

		Juzgado de lo Mercantil núm. 2.Sentencia núm. 191/2010 de 30 junio JUR\2010\276345
--	--	---

Jurisdicción: Civil

Procedimiento núm. 938/2009

Ponente: Illma. Sra. aner uriarte codón

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2
MERKATARITZA-ARLOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)
BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001
TEL.: 944016688
FAX: 944016969
N.I.G. / IZO: 48.04.2-09/024871

Procedimiento / Prozedura: Inc.concursal 96-Konkurtso-intzid.: hartzekodunen zerrenda/inbentarioa aurkaratzea 938/09-A

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

Procedimiento origen/Jatorriko prozedura: Concurso abrev./Konkurtso laburtua: 608/09

Demandante / Demandatzailea: C--- S.L.

Abogado / Abokatua: CARMELO RENOBALLES SCHEIFLER

Procurador / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

|
|
|
|
|

Demandado / Demandatua: C--- S.L.

Abogado / Abokatua: CARMELO RENOBALLES SCHEIFLER

Procurador / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

S E N T E N C I A Nº 191/10

En Bilbao (Bizkaia), a 30 de junio de dos mil diez.

Aner Uriarte Codón, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, ha visto los presentes autos incidentales nº 938/2009, derivados del Concurso Abreviado 608/2009, instados por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apaategui Carasa, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de C--- SL; y frente a la propia concursada C--- 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 27 de julio de 2.009 , en situación de concurso a la entidad C--- 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, derivados de un préstamo hipotecario en la cual la concursada figuraba como avalista, y de un contrato swap de permuta de intereses, como créditos contingentes sin cuantía propia.

SEGUNDO.- Por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA se presentó el 10 de noviembre de 2.009 demanda incidental en impugnación de la lista de acreedores, solicitando se fije:

- En relación al contrato de cobertura de tipos de interés con referencia B00002708680, suscrito el 29 de enero de 2.008 por importe nominal de 300.000 euros; un crédito contra la masa por las cantidades que resulten a favor de la entidad bancaria.

- En relación al préstamo hipotecario nº NUM000 concedido por la actora a D. Joaquín y a Dña. Filomena, con fianza solidaria de la mercantil concursada, un crédito ordinario por importe de 62.070,08 euros, capital pendiente de reembolso a fecha 27 de julio de 2.009.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el 1 de diciembre de 2.009, se dio traslado de la demanda a la Administración Concursal y a la concursada. Esta última, presentó escrito de contestación en fecha 9 de febrero de 2.010, ejercitando, vía reconvencción, acción de nulidad de los contratos de permutas financieras de tipo de interés de los que derivan los créditos impugnados, declarando la existencia de causa torpe con los efectos del artículo 1.306.2ª del Código Civil, y como efecto subsidiario, la recíproca restitución de las prestaciones realizadas a cargo de cada una de las partes, y subsidiariamente, la resolución de los referidos contratos, sin obligación de la concursada de indemnización alguna. Por su parte, la Administración Concursal presentó escrito de contestación oponiéndose a la demanda el 28 de diciembre de 2.009, manteniendo la doble calificación, una para cada contrato, de crédito contingente ordinario sin cuantía.

CUARTO.- El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contestó a la demanda reconvenccional el 22 de abril de 2.010. El 22 de junio 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 C--- SL, empresa dedicada al sector de la reforma de viviendas y de la construcción, y gestionada por dos administradores solidarios que se dedican a la albañilería; fue declarada en concurso mediante auto dictado el 27 de julio de 2.009.

2

La entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA concedió a D. Joaquín y a Dña. Filomena, préstamo hipotecario nº NUM000, con fianza solidaria otorgada por C--- SL. A fecha de declaración de concurso existían 62.070,08 euros como capital pendiente de reembolso; el cual se va devolviendo conforme a los plazos previstos, sin que por la entidad bancaria se haya dirigido hasta el momento contra la fiadora.

3

C--- SL y la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA concertaron el 29 de enero de 2.008 por teléfono (a través de uno de los administradores solidarios de aquella y un empleado de ésta) un contrato de cobertura de tipos de interés con referencia B00002708680, firmando posteriormente la confirmación de permuta financiera el 6 de febrero de 2.008.

4

En la conversación telefónica un empleado del banco procedió a leer las condiciones del contrato por teléfono, indicando que se contrataba una cobertura de tipos de interés con un nominal de 300.000 euros, a plazo de 5 años en los que las liquidaciones eran trimestrales, las revisiones trimestrales, y el euríbor de referencia es el euríbor 3 meses, y que el mismo que se cogía era el de dos días antes del inicio de cada trimestre. El cliente pagaba al banco el 4.26 trimestralmente durante la vida de la cobertura y el banco pagaba al cliente el euríbor 3 meses trimestralmente, que revisaba cada tres meses.

5

Posteriormente, el 6 de febrero de 2.008 se concertó por escrito la confirmación con la indicación que las partes acordaban hacer todo lo posible para negociar y firmar un contrato marco de operaciones financieras en la forma publicada por la asociación española de banca privada (AEB) con las modificaciones de buena fe que se acordaran. Firma que suponía que confirmación formaba parte y estaba sujeta al contrato marco, el cual estaba a disposición de las partes en la web indicada. En la confirmación se indicaron los términos de la operación: importe nominal, plazos, importes variables (pagador, importe nominal, periodo de cálculo, fechas de pago, tipo variable del 4.383000% con la referencia de liquidación EUR-EURIBOR- TELERATE, diferencial 0%, base de liquidación 30/360, capitalización no aplicable, fechas de determinación de interés variable a 2 días hábiles antes del día inicial de cada periodo de cálculo de intereses, días hábiles para EUR, TARGET para fijaciones y TARGET para pagos; y convención día hábil al día siguiente modificado), importe fijo (pagador, interés nominal EUR 300.000.00, fecha de pago cada 3 meses el día 31 sujeto a la convención del día hábil, ajustando para el cálculo de intereses, tipo fijo 4.260000%, base de liquidación 30/360, convención día hábil el día siguiente modificado, días hábiles para EUR, TARGET para pagos; siendo agente del cálculo el BBVA a menos que se especifique otra cosa en el contrato marco), instrucciones para pago, oficinas, broker, convenio arbitral y declaración de partes. Como cláusula quinta se especificaban las modificaciones al contrato marco, en relación a los supuestos de vencimiento

anticipado por circunstancias imputables a las partes, considerando que las remisiones al importe superior al establecido en el Anexo I se entienden efectuadas (para C--- SL) a la cantidad menor entre el 5% de sus fondos propios y 3.000.000 euros o su equivalente en cualquier otra divisa; y (para BBVA) el menor entre el 2% de sus fondos propios y 10.000.000 euros o su equivalente en cualquier otra divisa. Asimismo y en relación a los pagos, las partes se autorizaban para aplicar al pago de cantidades adeudadas y no abonadas, los saldos, depósitos, toda clase de cuentas en cualquier moneda, que la deudora mantenga con la acreedora, facultando a reducir o cancelar, sin previo aviso, abonando, traspasando o realizando valores u otra clase de títulos, derechos o depósitos, incluso plazo; debiendo comunicar la acreedora a la deudora el detalle de la compensación utilizada.

6

El contrato marco, que no se firmó entre las partes y que está publicado en la página web de la asociación española de la banca; se compone de 23 cláusulas desarrolladas en 20 páginas, con dos Anexos (de 6 y 13 páginas, respectivamente) en el que se fijan los conceptos que se utilizan en los contratos a los que da cobertura el contrato marco, y la interpretación de los mismos.

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 dos créditos: un crédito ordinario por el importe adeudado a fecha de declaración de concurso en el marco del préstamo hipotecario en el cual la concursada otorgó fianza solidaria. Asimismo y respecto al contrato de cobertura de tipo de interés, solicita que las cantidades que, en cada fecha de pago, resulten a su favor, se fijen como crédito contra la masa. Posteriormente, en la vista, concreta dicha cantidad en 300.000 euros.

La entidad concursada se opone a la demanda, señala que no ha tenido conocimiento del contrato marco a partir del cual se concierta el swap o contrato de cobertura de tipos de interés. Analiza el mismo, concluyendo que se hace materialmente imposible conocer el origen y saldo final en términos liquidatorios (con la demanda únicamente se aportó la confirmación escrita del contrato, del cual, señala, sólo se ha firmado una hoja del contrato). Se alega indefensión, resaltando que se trata de un cliente minorista ajeno a las prácticas bancarias, siendo un mero usuario de las mismas. Sostiene que el contrato en cuestión no tiene ningún coste para el banco, el cual podría cancelarse a coste de mercado cero. Entiende que BBVA podía conocer la previsible evolución de los tipos de interés, con el convencimiento de que no perdería dinero con él. En razón de todo ello, solicita la nulidad de dicho contrato por falta de firma y por defecto en el consentimiento fundamentado en la falta de información y la condición de abusivas de las cláusulas del contrato. Se pretende la declaración de la existencia de causa torpe con los efectos del artículo 1.306.2ª del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#), y como efecto subsidiario, la recíproca restitución de las prestaciones realizadas a cargo de cada una de las partes, y subsidiariamente, la resolución de los referidos contratos, sin obligación de la concursada de indemnización alguna.

Por la Administración Concursal, se sostiene la calificación de ordinario del crédito derivado del contrato de permuta financiera a favor del banco, ostentando además la condición de contingente. Se opone además a la condición de privilegio especial del saldo derivado del préstamo hipotecario (sin perjuicio de que en la demanda, con algún titubeo, se acabe peticionando como ordinario). Asimismo, dado que el crédito no está vencido y no es exigible, y puesto que se están devolviendo cantidades del mismo, solicita su calificación como contingente sin cuantía.

Por último, BBVA se opone a la demanda reconventional por entender que el contrato de swap se contrató por teléfono (se aporta la correspondiente transcripción de la conversación), estando válidamente concertado. Así, el administrador social que lo hizo tenía capacidad para ello, se le explicó por parte de la oficina bancaria las características y funcionamiento del producto, los tipos de cambio, la forma de liquidación, término, y los perjuicios y problemas que podrían originarse. Entiende que el banco cumplió las exigencias de información, que luego se confirmó la operación por escrito, y que todo ello tiene su referencia en el contrato marco de acceso público en la web de la Asociación Española de la Banca. Considera regulares y conforme a contrato las liquidaciones derivadas de la operación (que si acompañan a su escrito de contestación a la reconvencción).

De esta forma, en el trámite delimitador del objeto de la prueba se fijaron como hechos no controvertidos que los 300.000 euros constituían el importe nocional del contrato de permuta de intereses, que el mismo sigue vigente; que se contrató telefónicamente el 29 de enero de 2.008, confirmándose por escrito en documento con fecha 6 de febrero de 2.008; y que se remitía a un contrato marco localizable en la página web de la Asociación de la Banca Española. Tampoco se discutía que el objeto de la actividad de la entidad concursada era la reforma de viviendas y construcción, que la misma es regida por dos administradores solidarios de profesión albañiles, soliendo tener unos 4 ó 5 albañiles contratados, que en las épocas de mucho trabajo llegaron a alcanzar el número de 20 albañiles contratados. La discusión se centra en

determinar si el administrador social que contrata el swap fue informado o no de las condiciones del mismo en las oficinas de la entidad reconvenida, y si las liquidaciones acompañadas a la contestación a la demanda reconventional son válidas y han sido comunicadas a C--- SL.

SEGUNDO

Por lo que respecta al préstamo hipotecario, respecto al cual la concursada es fiador, la discusión (tal y como se aclaró en la vista), se reduce a determinar si el crédito es contingente o no; puesto que la parte actora puntualiza en la vista que su pretensión es que el importe adeudado a fecha de declaración de concurso sea calificado como ordinario (también lo decía en la demanda, aunque las referencias a la garantía real inscrita en registro público, hiciera dudar a las partes demandadas, quienes pasaron a combatir en sus escritos rectores una petición de privilegio especial).

De esta forma, debemos decidir si el crédito es contingente o no, a partir de la vigencia de un préstamo hipotecario que se está devolviendo por parte de los prestatarios a la entidad bancaria en los términos fijados; sin que se haya acudido a la ejecución de algunas de las garantías que aseguraban aquel. Sobre esta cuestión, nada dice la parte actora en la vista (no hace referencia a ningún tipo de impago, retraso o problema al respecto), señalando el administrador concursal en la vista que parte de la cantidad adeudada a fecha declaración de concurso ya se ha devuelto por los prestatarios al banco.

Pues bien, dado que el préstamo hipotecario en cuestión se desarrolla sin incumplimiento aparente entre las partes, deben darse por buenas las consideraciones realizadas por el órgano auxiliar del Juzgado, en cuanto que no existe ningún crédito vencido ni liquidado frente a los garantes de aquel. La entidad bancaria no ha procedido a ejecutar la garantía real respecto al bien propiedad del prestatario, ni se ha dirigido contra el fiador por un importe adeudado concreto. De esta manera, el único encuadre posible sólo tiene encaje en el artículo 87.3 [LECO \(RCL 2003, 1748\)](#), un crédito contingente sin cuantía y por la calificación que corresponda; la cual, ya se adelanta, atendiendo al principio dispositivo (las partes se muestran de acuerdo) y a que el bien hipotecado no pertenece a la concursada, será en el momento en que venza y se liquide el crédito, la de ordinario.

TERCERO

Por otro lado y por lo que respecta al 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 swaps 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 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 \(RCL 2009, 2193 y RCL 2010, 1119\)](#) de servicios de pago, de reforma del [Real Decreto Legislativo 5/2005 \(RCL 2005, 503\)](#), 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 \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#). 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 reconvenzional 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 \(LEG 1889, 27\)](#). 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".

Analicemos, de esta manera, el contrato de swap cuyas visicitudes no se han cuestionado, fuera aparte de esa información específica que, BBVA sostiene, recibió el representante de la concursada en una de sus sucursales, y que la parte reconviniente niega. Extremo éste, que no puede ser acreditado, puesto que la alegación de la entidad bancaria es genérica, sin determinar la sucursal bancaria donde se proporcionó la información, ni el empleado en concreto, ni su fecha; y sin que, muchísimo menos, se intente ninguna suerte de prueba al respecto, estando como está la misma en el ámbito de disponibilidad de la entidad reconvenida. De esta forma, el contrato que procede analizarse consiste en una conversación telefónica, una confirmación escrita del mismo, y una remisión unilateral de parte a un contrato marco publicado en una página web. Asimismo, el banco considera que resultan procedentes las liquidaciones que anuncia en su demanda y presenta en su contestación a la reconvenición; impugnándolas la parte reconviniente.

Así y en primer lugar, el día 29 de enero de 2.008 entre las partes se produjo una conversación telefónica (documento nº 1 de la contestación a la reconvenición) en la cual el empleado del banco procede a leer las condiciones del contrato por teléfono, enviando posteriormente el contrato redactado conforme a dichas condiciones. Se indica, en esta línea, que se contrata una cobertura de tipos de interés con un nominal de 300.000 euros, a plazo de 5 años en los que las liquidaciones son trimestrales, las revisiones trimestrales, y el euribor de referencia es el euribor 3 meses, y que el mismo que se coge es el de dos días antes del inicio de cada trimestre. El cliente paga al banco el 4.26 trimestralmente durante la vida de la cobertura y el banco paga al cliente el euribor 3 meses trimestralmente, que revisa cada tres meses.

El 6 de febrero de 2.008 se suscribe la confirmación (documento nº 2 de la contestación a la reconvenición), en la cual se indica que las partes acuerdan hacer todo lo posible para negociar y firmar un contrato marco de operaciones financieras en la forma publicada por la asociación española de banca privada (AEB) con las modificaciones de buena fe que se acuerden. Con dicha firma la confirmación formará parte y estará sujeta al mismo, encontrándose el contrato marco a disposición de las partes en la web indicada. A continuación se indican los términos de la operación: importe nominal, plazos, importes variables (pagador, importe nominal, periodo de cálculo, fechas de pago, tipo variable del 4.383000% con la referencia de liquidación EUR-EURIBOR- TELERATE, diferencial 0%, base de liquidación 30/360, capitalización no aplicable, fechas de determinación de interés variable a 2 días hábiles antes del día inicial de cada periodo de cálculo de intereses, días hábiles para EUR, TARGET para fijaciones y TARGET para pagos; y convención día hábil al día siguiente modificado), importe fijo (pagador, interés nominal EUR 300.000.00, fecha de pago cada 3 meses el día 31 sujeto a la convención del día hábil, ajustando para el cálculo de intereses, tipo fijo 4.260000%, base de liquidación 30/360, convención día hábil el día siguiente modificado, días hábiles para EUR, TARGET para pagos; siendo agente del cálculo el BBVA a menos que se especifique otra cosa en el contrato marco), instrucciones para pago, oficinas, broker, convenio arbitral y declaración de partes. Como cláusula quinta se especifican modificaciones al contrato marco, en relación a los supuestos de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes, considerando que las remisiones al importe superior al establecido en el Anexo I se entienden efectuadas (para C--- SL) a la cantidad menor entre el 5% de sus fondos propios y 3.000.000 euros o su equivalente en cualquier otra divisa; y (para BBVA) el menor entre el 2% de sus fondos propios y 10.000.000 euros o su equivalente en cualquier otra divisa. Asimismo y en relación a los pagos, las partes se autorizan para aplicar al pago de cantidades adeudadas y no abonadas, los saldos, depósitos, toda clase de cuentas en cualquier moneda, que la deudora mantenga con la acreedora, facultando a reducir o cancelar, sin previo aviso, abonando, traspasando o realizando valores u otra clase de títulos, derechos o depósitos, incluso plazo; debiendo comunicar la acreedora a la deudora el detalle de la compensación utilizada.

Se acompaña junto a la referida confirmación escrita, copia el contrato marco elaborado por la Asociación Española de la Banca Privada (que recordemos, no fue firmado por las partes, sino que se encontraba colgado de la página web de dicha asociación). En el mismo, en 23 cláusulas, se expresa la naturaleza del contrato, las definiciones de los conceptos utilizados (de 23 términos, entre ellos, los tipos de interés, el

valor de mercado, y la valoración sustitutiva), la interpretación en caso de discrepancia entre la parte dispositiva del contrato marco y el Anexo I (prevaleciendo este último), y con la confirmación (prevaleciendo esta última). A continuación se define el objeto del contrato, el desarrollo del mismo, el cambio de cuenta, la liquidación por saldos, y los intereses de demora del artículo 317 del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) y otras cantidades. Se definen también las confirmaciones, la moneda de la operación y las causas de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes (entre las que figuran la declaración de insolvencia), por circunstancias objetivas sobrevenidas, así como sus consecuencias. Al respecto se trata específicamente los efectos de la fijación de una fecha de vencimiento anticipado, el estado de las cuentas y el cálculo de la cantidad a pagar. Dicha cantidad resultará de la suma del importe de liquidación (calculado por la parte no incumplidora) de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado y el equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte no incumplidora, menos el equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte incumplidora. Si no fuera posible determinar un valor de mercado, o aún no siendo posible, el resultado no fuera comercialmente aceptable, la cantidad a pagar será una cantidad equivalente a la valoración sustitutiva de las operaciones, cuyo vencimiento se haya anticipado, y respecto de las cuales no sea posible determinar un valor de mercado. Por último, se regulan los pagos (con una similar facultad de aplicación a la prevista en la confirmación escrita), cláusulas generales, cesión, grabación, gastos, notificaciones, vigencia, legislación aplicable y fuero.

Al mismo, se acompaña un Anexo I sobre interés de demora, liquidación por saldos, garantías, agente de cálculo, importes, situaciones de insolvencia, causas de vencimiento anticipado, efectos retroactivos y convenio arbitral (además de con cláusulas optativas a incluir). Se adjunta también un Anexo II para la interpretación de las confirmaciones de operaciones documentadas al amparo del contrato marco, entre otras el agente del cálculo, la base de liquidación, la cantidad a pagar Cap (con una fórmula matemática), cantidad resultante (con varias fórmulas matemáticas), el Cap, collar, comprador de FRA, comprador de la opción, convención día hábil y demás fechas, divisa CALL o divisa de compra, divisa PUT o divisa de venta, estilo de Opción, 13 fechas distintas, floor, futuro, hora de vencimiento, 5 tipos de importes, margen o diferencial, número de días del periodo de referencia, 8 tipo de opciones, 3 tipos de operaciones, pagador del tipo fijo, pagador del tipo variable, par de divisas, 3 tipos de periodo, 9 tipos de permutas con fórmulas matemáticas, precio de ejercicio, prima, referencia de liquidación, 7 clases de tipos, vendedor de FRA, y vendedor de la Opción.

Por último, como documento nº 5 se acompaña una liquidación del banco en el cual se observa que en los trimestres que van desde el 30 de abril de 2.008 hasta el 30 de enero de 2.009 se efectúan liquidaciones por importes de 92,25 euros, 441 euros, 525,74 euros y 425,25 euros positivas para la concursada. Y desde tal fecha hasta el 30 de abril de 2.010, las liquidaciones son negativas en una línea descendente: 1.608,75 euros, 2.157 euros, 2.517,75 euros, 2.622,53 euros y 2.726,21 euros. En la liquidación se reseña la fecha de vencimiento, el nominal de 300.000 euros, lo que paga cada parte y el neto, sin referencia a los cálculos utilizados.

CUARTO

Pues bien, analizada toda la prueba obrante en autos, se puede apreciar como BBVA vende en un momento concreto un producto bancario al administrador social de la entidad posteriormente contratada, consistente en una cobertura de tipos de interés. La información se suministra inicialmente por teléfono, indicándose en la correspondiente conversación los datos del plazo del contrato, el nominal, las liquidaciones y los tipos de interés que cada parte se compromete a abonar.

Posteriormente se suscribe la confirmación del contrato, en la cual se incluyen, además de los conceptos referidos por teléfono, otros muchos a los que no se había hecho mención: una remisión a un contrato marco que debe firmarse, diferenciales, base de liquidación, días hábiles, agente de cálculo, supuestos de vencimiento anticipado, remisión a importe superior, y autorización recíproca entre partes de compensaciones automáticas.

Y en un tercer grado, se alega por el banco la existencia de un tercer documento, el contrato marco en cuestión, colgado en una página web, que no es firmado por el administrador social, ni existe constancia alguna de que haya conocido el contenido del mismo; a pesar de que la propia confirmación escrita prevea su firma. De esta forma, la operación queda (según la versión que sostiene la parte reconviniente) bajo la cobertura de un nuevo elemento, ampliándose cuantitativa y cualitativamente, respecto a la confirmación (y por supuesto, respecto a la conversación telefónica) el recorrido de la operación. Así se definen los conceptos utilizados (con extremos a los que no se había hecho referencia), se señalan normas de interpretación, se fija la legislación aplicable y el fuero, y se regula las causas de vencimiento (distinguiendo entre circunstancias imputables a las partes, como la insolvencia; y las circunstancias objetivas sobrevenidas), y sus efectos mediante una compleja fórmula para calcular el importe de liquidación. Sobre tal extremo, se prevé una excepción sobre la base de que el resultado no sea comercialmente aceptable (no se dice para quien), en cuyo caso se maneja el concepto de valoración sustitutiva (sin explicar su

alcance).

Todo ello, se culmina con dos anexos amplios, a los que tampoco se había hecho referencia previa, en los que regulan, entre otros, el agente del cálculo, las situaciones de insolvencia, causas de vencimiento anticipado, y efectos retroactivos; y en los que se definen ampliamente una gran cantidad de conceptos que suelen utilizarse en este tipo de operaciones.

Por último, la parte actora realiza unas liquidaciones, sin detallar el cálculo utilizado, para determinar lo que cada parte debe abonar, que sólo son traídas al procedimiento con la contestación a la reconvenición (la demanda solicita la calificación de crédito contra la masa de las liquidaciones que se pudieran practicar, aunque varias de ellas ya estén practicadas); sin que por la entidad bancaria se acredite que las mismas hayan sido oportunamente comunicadas al cliente.

En consecuencia, nos encontramos ante un contrato que el banco define como de cobertura de tipos de interés, que es vendido como un seguro que el cliente contrata para 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). Si bien, el contrato, inicialmente sencillo, se va tornando complejo a medida que se van introduciendo nuevos elementos. Así, la confirmación escrita recoge extremos de importancia no mencionados en la contratación inicial; y un contrato marco y sus anexos (nunca aceptados), transforman la operación en cuestión con cláusulas complejas y exhaustivas, entre las que destacan, la definición del agente de cálculo, específicas causas de resolución, fórmula de liquidación, y cláusula oscura para permitir una alternativa indefinida si el resultado no es comercialmente aceptable (extremos que, indudablemente serán decididos por el agente de cálculo, el banco).

El resultado es que, donde se vendía una especie de seguro con una información ciertamente parca, se convierte en un producto bancario de alto riesgo, de complejo entendimiento, que con la bajada de tipos de interés del mercado mundial, supone la generación de una serie de pérdidas de importancia para el cliente con una tendencia ascendente (obsérvese al respecto el resultado de las liquidaciones de los últimos trimestres). Asimismo el BBVA, en un nuevo giro de tuerca, no resuelve el contrato, sigue girando sus liquidaciones (sin comunicación al cliente), 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 hasta la finalización del contrato en cuestión. Y todo ello, no nos olvidemos, en un escenario en el cual un contratante es una persona jurídica gestionada por dos albañiles que ejercen su profesión 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 (finalmente concretados) que la operación conllevaba.

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 \(RJ 1996, 6820\)](#) 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 \(RJ 1978, 1361\)](#) 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 \(RJ 1945, 16\)](#),- 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 \(RJ 1994, 1096\)](#), según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, 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 \(RJ 1982, 179\)](#)), 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 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 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 \(AC 2009, 56\)](#) (reiterativa de otra del mismo Tribunal de fecha [14 de noviembre de 2.005 \(PROV 2007, 43510\)](#)), 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 un 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 \(RCL 2007, 2302\)](#), 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 las recientes [sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Ourense de fecha 18 de mayo de 2.010 \(PROV 2010, 201794\)](#) (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, se ha acreditado 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 y difícil de analizar, con cláusulas oscuras, que van deslizando 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 y el cálculo de la cantidad 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 \(RJ 2007, 716\)](#) 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 albañilería); 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 indeterminado que ofrece el producto por teléfono), 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 \(AC 2009, 995\)](#) 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 \(LEG 1889, 27\)](#)), 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.

En este punto, la parte demandada y reconviniendo alega la existencia de la causa torpe imputable a una parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.306.2, el cual dispone que cuando aquella, no constitutiva de delito o falta, esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Si bien, tal efecto legal no se aprecia que concurra en este caso, atendiendo a que, cuanto menos, sobre el papel, la realidad del contrato respondía a una relación entre determinadas referencias, que habilitaban la posibilidad de pérdidas para el banco, generando un eventual desplazamiento patrimonial en ambos sentidos.

No pudiendo acudir, por ello, al efecto previsto en tal precepto legal, procede la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1.303). La cuestión que surge en este punto y que enlaza con la acción que inicia este procedimiento, es que no se ha podido (tal y como se ha argumentado), seguir el hilo del desarrollo contractual, desconociendo que cantidades se han podido venir pagando por una parte o por la otra. Asimismo, ya se ha señalado que la documentación obrante en autos no justifica el saldo deudor que BBVA concreta en su documentación, conclusión a la que llegaba la Administración Concursal, en su calificación del crédito. 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.

De esta forma, procede desestimar la demanda principal, estimar la reconvención declarando la nulidad del contrato, y determinar que no existe crédito ordinario, ni contingente 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 \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), 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 BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apalategui Carasa, frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de C--- SL; y frente a la propia concursada C--- 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

Mantener la calificación de crédito contingente derivada del préstamo hipotecario nº NUM000, concedido a D. Joaquín y a Dña. Filomena, con fianza solidaria otorgada por C--- SL, sin cuantía y por la calificación que corresponda.

3

ESTIMAR la demanda reconvencional formulada por C--- SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; frente a la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA,

representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apalategui Carasa; declarando la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés con referencia B00002708680, concertado el 29 de enero de 2.008 y firmado el 6 de febrero de 2.008.

4

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

5

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. 197.3 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. 197.3 LC)

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, 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 30 de junio de 2010.