3,86%, 3,80%, ó 3,90% (según trimestre) si Euribor 3 meses es menor o igual al 3,15%, 4,15%, 4,30%, y 4,40%, respectivamente; y Euribor 3 meses 0,10% si es mayor a 3,15%, 4,15%, 4,30%, y 4,40%. Se articulaba también una liquidación adicional para el supuesto de que el tipo medio pagado por el cliente durante los 18 trimestres del producto sea superior al 4,75%, abonándose por el banco la diferencia entre el tipo medio resultante y el 4,76% aplicando una fórmula.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora impugna la lista de acreedores en la cual figuran sus créditos como contingentes sin cuantía, solicitando la determinación de un crédito ordinario y un crédito contra la masa sin cuantía. Posteriormente, en la vista, reduce el crédito ordinario a la cantidad de 2.656,83 euros.

La entidad concursada se opone a la demanda, manifestando que resulta imposible conocer el origen y saldo final en los términos liquidatorios pretendidos. Añade que debe considerarse a Ca de Paz como un cliente minorista, ajeno a las prácticas bancarias y con nulos conocimientos en el área económica financiera, precisando de una información

UUPM

que asegure su plena comprensión de la operación en cuestión (información que obligaba al banco, quien incumplió su deber al respecto). Reconviene, por ello, la nulidad por error en el objeto del contrato, que determina un vicio de consentimiento, esencial e inexcusable.

Por la Administración Concursal, se sostiene la calificación de crédito contingente al no haber podido verificar, con la documentación aportada por la acreedora, la exactitud del importe reclamado. Se opone además a la consideración de crédito contra la masa sin cuantía, considerando las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso como crédito concursal.

Por último, Bankinter SA se opone a la demanda reconvenicional por entender que el contrato es válido, que ha cumplido con sus obligaciones informando suficientemente al administrador social de la deudora, y que las cláusulas son de los contratos no son complejas; y considera que no concurre error en el consentimiento.

En el trámite de delimitación del objeto de la prueba, verificado al inicio de la vista, las partes convinieron que no era objeto de discusión la realidad del contrato y su firma por ambas, y que la concursada se dedicaba al sector de la calderería y al mantenimiento preventivo. La discusión se contrae a determinar si el banco informó suficientemente sobre el contrato en cuestión, y si la liquidación realizada se ajusta a la pactado.

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

Ante el gran número de este tipo de contratos que ha

COPIA

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

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

De esta forma, procede analizar en primer lugar la acción de nulidad planteada por defecto en el consentimiento, consistente en error en el objeto, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil. Sobre la cuestión se posiciona expresamente este

último precepto legal, el cual dispone que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

**TERCERO.-** Analicemos, de esta manera, el contrato que nos ocupa a partir de los documentos presentados junto con la demanda reconvenzional. El documento n° 1 se corresponde con las condiciones generales del denominado contrato de gestión de riesgos financieros, en el que se expone que el cliente funciona en su actividad mercantil con una serie de riesgos financieros, que se tratan de gestionar en todo o en parte. Se añade que el cliente conoce y acepta que la operación conlleva un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados a su funcionamiento como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que en caso de que la evolución de estos últimos sea contraria a la esperada, o se produzca cualquier otro supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o anular el beneficio económico esperado por el cliente.

En el clausulado se indica que este producto implicará periódicamente unas liquidaciones (periodo a concretar en condiciones especiales), en cuyo marco se producirá un intercambio en un cargo a pagar por cada parte, obteniéndose un resultado en función de la aplicación de la fórmula de gestión de riesgo pactada (también en condiciones generales). Se definen dos tipos de periodo, comercialización y vigencia plena, señalando expresamente que el cliente reconoce al banco el derecho, durante toda la vigencia del periodo comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren la situación existente cuando se realizó la oferta; a revocar la oferta, ofreciendo un producto alternativo de características similares, pudiendo el cliente aceptarlo o resolver el contrato.

Por último, se habilita la posibilidad de cancelación anticipada, se pacta el derecho de compensación de créditos y deudas en el sentido más amplio, se regula las posibilidades de cesión, y se fija el plazo de cinco años con posibilidad de prórroga. En las condiciones particulares (documento n° 2) se concreta el nominal del contrato, por importe de 800.000 euros, se fija el vencimiento el 19 de octubre de 2.010, la posibilidad de cancelación anticipada, y la referida posibilidad de revocación por parte del banco en condiciones generales. Se fijan liquidaciones trimestrales en las que el cliente paga el 2,65%, 3,86%, 3,80%, ó 3,90% (según trimestre) si Euribor 3 meses es menor o igual al 3,15%, 4,15%, 4,30%, y 4,40%, respectivamente; y Euribor 3 meses 0,10% si es mayor a 3,15%, 4,15%, 4,30%, y 4,40%. Se articula una liquidación adicional para el supuesto de que el tipo

medio pagado por el cliente durante los 18 trimestres del producto sea superior al 4,75%, abonándose por el banco la diferencia entre el tipo medio resultante y el 4,76% aplicando una fórmula (que no se aprecia en el documento).

La parte actora presenta como testigo a D. Alberto San José López, actual director comercial de la red de Bankinter (y director comercial de la red de agentes financieros en 2.006), quien no intervino en la contratación del producto. El mismo señala que es el responsable directo de la información que se proporciona a los clientes, señala que por el banco intervinieron en la firma del contrato D. y D. , y que estos le han manifestado que informaron de manera completa sobre el producto. Añade que la cifra del nominal la deciden entre el cliente y el banco, y reconoce que el cliente pierde si los tipos se sitúan en torno al Euribor 1,5%, a razón de 2,5% hasta el 4%.

CUARTO.- Pues bien, partir de la prueba practicada, se aprecia una insuficiencia de prueba en torno a la información que fue realmente ofrecida al cliente. Así y en primer lugar, se plantea por la parte actora una demanda realmente sucinta que se viene a reducir a una especie de suplico amplio de demanda, en la que se limita a mencionar la existencia de un contrato sin detallar la fecha, sin especificación de su carácter, y sin ningún tipo de explicación específica ni alegación jurídica, concluyendo con un suplico ciertamente genérico, que posteriormente es modificado en juicio (se reduce el crédito ordinario peticionado, para aumentar el crédito contra la masa sin cuantía pretendido).

Al respecto, el artículo 194 LECO dispone que la demanda incidental se presentará en la forma prevista en el artículo 399 LEC; esto es con un determinado contenido, en el marco del cual, los apartados 3 y 4 de dicho precepto legal relacionan lo siguiente: "Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante". Asimismo, "en los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo".

3001

Y, si la petición es genérica y no se contrae a los requisitos legales expuestos, la prueba presentada por la parte es de todo punto insuficiente. Así, no se presenta junto con la demanda ningún tipo de prueba documental, teniendo que ser las partes demandadas las que aportan el contrato en cuestión en cuya virtud se solicitan los créditos, sus condiciones particulares y la liquidación practicada. Asimismo, se requiere a la parte actora en el trámite de delimitación del objeto de la prueba sobre la identidad de aquellos empleados suyos que intervinieron en la firma del contrato, y se manifiesta por la misma que lo desconoce; para ser luego el único testigo que presenta, el director comercial de la red de Bankinter, quien sí que identifica a los dos intervinientes. Testigo este último, que trata de explicar en la vista el funcionamiento del contrato, ofreciendo testimonios de referencia, en el sentido de que el formaba a los empleados que luego contrataban, y que le han dicho que sí informaron en este caso.

De esta forma, existe una clara insuficiencia probatoria sobre la información que se ofreció al administrador social de la concursada, quien se dedicaba al sector de la calderería, y quien, evidentemente, carecía de conocimientos mínimos sobre este tipo de productos fiándose de lo que le decía la entidad bancaria con la que mantenía una relación de confianza. Debe acudirse, por ello, a lo dispuesto en el artículo 217.7 LEC, entender que tal aspecto se encontraba en el ámbito de disponibilidad de Bankinter SA, y atribuir la carga de la prueba a la parte actora.

En consecuencia, nos encontramos ante un contrato que es vendido como un seguro al cliente con objeto de prevenir los riesgos para el desarrollo de su actividad, que se pueden derivar de la subida de tipos de interés (como consecuencia de las líneas de créditos con las que desarrolla su actividad); sin ofrecer una información clara y precisa al respecto. Cuando, en realidad, se trata de un producto bancario de alto riesgo, de complejo entendimiento, que con la bajada de tipos de interés del mercado mundial, puede llevar a la generación de una serie de pérdidas de importancia para el cliente con una tendencia ascendente. Asimismo la entidad bancaria, en un nuevo giro de tuerca, no resuelve el contrato, sigue girando sus liquidaciones, en el marco de un concurso sin actividad empresarial, y pretende que las mismas revistan el carácter de crédito contra la masa, con la consiguiente disminución de la masa activa de manera incontrolada y sujeta a las liquidaciones (sin expresión o explicación de cálculos para su comprensión) que trimestralmente se realicen desde la entrada del cliente en concurso hasta la finalización del periodo contratado. Y todo ello, no nos olvidemos, en un escenario en el cual un contratante es una persona jurídica dedicada al sector de la calderería y la prevención bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada, con los mismos conocimientos que

tiene cualquier consumidor de los usos y del sector bancario; mientras que la otra parte es una de las entidades bancarias más importantes de España, con un conocimiento más que previsible de las probabilidades de evolución de los tipos de interés; habiendo proporcionado una información claramente insuficiente sobre el desarrollo del contrato, sin mención alguna a los altos riesgos que la operación conllevaba.

Repárese en el hecho de que, por un lado, la única información que se ofrece (en el contrato) sobre los riesgos previsibles es que, en el supuesto de que la evolución de los tipos de interés no sea la esperada, se podrá reducir o anular el beneficio económico esperado (no se menciona expresamente la posibilidad de pérdidas, posteriormente concretada en la realidad). Asimismo, Bankinter se reserva una posibilidad unilateral, no aclarada en vista por el testigo que intenta explicar el funcionamiento del contrato, consistente en revocar el contrato (ofreciendo algo alternativo de características similares, sin mayor precisión), cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del banco, alteren la situación existente cuando se realizó la oferta.

QUINTO.- Toda esta reflexión nos lleva a concluir, sin género de dudas, que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el mencionado artículo 1.266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de setiembre de 1.996 en la que se señala lo siguiente: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944- que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963-. "De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato,

