

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº CUATRO DE CÓRDOBA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 524/10



SENTENCIA Nº 287/10

En Córdoba, a quince de diciembre de dos mil diez.

D. Víctor Manuel Escudero Rubio, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº Cuatro de Córdoba, ha visto los presentes autos de juicio ordinario nº 524/2010, promovidos por S.L., representada por el Procurador Sr. Roldán de la Haba y asistida del Letrado Sr. Roldán Garrido, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el Procurador Sr. Bergillos Madrid y asistida del Letrado Sr. Villareal Luque, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 11 de marzo de 2010, el Procurador Sr. Roldán de la Haba, en representación de KVA SUR, S.L., presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano, que por turno de reparto correspondió al presente Juzgado.

La demanda se fundaba en los hechos y fundamentos de derecho que se recogen en el citado escrito y terminaba suplicando que "se dicte sentencia por la que estimando en su integridad la demanda acuerde declarar nulo el contrato operación de cobertura de tipos de interés suscrito entre las partes el día 2 de julio de 2008:

- A) Condenando a la demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria al pago de MIL QUINIENTOS SEIS EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (1.506,15 €) por las liquidaciones de estructura, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato;
- B) Condenándola igualmente a la demandada a anular las liquidaciones de intereses por los descubiertos en cuenta originados por los cargos de la operación de cobertura.
- C) Condenando asimismo a la demandada al pago a la actora de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar". En este sentido, el comportamiento de BBVA, S.A. no ha sido el exigido por la legislación vigente y ha influido decisivamente en el error padecido por la actora.

Por todo ello, debe de entenderse que concurre el error en el consentimiento invocado por la parte actora.

En este sentido, debe mencionarse la SAP de Asturias (Secc. 5ª) de 23 de julio de 2010 (ROJ: SAP O 1787/2010) que en un caso similar al presente señala que *"todo lo cual dicho, es el momento de decidir sobre la concurrencia o no del error y la respuesta debe de ser positiva.*

A la fuerza ha de reiterarse; el cliente del Banco es una entidad dedicada a la hostelería que buscaba con la contratación de las permutas de intereses protegerse frente a las fluctuaciones del mercado; el Banco tomó la iniciativa de la cancelación del contrato vigente y su sustitución por otros con distintas condiciones que él elaboró y decidió presentándolo a la firma del cliente asumiendo así cierto papel de gestión de los intereses del cliente (si nos atenemos a como el director de la sucursal explicó la razón de tomar la iniciativa de la revisión del contrato vigente) lo que lleva a volver la vista hacia los descritos deberes de diligencia y transparencia que la normativa del mercado de valores exige de quien actúa en él a la par que colocaba al Banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la estructura que posee la entidad bancaria para valorar la oportunidad del cambio.

De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a una previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interes variable (euribor).

Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar.

De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se

reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.

Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).

Es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, pero lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y si hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente".

El mismo criterio sigue la SAP de Asturias (Secc. 5ª) de 27 de enero de 2010 (ROJ: SAP O 1/2010).

Específicamente en relación al problema de la cancelación anticipada, la SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2010 (ROJ: PO 637/2010) afirma que "siendo especialmente resaltable la desinformación, incluso tras una detenida

lectura de las cláusulas de los contratos litigiosos, acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes (al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación- y tampoco incluir referencia específica alguna al criterio del cálculo de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada), de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis”.

Todo ello conlleva necesariamente a la estimación de la demanda, condenándose a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y a anular las liquidaciones de intereses derivadas de los descubiertos en cuenta originados por los cargos de la operación de cobertura, conforme a lo previsto en el art. 1.303 CC.

CUARTO: Conforme a lo previsto en el art. 576 LEC, la cantidad objeto de condena devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

QUINTO: Al haberse estimado la demanda, deben imponerse al demandado las costas del proceso, conforme al art. 394.1 LEC.

A la vista de tales antecedentes de hecho y fundamentos de derecho

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador Sr. Roldán de la Haba, en nombre y representación de S.L., contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,

1. Debo declarar y declaro la nulidad del contrato "stockpyme I-bonificado operación de cobertura" suscrito por las partes el 2 de julio de 2008 (documento nº 2 de la demanda).
2. Debo condenar y condeno a la demandada a pagar al actor la suma de 1.506´15 euros, así como las cantidades que como "liquidaciones de estructura" derivadas contrato indicado en el punto anterior se hubieran cargado en la cuenta corriente de la actora asociada al mismo desde la interposición de la demanda.

3. Debo condenar y condeno a la demandada a anular las liquidaciones de intereses por los descubiertos originados en la citada cuenta como consecuencia de los cargos derivados del contrato indicado en el punto 1.
4. La cantidad antes indicada (1.506'15 euros) devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.
5. Se condena a la demandada al pago de las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de apelación , previa consignación como depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado (1439) de la Entidad Banesto, conforme a la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que modifica la LOPJ. El recurso habrá de prepararse ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación en los términos previstos en la LECN. Publíquese y llévase el original de esta sentencia al libro correspondiente y su testimonio a los autos.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe en audiencia pública, por ante mí, la Secretaria, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

Subsidiariamente y para el caso de no decretarse la nulidad por vicio en el consentimiento, se decreta por falta de causa. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.”

La demanda fue admitida a trámite, emplazándose, con traslado de la demanda y de los demás documentos aportados, al demandado para que en el plazo de veinte días compareciera y contestase, lo que llevó a cabo en el sentido de oponerse a ella, con imposición de costas para la parte contraria. Previamente, la parte demandada formuló declinatoria que fue desestimada.

SEGUNDO: Seguidamente, se convocó a las partes a la audiencia previa prevista en el artículo 414.1 LEC, en la que comparecieron todas las partes. Las partes se ratificaron en sus respectivos escritos. El actor propuso como prueba la documental, la testifical y el interrogatorio del demandado. El demandado, la documental y el interrogatorio del actor. Dichas pruebas fueron admitidas en los términos que figuran en el acta correspondiente.

TERCERO: El 23 de noviembre de 2010 se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas admitidas y las partes formularon verbalmente sus conclusiones, tras lo cual quedaron los autos sobre la mesa para dictar sentencia.

CUARTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: S.L. pretende la declaración de nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés suscrito con la demandada el 8 de julio de 2008, con los efectos inherentes a tal declaración: devolución de las cantidades indebidamente cobradas y anulación de las liquidaciones de intereses por descubierto en cuenta. Se funda la nulidad en el error en el consentimiento y en la falta de causa, dada la vinculación con el contrato de financiación extinguido. BBVA, S.A. mantiene la eficacia del contrato.

SEGUNDO: El error en el consentimiento se encuentra recogido, básicamente, en el art. 1.266 del Código Civil. Interpretando dicho precepto, la STS de 12 de noviembre de 2004 fija los presupuestos necesarios para que dicho error produzca el vicio del consentimiento, y en consecuencia, la nulidad del contrato, afirmando que *"con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 (RJ 2002\7145) recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil (LEG 1889\27) y establece que*

«será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994\1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994\1645])».

El contrato suscrito entre las partes reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado. Según la doctrina, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora nos interesa el llamado swap de intereses.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables

en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Un paso más en la protección de las personas que contratan los servicios antes indicados lo constituye la Ley 47/2007, que reformó Ley de Mercado de Valores de 1988, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (*art. 78 bis*); reiteró 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 objetivos (*art. 79, bis nº 3, 4 y 7*).

Por último, el *R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero* sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (*Artículos 60 y siguientes, en especial 64* sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

En relación a esta materia, cobran también especial importancia las Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España. Sobre esta cuestión, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza de 15 de septiembre de 2010 (ROJ: SJPI 21/2010) analiza las resoluciones de 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, de las que extrae las siguientes consideraciones:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

- para su comprensión y correcta valoración se requiere formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

- se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que , con anterioridad a la formalización de la operación , se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas , considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

- entre la clientela tradicional , conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias de nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del vencimiento. Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

- en definitiva , las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como a) el hecho de que bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas) las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial de tipos a pagar y cobrar en cada periodo; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Y es que tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la

permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no de contratar el producto ofrecido. Se llega a considerar procedente que se incorpore, a modo de ejemplo, un cuadro que cuantifique el importe de cada liquidación en función de los distintos escenarios de tipos de interés.

TERCERO: Partiendo de este marco referencial, hay que analizar los diversos fundamentos en los que la parte actora asienta la existencia del error.

En primer lugar, sostiene que la operación se le ofreció como una especie de seguro para protegerse frente a la subida de tipos de interés, lo que fue asumido por el representante de S.L. Es cierto que el nombre que figura en el contrato (documento nº 2 de la demanda) no resulta especialmente acertado desde ese punto de vista. En el encabezamiento se indica "stockpyme I-bonificado operación de cobertura". El diccionario de la Real Academia Española fija como uno de los significados de "cobertura" la acción de cubrirse o prevenirse de alguna responsabilidad. Por ello, el nombre puede inducir a cierta confusión, ya que mediante el contrato en cuestión el cliente no se "cubre" propiamente de la subida de tipos de interés, sino que establece unos flujos de capital en función de la evolución de tipos de interés, de modo que si bajan de cierto límite el flujo tendrá carácter negativo para el cliente, que por otra parte se ve beneficiado con la bajada del tipo de interés en el contrato principal (póliza de crédito en este caso), y si suben de cierto punto el flujo será positivo para el cliente, que en este supuesto sufre las consecuencias de las consecuencias negativas en el contrato principal.

Ahora bien, lo desacertado del nombre no es suficiente para entender que existe un error, y ello por varios motivos.

En primer lugar, en el propio contrato se explica el mecanismo de la operación y se establece la posibilidad de que, como consecuencia de ello, sea el cliente el que resulte deudor frente al banco. Frente a ello, no puede alegarse con éxito, como hizo el representante de S.L., que no se leyó el contrato. Tal circunstancia impediría que pudiera hablarse de un error en términos jurídicos, puesto que haría que el mismo le fuera imputable.

En segundo lugar, lo característico del contrato de seguro es la existencia de un prima que paga el tomador como remuneración a la aseguradora por el riesgo que se cubre. En el contrato no se pactó ningún tipo de prima, así como tampoco durante su desarrollo inicial KVA SUR, S.L. pagó ninguna cantidad a la que se le

pudiera atribuir tal carácter, puesto que BBVA, S.A. lo que hizo fue cargar en la cuenta de S.L. los resultados de la liquidación, que ascendían a distintas cantidades, por lo que difícilmente el representante de la actora pudo pensar que se trataba de un prima. Además, según explicó el representante de S.L., el comercial que le vendió el producto le indicó que éste no tenía un costo real y se refirió a 30 euros al año, lo que debió levantar las sospechas del representante de S.L., puesto que la banca rara vez ofrece productos a coste cero en operaciones de este tipo si no obtiene beneficios de otro modo.

En tercer lugar, en el acto del juicio declaró como testigo el comercial de BBVA, S.A. que intervino en la contratación del producto, D. Javier Serralbo Sánchez. Éste puso de manifiesto como explicó al representante de S.L. el funcionamiento del producto en los términos que resultan del contrato. En principio, no existe razón alguna para creer que ello no fuera así y que D. Javier Serralbo Sánchez le mintiera indicando que se trataba de un simple seguro, ya que esa hipotética mentira quedaría claramente al descubierto con la simple lectura del contrato por parte del representante de S.L. Por tal motivo, debe entenderse que el testigo explicó la operación, al menos en términos generales, lo que descartaría que el representante de la actora pudiera creer con fundamento que se trataba de un seguro. Cuestión distinta es que el testigo pudiera minimizar los riesgos de la operación o no explicarlos de forma completa, lo que se analizará a continuación.

Lo anterior no es, sin embargo, óbice para entender que concurre un error por parte de representante de S.L. que determina la existencia de vicio del consentimiento. Ese error recaería no sobre la naturaleza del negocio celebrado, sino sobre otros elementos esenciales del mismo: el riesgo derivado de una deficiente información por parte de la demandada y el coste económico de la cancelación anticipada.

El error sobre el primero de esos elementos resulta, básicamente, de la omisión por BBVA, S.A. de suministrar al representante de S.L. una mínima información sobre las previsiones de evolución los tipos de interés. Conforme a la normativa antes expuesta, el banco tenía la obligación de proporcionar al cliente toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión. A ello, hay que unir que S.L. tiene la consideración de cliente minorista, tal y como se infiere de la "aportación de información y datos del cliente y/o del representante" (documento nº 2 de la contestación), en el que se indica que no tiene experiencia

en la contratación de productos similares, sin que, por otra parte, tampoco haya resultado acreditado que S.L. tenga un departamento financiero o director financiero que adopte las decisiones de contratar instrumentos financieros. Igualmente, no cabe duda que BBVA, S.A., con anterioridad de ofrecer a sus clientes el producto "stockpyme I-bonificado operación de cobertura" y fijar en los contratos el "tipo variable BBVA" y el "tipo variable cliente", que son los tipos de interés que determinan la circulación de flujos, realizó un pormenorizado estudio de la evolución previsible del euribor. No resulta creíble que una entidad bancaria acometiera un contrato de este tipo, que tiene un cierto carácter aleatorio, sin que su servicio de estudios hiciera una previsión de la evolución de los tipos interés en el futuro. Pues bien, a pesar de contar con esa previsión y siendo BBVA, S.A. el que fija el "tipo variable BBVA" y el "tipo variable cliente", no facilita aquélla a S.L., incumpliendo la normativa antes expuesta e impidiendo que la actora pudiera formar su consentimiento de forma consciente, conociendo los riesgos reales de la operación. Este error sobre el riesgo derivado del contrato recae sobre un elemento esencial del contrato, como son sus consecuencias económicas, y no es imputable a S.L. y no ha podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, puesto que difícilmente la actora hubiera podido acceder a previsiones fiables sobre la evolución del euribor, cuando se trata de una pequeña empresa de suministro de componentes eléctricos.

Otro tanto puede decirse del derecho a la cancelación anticipada por parte del cliente. S.L. solicitó la cancelación y la demanda se comunicó que el coste económico de la operación ascendía a 5.279'35 euros. En el contrato, se atribuye al cliente un derecho de cancelación anticipada, sometido únicamente al requisito de que se comunique al banco con cinco días de antelación a la fecha en la que se pretenda que tenga lugar la cancelación. Es BBVA, S.A. quien fija inicialmente la cantidad que como consecuencia de la cancelación debe abonar una u otra parte, "según sus cálculos". En caso de que el cliente no esté de acuerdo, BBVA, S.A. solicita a la "entidad de referencia" que le comunique "el importe que cobraría (expresado en signo positivo) o que pagaría (expresado en signo negativo) en la fecha de cancelación, por llevar a cabo una operación que mantuviera el valor económico que para BBVA tendría en dicha fecha la presente operación". Es decir, se deja a un tercero, que no concreta, la determinación del importe de cancelación, que lo asemeja al valor de mercado de la operación en ese momento. Como vemos, las consecuencias económicas de la cancelación adolecen de una absoluta indeterminación, lo que hace que S.L. no pudiera conocer o

aproximarse, ni remotamente, a las mismas. D. Javier Serralbo Sánchez manifestó que explicó al representante de S.L. el sistema de cancelación anticipada, pero el testigo manifestó no recordar que hubiera hecho alguna simulación al respecto, a fin de que aquél pudiera tener alguna idea mínimamente aproximada al respecto.

A todo esto hay que añadir una serie de consideraciones que refuerzan aún más la aplicación de la doctrina del error del art. 1.266 CC:

1.- Que fue BBVA, S.A. quien ofreció a S.L. el producto en cuestión, según manifestó en el acto del juicio D. Javier Serralbo Sánchez.

S.L., que llevaba quince años trabajado con la demandada, según indicó su representante, necesitó la apertura de un póliza de crédito, siendo entonces cuando BBVA, S.A. "le ofreció" la suscripción de un "stockpyme I-bonificado operación de cobertura".

2.- BBVA, S.A. se encuentra en una posición preeminente respecto de S.L. respecto de la relación contractual, debiendo de recordarse que S.L. necesitaba obtener una vía de financiación para su negocio. Tal circunstancia obligaba a BBVA, S.A. a extremar su deber de información a fin de que de S.L. conociera realmente las posibles consecuencias del negocio y pudiera decidir sobre el mismo con conocimiento real de los riesgos, tal y como exige la legislación vigente.

3.- La importancia del comportamiento de la parte contraria. En este sentido, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual a la hora de calificar el error de uno de los contratantes debe tenerse en cuenta, además de otras circunstancias (el asesoramiento letrado, por ejemplo), el comportamiento de la otra parte en relación a la formación de ese error. Concretamente, la sentencia de 4 de enero de 1.982, que afirma en relación con el requisito de la excusabilidad que dicho "elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código Civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976), aunque sí mencionado en el campo del Derecho foral (Ley 19, párrafo segundo, del Fuero Nuevo de Navarra), y por lo tanto negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484, "in fine", para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1258), pues si el adquirente tiene el deber de