



Juzgado de Primera Instancia Nº 2 Procedimiento: JUICIO ORDINARIO
Av. Marítima, Ed. Los Jesuitas s/n, Nº procedimiento: 0001541/2009
1ª Planta
Las Palmas de Gran Canaria

NIG: 3501630120090027251

Resolución: 000066/2010

5 ABR 2010

6 ABR 2010

Artículo 181.2

L.R.C. 1.8000

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de marzo de 2010, Don Juan Avello Formoso Magistrado-Juez de Juzgado de Primera Instancia dos de Las Palmas de Gran Canaria, ha visto los autos civiles de juicio declarativo Ordinario, seguidos en este juzgado con el numero 1541/2009 sobre reclamación de cantidad, promovidos por INDEMNIZACION DIRECTA S.L., INMUEBLES INDIRECTA S.L Y ATLANTIC COMPNY FORMATION CANARIES S.L. que comparecieron en los autos representadas por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. MUÑOZ CORREA, quien actuó bajo la dirección letrada del Sr. VIERA MOLINA, contra BANKINTER S.A., que compareció en los autos representado por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. VEGA GONZALEZ, quien actuó bajo la dirección letrada del Sr. BRAVO DE LAGUNA NAVARRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado 20 de octubre de 2009 fue repartida a este juzgado la demanda interpuesta por la Sra. MUÑOZ CORREA en la que alegó en derecho lo que estimó conveniente en defensa de sus pretensiones y terminó suplicando que se tuviera por presentado dicho escrito con sus copias y documentos, a él por personado y parte en la representación antes indicada, que se admitiera a trámite la demanda de juicio ordinario, y que, previos los tramites legales, se dictara en su día sentencia por la que se declare que los contratos de clip acompañados como documentos n 6, 7 y 8 son nulos de pleno derecho, se declare la obligación de la demandada de cesar en las liquidaciones de los mismos, se declare la improcedencia de reclamar por parte de la demandada las liquidaciones ya vencidas y se condene a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad de 14.629,70 euros, desglosados en 3.887,54 euros para INDEMNIZACION DIRECTA S.L.; 3.723,33 euros para ATLANTIC COMPANY FORMATION CANARIES S.L. y 7.018,83 euros para INMUEBLES INDIRECTA S.L, así como las cuotas que se puedan cobrar indebidamente a partes de esta fecha, mas los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello con imposición de costas de esta primera instancia.

SEGUNDO.- Por auto de 20 de octubre de 2009, se le tuvo por personado y parte en la representación antes indicada ordenando que se entendieran con el las sucesivas diligencias en el modo y forma determinados en la ley, se admitió a tramite la demanda acordando que se sustanciase por el procedimiento del juicio declarativo ordinario y que se emplazase al demandado para que en el termino de veinte días se personara en autos y contestara a la demanda, bajo apercibimiento de que en otro caso seria declarado en rebeldía y se le notificarían esta y las sucesivas resoluciones en los estrados del juzgado, salvo los casos en que otra cosa estuviera especialmente prevista.





TERCERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. VEGA GONZALEZ, contestó a la demanda alegando en síntesis que no son ciertos los hechos de la demanda, negando que los contratos suscritos sean nulos, no existiendo error invalidante en la formación del consentimiento, firmando el legal representante de las actoras con pleno conocimiento de lo que firmaba, todo ello en base a los hechos y fundamentos que son de ver en el escrito presentado. En razón de lo expuesto terminó suplicando que, previos los tramites legales se dictara sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas de esta primera instancia a la parte actora.

CUARTO.- Por Providencia de 25 de noviembre de 2009, se le tuvo por personado y parte en la representación en que actuaba, y por contestada en tiempo y forma la demanda señalando el día 20 de enero de 2010 para la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se citó en legal forma a las partes. En ella el Sr. Juez las exhortó sin éxito al acuerdo, para luego invitarlas a que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concretaran los hechos, fijaran aquellos en que no hubiera disconformidad y puntualizaran, aclararan o rectificasen cuanto fuere preciso para delimitar los términos del debate o bien subsanaran, si fuere posible, los defectos de que pudieran adolecer los respectivos escritos expositivos, o salvaran la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que hubiera sido denunciado por alguna de ellas o apreciado de oficio por el Juez. Finalmente solicitaron el recibimiento del pleito a prueba por ser controvertidos los hechos y en ese mismo acto se acordó. Citando a las partes para juicio el día 2 de marzo de 2010.

QUINTO.- El día señalado, se practicaron las pruebas declaradas pertinentes; formulando a continuación las partes sus respectivas conclusiones y resumen de pruebas. Quedando a continuación los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción de nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos con la entidad demandada, alegando la existencia de vicio del consentimiento por no haber sido debidamente informado por el banco demandado, sobre todo de los riesgos que se asumían con la firma de tales contratos. Se insta por tanto la nulidad de los contratos de clip acompañados como documentos nº 6, 7 y 8 de la demanda, denominados por el propio banco contrato de gestión de riesgos financieros. Se alega igualmente que los contratos referidos son nulos al no constar en el mismo en la debida forma y con la debida claridad los criterios de determinación del importe a abonar por la cancelación anticipada, mientras que por el contrario el banco demandado disponía de la facultad para desistir del contrato de forma unilateral y ello sin coste alguno en el caso de evolucionar los tipo de interés en su perjuicio; se alega así la existencia de cláusulas oscuras y la existencia de un desequilibrio contractual.

Se opone la demandada a las pretensiones anulatorias deducidas en la demanda alegando que no existe vicio alguno en el consentimiento, el legal representante de las entidades actoras era perfectamente conocedor del contenido de los contratos y de los riesgos que asumía con su firma, disponiendo de una preparación superior a la media en el ámbito financiero, de manera que firmó los contratos después de haber sido debidamente informado por el banco y después de leer el contenido de los mismos, de manera que si no entendía lo que firmaba únicamente él es responsable. Se alega igualmente que en modo alguno puede sostenerse que la parte actora pensase que estaba firmando un contrato de seguro, sino que resulta evidente que se trataba de un contrato de gestión de riesgos financieros, tal y como consta en el mismo documento. Por ultimo, según la parte demandada, del contenido de los





contratos así como de su clausulado se desprende que el banco informo debidamente tanto del producto y sus características, como de los riesgos que el mismo suponía para el cliente

SEGUNDO.- Delimitados de tal manera los términos del debate, se hace preciso analizar con carácter previo la especial legislación existente en la materia, analizando igualmente las especiales obligaciones y diligencias que se impone a las entidades financieras en materia de información al cliente, como se verá para que el consentimiento prestado sea valido se deben cumplir una serie de requisitos que no concurren en otros ámbitos, la especial regulación otorga un plus de protección al cliente bancario al partir el legislador de reconocer el inicial desequilibrio existente entre las partes. La Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente, iniciado por el RD 629/1993, en el que se hacia referencia a una adecuada información para conocer el perfil del cliente, su experiencia inversora, así como los objetivos de la inversión, realizando especial hincapié en los riesgos de cada operación; introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); se reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7). Analicemos por tanto desde esta perspectiva la actuación de la entidad demandada en dos momentos diferentes; antes de la formalización del contrato y durante la vigencia del mismo.

TERCERO.- Por lo que respecta a la fase inicial o precontractual, antes de valorar a la luz de la prueba practicada en los autos la concreta actuación de la entidad demandada, y si esta cumplió con sus especiales obligaciones en materia de información al cliente, debe hacerse una serie de precisiones; primero en relación a la especial preparación que en materia financiera e inversora pudiera tener el legal representante de las actoras. En segundo lugar, la naturaleza y especial complejidad o no del producto comercializado por el banco, así como la forma en que tal producto se comercializó.

Respecto a la primera de las cuestiones enunciadas pretende la parte demandada argumentar en una claro alegato defensivo, que el legal representante de las entidades actoras goza de unos conocimientos financieros superiores a la media. Pese a los esfuerzos en tal sentido desplegados por la parte demandada no se aprecia la existencia de prueba que acredite cumplidamente tal extremo, reconociendo las dificultades de acreditar tal subjetivo extremo. La prueba aportada por la demandada no acredita la existencia por parte del legal representante de superiores conocimientos en materia financiera; nunca ejerció su profesión en el ámbito financiero, ni realizo actividades relacionadas con tal sector. El hecho de que se ostenten diversos cargos de representación en una o varias sociedades no supone ostentar también especiales conocimientos en el ámbito financiero, máxime cuando las mercantiles a las que representa no tienen entre sus fines y objeto social la intervención o intermediación en el sector financiero. Contra las manifestaciones y tímidas pruebas aportadas por la demanda para acreditar tales extraordinarios conocimientos, se sitúa las propias declaraciones del legal representante que sostiene





que no reúne mayores conocimientos en la materia que cualquier persona media. En todo caso lo realmente importante es comprobar si la demandada acredita si existió actuación por su parte encaminada a comprobar, antes de ofertar el producto, si efectivamente existían tales conocimientos por parte del cliente; era obligación de la entidad bancaria de analizar y comprobar el perfil del cliente y sus conocimientos sobre la materia antes de ofertar un producto como el de autos; ninguna actividad probatoria se ha desplegado por la demandada en este sentido.

En relación a la segunda de las cuestiones inicialmente planteada, esto es si el producto denominado gestión de riesgos financieros, se trata de un producto sencillo y fácilmente comprensible, tal y como defiende la parte demandada; o si por el contrario se trata de un contrato caracterizado por su especial complejidad, extremo este defendido por la parte actora. Para fundamentar la sencillez de los contratos litigiosos la parte demandada propone declaraciones testificales, empleados del banco todos ellos, y en concreto una directiva de la propia entidad (Directora del Departamento de Cobertura de Tipos de Interés y Divisa), que ha declarado en todos los procedimientos que a lo largo de todo el territorio ha tenido la entidad por contratos idénticos a los que se contrae el presente procedimiento. Es normal que con tal experiencia y siendo Directora del Departamento de Cobertura de Tipos de Interés y Divisa a la testigo le parezcan que tales contratos son sencillos de comprender y además fáciles de explicar. Ahora bien, la cuestión no es si tales contratos son fáciles de comprender en el momento presente, en el que ya existen numerosos procedimientos que tienen por objeto contratos clip o swap; sino si lo eran en el inicial momento de su comercialización.

La única conclusión a la que puede llegarse, siguiendo las máximas de experiencia, una vez leídos y releídos por este Juzgador los contratos aportados, es que difícilmente pueden ser calificados como contratos sencillos y comprensibles por un cliente medio; máxime si se realiza una labor de abstracción y se intenta olvidar todo lo que a posteriori se ha estudiado para dictar la presente resolución, poniéndonos en el lugar tanto del cliente como del empleado del banco en el momento inicial de la comercialización del producto. Por tanto, el contrato de intercambio de tipos/cuotas, permuta financiera, gestión de riesgos financieros, clip o swap se trata de un producto cuya configuración alcanza cierto grado de complejidad, y para su normal entendimiento resulta necesaria una formación financiera superior a la media.

Por último, partiendo del carácter novedoso del producto es evidente y acorde con el normal suceder de las cosas que fue el banco, entidad especializada en la materia, la que lógicamente se dirigió al cliente para ofrecer el producto; defender lo contrario resulta inverosímil, ello se deduce claramente del carácter técnico de tales contratos, por la complejidad de los mismos y por el carácter novedoso de tales contratos. Partiendo de la base de que era un producto nuevo y que el banco estaba interesado en darlo a conocer dirigió sus esfuerzos y sus recursos a obtener tal fin.

CUARTO.- Partiendo de la base del carácter complejo de los contratos clip suscritos por la parte actora; que estos fueron redactados unilateralmente por el banco, que se comercializaron de forma prácticamente indiscriminada sin distinguir el carácter de profesional o no del cliente al que tales productos se ofrecían, sin cerciorarse, al menos en el presente supuesto, si el mismo tenía o no conocimientos básicos o suficientes para conocer las características del producto, y lo que resulta esencial para la válida formación de la voluntad, si se informó adecuadamente de los riesgos que se asumían.

Se analizara por tanto desde esta perspectiva la actuación del banco en cuanto la información suministrada antes de formalizar el contrato y durante la vigencia del





mismo. La información previa facilitada por el banco al cliente fue escasa por no decir nula, tanto en relación con las características propias del producto, como en relación a los riesgos que se asumían con la contratación de tal producto. No consta que la demandada facilitara más información que la que consta en los propios contratos obrantes en autos, cuya redacción no es especialmente clara, no existen o no se han aportado folletos explicativos sobre los productos comercializados, ni ejemplos sobre todos los escenarios posibles en relación a los riesgos que se asumían con la contratación del producto. La única actividad probatoria desplegada por la demandada en este sentido es la testifical de empleados del banco, que mantienen que efectivamente informaron al cliente de las características y del riesgo del producto. Tal prueba resulta insuficiente para considerar que la labor de información desplegada por el banco fue suficiente para informar al cliente. En todo caso, y aun dando por buenas las declaraciones testificales, donde si resulta especialmente insuficiente la información es en relación tanto al concreto riesgo asumido, como en cuanto a los costes de cancelación del producto.

Frene a tales declaraciones testificales se sitúa la propuesta por la parte actora que acredita la nula información facilitada por el banco. En todo caso tal prueba testifical no resulta esencial, ya que no le corresponde al actor acreditar un hecho negativo como es que el banco no le informó en debida forma, sino que como anteriormente se ha reseñado, corresponde al banco acreditar que desplegó de manera diligente sus obligaciones referentes a la debida información al cliente de las características del producto y de los riesgos asumidos.

QUINTO.- Por lo que respecta al riesgo asumido y si de tal circunstancia fue debidamente informado el cliente, no se trata de determinar si el cliente sabía o no sabía el riesgo que se asumía, la realidad es que los asumía y muy altos, en este sentido resulta escalofriante comprobar que aplicando los términos contractuales el posible beneficio del cliente, que supone perjuicio para el banco, es con un riesgo de tan solo el 0,1 % y viceversa un riesgo para el cliente de hasta el 4,25 %. A ello hay que añadir que necesariamente el banco disponía de informes y previsiones razonadas y motivadas, de las que por completo carecía el cliente, de la previsible evolución de los tipos de interés. Tales pactos y caulas necesitan de una clara y precisa información para poder prestar el consentimiento de una forma válida. Por tanto la cuestión resulta valorar si el cliente fue debidamente informado de los riesgos por el banco, máxime teniendo en cuenta el carácter no profesional del cliente y la finalidad de la contratación del producto, tratándose en el presente supuesto de tres pequeñas empresas, de las que además dos de ellas únicamente tienen por finalidad cobrar las rentas de dos locales. Además en relación a la carga de probar tales actuaciones, corresponde al banco acreditar que efectivamente informó sobre tales extremos al cliente.

En el presente supuesto si se analiza la documental obrante en los autos, en concreto los contratos firmados, se extrae la evidente conclusión que ninguna información se facilitó al respecto. Mantener que la expresión contenida en el contrato "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo....se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato" supone simplificar el deber de información. Además en modo alguno tal expresión advierte e informa de la posibilidad de importantes pérdidas. Por otra parte llama poderosamente la atención el apartado reservado en el contrato para conocimiento y experiencia, el hecho de venir premarcado la casilla reservada al si, priva de cualquier eficacia a tal previsión. Por lo que respecta a la finalidad e intención del cliente para contratar el producto y si este era conocedor o podía serlo en base a la información facilitada por el banco, de los riesgos que el producto podía conllevar.





Se sostiene por la parte demandada, y así declararon los testigos por ella propuestos, que el fin del contrato es controlar los costes financieros de la empresa. Tal concreta finalidad difícilmente casa con la asunción de un importante riesgo, como en el presente supuesto, máxime cuando se trata de empresas de pequeña dimensión. En idéntico sentido resulta difícil poder controlar el coste financiero con la contratación de un producto del cual se desconoce absolutamente el coste de cancelación y los parámetros a tener en cuenta para calcular tal coste de cancelación. Independientemente de lo que pensase el legal representante que estaba firmando, si se trataba de un seguro o de otra figura contractual, lo que esta claro es que valorando el perfil de las empresas que suscribieron los contratos litigiosos, es que en modos algunos tales mercantiles querían asumir riesgos contratando un producto especulativo y aleatorio. A pesar de ello, el banco sin informar debidamente de todos estos extremos ofreció y comercializó el producto. La anterior conclusión se refuerza analizando el manifiesto desequilibrio entre lo que gana el banco con la bajada de tipos, que fue lo que sucedió, y lo que se podría ahorrar el cliente en caso de subidas de los tipos.

SEXTO.- En resumen, el banco incumplió de forma grave y evidente su obligación de informar; no recabó una adecuada información para conocer el perfil del cliente, su experiencia inversora, tampoco sobre los objetivos de la inversión y la finalidad pretendida por el cliente. Tampoco informó nada en absoluto sobre los riesgos del producto, ocultando incluso la posibilidad real de experimentar graves pérdidas con la operación. Se incumplió por el banco de forma manifiesta el genérico deber de diligencia y transparencia. Con tal ausencia de información es fácil llegar a la conclusión de que el cliente, en este caso la parte actora, difícilmente podía tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, es mas no resulta difícil alcanzar el convencimiento que de haber informado adecuadamente del producto la parte actora nunca hubiera firmado los contratos objeto del presente procedimiento, lo cual nos lleva a la conclusión que el consentimiento prestado no fue valido, estando viciado el mismo por error motivado por una nula información y por tanto responsabilidad plena del banco demandado, en consecuencia procede estimar la demanda en su integridad declarando la nulidad de los contratos, con la obligación del banco de devolver las prestaciones percibidas.

SEPTIMO.- En materia de intereses esta resolución se atenderá a lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del CC tomando la fecha de presentación de la demanda en el decanato, que tal y como consta en los autos fue el 16 de octubre de 2009, como la de la intimación al pago requerida en el primero de los preceptos citados; sin perjuicio de que desde esta misma fecha despliegue sus efectos el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- Las costas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen al litigante vencido.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por INDEMNIZACION DIRECTA S.L., INMUEBLES INDIRECTA S.L Y ATLANTIC COMPNY FORMATION CANARIES S.L. contra BANKINTER S.A., debo declarar y declaro que los contratos de clip





acompañados como documentos nº 6, 7 y 8 de la demanda son nulos de pleno derecho, en consecuencia debo declarar y declaro la obligación de la mercantil demandada de cesar en las liquidaciones de los mismos, declarando consecuentemente la improcedencia de reclamar por parte de la demandada las liquidaciones ya vencidas; igualmente debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad total **de 14.629,70 euros**, desglosados en 3.887,54 euros para INDEMNIZACION DIRECTA S.L.; 3.723,33 euros para ATLANTIC COMPANY FORMATION CANARIES S.L. y 7.018,83 euros para INMUEBLES INDIRECTA S.L , así como las cuotas que se puedan cobrar indebidamente a partes de la fecha de la presente resolución; y todo ello imponiendo a la parte demandada las costas de esta primera instancia.

Dicha cantidad devengará desde el 16 de octubre de 2009 y hasta la fecha el interés legal del dinero, y dicho índice incrementado en dos puntos desde hoy hasta su completo pago.

Así por esta mi sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación para la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, la admisión a trámite del recurso precisara la constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Décimo Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 4 de Noviembre) lo pronuncio, mando, y firmo.

PUBLICACIÓN.- Se hace pública, el día de su fecha, la anterior sentencia de conformidad con el artículo 204.3 de la LEC. Doy fe.

