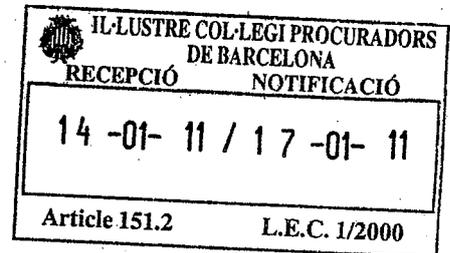




Pablo Jaquet  
(Juras)

Juzgado De Primera Instancia  
Número Veintinueve  
Barcelona

Juicio ordinario 264/10.  
Negociado A2.



## SENTENCIA. 262/10

En la ciudad de Barcelona, a 29 de diciembre de 2010.

Vistos por mí, Yolanda Sánchez Gucema, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº29 de los de esta ciudad, los autos de JUICIO ORDINARIO seguidos en este Juzgado y registrados bajo el número 264 del año 2010, a instancia de la mercantil .. representada por el Procurador Dña. Susana Bravo Sánchez, asistido de su Abogado D. Jordi Ruiz De Villa Jubani, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro, y asistido por el Letrado D. Rafael Castellano Lasa y atendiendo a los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.-** Con fecha de 25 de febrero de 2010, el Procurador Dña. Susana Bravo Sánchez, en nombre y representación de .. interpuso demanda de Juicio Ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación solicitaba que se dictase sentencia por la que estimando íntegramente se:

- declare la nulidad de la operación swap de fecha de 1 de octubre de 2008 entre .. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA de conformidad con el art. 1303 CC, en base a las causas señaladas de forma subsidiaria en el fundamento jurídico IX, 1 y se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones



abonadas por : junto a los intereses que se hayan devengado.

Subsidiariamente, conforme al mismo fundamento, se declare el incumplimiento por parte de BBVA de sus obligaciones contractuales de la diligencia de lealtad e información en la venta asesorada del swap, objeto del presente procedimiento, y se declare la resolución del contrato de permuta financiera efectuada con el actor fue ajustada a derecho, y conforme al art. 1101 se condene a BBVA a devolver como daños y perjuicios todas las cantidades que i hubiere satisfecho hasta la ejecución de sentencia junto a los intereses que se hayan devengado.

- De forma acumulativa, se condene a BBVA al amparo de los arts. 1101 y 1902 del CC a indemnizar al actor por los daños morales causados por su aparición en el CIRBE a determinar en ejecución de sentencia. Como quiera que
- costas del presente procedimiento.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA quien compareció en tiempo y forma, presentando escrito de contestación a la demanda instando la desestimación íntegra de la misma, condenando a la demandante al pago de las costas causadas.

**TERCERO.-** Se procedió a la celebración de la Audiencia Previa y se inició la fase de proposición de prueba y admisión, previa declaración de pertinencia, con citación de las partes al acto de la vista, en cuya celebración de vista se practicaron todos los medios de prueba propuestos y admitidos, cuyo resultado se da por reproducido.

Tras la práctica de las pruebas, las partes elevaron sus conclusiones, declarándose el juicio concluso para sentencia.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, a excepción de los plazos procesales, debido a la carga competencial de este juzgado.



## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**PRIMERO.-** Se ejercita por el actor acción de nulidad del art. 1300 del CC en base a la no inclusión del requisito ad solemnitatem de forma escrita; subsidiariamente por infracción de las normas imperativas del mercado de valores y por último por error en el consentimiento de [redacted]. De manera subsidiaria se ejercita acción de resolución por incumplimiento de contrato del BBVA.

*Estima la actora, como base de sus pretensiones:*

[redacted] es una empresa familiar con cuatro establecimientos en Barcelona, dedicados a la restauración, basados en métodos artesanos y tradicionales. [redacted] tiene la consideración de cliente minorista y usuario de servicios de inversión, dado que es el cliente destinatario final del servicio que goza de la protección del derecho de consumidores.

El [redacted] acudió a finales de mayo para solicitar al BBVA un préstamo ICO Pyme de 250.000 €, si bien el BBVA accedió a concederle este préstamo condicionándolo a la contratación del seguro de inflación. Si bien este seguro resultó ser un instrumento financiero denominado swap, cuyo importe nominal fue fijado por el BBVA en 1 millón, siendo que el verdadero funcionamiento del swap era desconocido por [redacted]. Dada su situación económica, el actor tuvo que aceptar la condición exigida por el BBVA, siendo decisivas dos características: el tratarse de un seguro de inflación y que la contratación era gratuita. Tras unas someras explicaciones por parte de la [redacted] sobre las condiciones comerciales y beneficios del swap, y viéndose vinculado por la primera fase del préstamo ICO, el actor tuvo que aceptar el seguro de inflación, de manera telefónica, si bien firmando un documento de aportación de información y datos del cliente, sin que [redacted] fuera consciente de los gravísimos riesgos que estaba sumiendo. La conversación con el banco fue rápida y superficial, siendo que el [redacted] desconocía un instrumento tan complejo como un swap. De manera que el banco no hace hincapié en el verdadero alcance de las pérdidas que le podía irrogar, siendo que mediante la conversación telefónica pre confirmó la operación de riesgo.



no tuvo más información del swap hasta que en febrero de 2009 recibió un e-mail del BBVA relativo a las posibilidades de reestructuración cobertura de inflación de , siendo este el momento en que el actor comprendió los efectos del producto contratado con BBVA y el alcance de las pérdidas, requiriendo a BBVA explicaciones al ser vendido como seguro de inflación, siendo en fecha de 27 de marzo de 2009 cuando el BBVA envía a Bopan fax solicitando la firma del swap, sin que se procediera a la misma. Pocos días después, BBVA dirige nuevo requerimiento exigiendo el pago de 26.381'689 €, ante lo cual contesta esgrimiendo la ilicitud del condicionamiento del préstamo ICO y el swap, la falta de información sobre la naturaleza, costes y riesgos del swap, falta de lealtad por parte del BBVA, rechazando el valor vinculante de la conversación telefónica con el departamento de Mercados Globales.

Durante la sustanciación del conflicto, presentó una reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente con la intención de obtener una satisfacción extrajudicial, infringiendo la normativa de protección al cliente por haber acordado de manera unilateral la suspensión del expediente y no haberlo resuelto en el plazo de dos meses.

La mala praxis del BBVA ha causado en el ingreso de la misma en el Cirbe, lo que ha implicado sin más un daño a su imagen dado que su solvencia ha sido cuestionada por las distintas entidades bancarias, de ahí que se solicite la cuantía de daños morales en 13.000 €, si bien este importe podrá incrementarse en el caso de que se comunique al Cirbe nuevos impagos.

Existe un enriquecimiento injusto por parte del BBVA, quien obtuvo un beneficio inmediato de 30.947'7 €, tratándose de una comisión inmediata y unos ingresos asegurados para los años 2008 y 2009.

*Se opondrá Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, exponiendo:*

Se admite que está considerado como cliente minorista sin embargo, se niega que tenga la consideración de usuario de servicios financieros y por ello, no le es aplicable la normativa de protección de consumidores. es una mediana empresa con un capital social de 880.000 €, cuyo número de trabajadores excede en ocasiones de 100 y cuyo importe de negocios en 2008 fue de 4.764.542€. no es consumidor a los efectos de la LGDCU, tal y como puede observarse del art. 3 del RDTO de 16 de noviembre de 2007 y art. 5 de la Ley 22/2007. La clasificación de cliente como minorista o profesional



viene recogida en el art. 78 bis de la LMV, de manera que la clasificación MiFID se fundamenta en criterios de tamaño, sin que ello implique consideración de usuario. Con los datos que resultan de las cuentas anuales de I no parece que pueda sostenerse que contratar un swap de inflación sea ajeno a su actividad empresarial. El contrato firmado se enmarca en la gestión de riesgo de inflación de una persona jurídica que ejerce como empresario no consumidor, sin que sea extraño que un experto financiero quiera cubrir los riesgos ligados a la inflación o sacar provecho de sus propias expectativas. El administrador de tiene una sólida formación económica financiera al ser licenciado en Ciencias Económicas por la UAB y tener un MBA por el IESE de Barcelona.

Se niega por el BBVA la supuesta vinculación de la concesión del préstamo ICO a la contratación del swap ni tampoco que fuera comercializado como un seguro. BBVA no prestó un servicio de asesoramiento en materia de inversión definido en el art. 63.1.g de la LMV, dado que BBVA se limitó a la comercialización no individualizada de un producto advirtiendo al cliente de que debía ser él mismo quien valorara si se ajustaba a sus necesidades. La operación no se había diseñado específicamente para ella por el BBVA y que debía ser ella misma quien la analizara. Aunque no hubiere contratado el derivado, el préstamo seguiría válido, lo que demuestra que el Banco no ha actuado de manera desleal, no existiendo vinculación entre el swap y el préstamo ICO, de manera que se niega que la contratación del swap fuera la única vía que el permitía obtener el segundo tramo del préstamo. En ningún momento el BBVA se refirió al swap como un seguro sino como cobertura de inflación. reconoce haber sido previamente informado por el BBVA acerca del funcionamiento y riesgos de la operación tanto por D. del Departamento de Tesorería de BBVA como con la gestora Dña. , interviniendo el actor activamente en la contratación telefónica del producto, obteniéndose de la misma que el actor entiende que la operación es el pago de un tipo fijo por parte de frente al de la tasa anual de inflación por parte del BBVA. De manera que de la conversación telefónica, se evidencia que entendió desde un inicio que no se trataba de un seguro. declaró en el documento nº10 conocer este tipo de producto, realizando una llamada en paralelo justo antes de expresar su acuerdo a la contratación de la operación, al contable de su empresa y tras un asesoramiento financiero por parte del . La grabación comienza explicando al cliente que el modo de contratación es telefónica y el cliente lo acepta, de manera que nunca se le



manifestó que debía recibir el contrato por escrito, siendo preconfirmado por correo electrónico.

En fecha de 26 de febrero de 2009, BBVA ofreció al cliente dos alternativas para reestructurar el producto acompañando una presentación comercial.

Respecto a las reclamaciones contra el Defensor del Cliente, al ser ajeno a la organización del BBVA nada se le puede reclamar a la parte demandada.

En torno a la inclusión de [redacted] en el Cirbe es consecuencia directa de la Orden de 2004, siendo que BBVA ha declarado los riesgos que tiene [redacted] quien no ha abonado la liquidación negativa correspondiente al derivado, siendo curioso que Bopan solicite la restitución de las prestaciones, cuando no ha abonado ninguna.

**SEGUNDO.** En primer lugar, dada la conflictividad existente en torno a la complejidad o no del contrato existente entre ambas partes, procede analizar la naturaleza del swap.

Así diferentes resoluciones muy recientes de Ilustres Audiencias Provinciales como la de Cáceres de 18 de junio de 2010, de Ávila de 9 de septiembre de 2010, de Pontevedra de 13 de octubre y 7 de abril de 2010, la de Zaragoza en sentencias de 26 y 4 de octubre de 2010, así como la de Asturias de 23 de julio de 2010, coinciden en su definición:

"El contrato litigioso suscrito entre la empresa demandante y el BBVA, en los que son objeto de contratación diversas modalidades de un producto financiero denominado "swap fijo de inflación, revisten 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. Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos. Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados



financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa. Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, 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 períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. Se trata el swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica. Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos



parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nomenclativa, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *artículo 1.799 Código Civil* atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian.

Siguiendo a Estanislao, establece como características del contrato las siguientes: A) Es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que genera diversas relaciones obligatorias; B) Es un contrato atípico, no regulado como tal en nuestro Derecho, aunque se haga mención al mismo en la legislación que más arriba se ha indicado. C) Es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos, de su reclamación por vía judicial puede resultar más ventajosa, esta última si se incorpora además a un documento público; D) Es un contrato bilateral, generador de recíprocas obligaciones a cargo de las dos partes; E) Es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien, una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la "exceptio non adimpleti contractus"; F) Es un contrato de duración continuada que no se agota en la realización de una



...sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato; G) Es un contrato en el que se intercambian obligaciones legales suscritas. Es decir se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; H) Es un contrato en que las partes actúan en posición de igualdad estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones por lo que no serán aplicables en este caso las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual. (Juzgado de Primera Instancia 6 de Vigo de 26 de marzo de 2010).

Expone, el Juzgado de Primera Instancia nº24 de Barcelona que: "Recientemente han cobrado trascendencia pública los denominados SWAP respecto a los que se ha manifestado el Defensor del Pueblo en informe de fecha 27/11/09 donde claramente se dice que el cliente tiene que pagar mucho más que lo que recibe en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía y mucho más de lo que ahorran en la cuenta de préstamo, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada tratándose de un producto especulativo que beneficia en todo caso las entidades financieras, definiendo se el SWAP como producto por el que el banco y el cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado y a que alude en la *sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec. 5º, de 27/1/10, SA P Burgos 33/2010 SAP Pontevedra, sec 1ª, de 7/4/2010, SAP Jaén de 27/3/2009 y Álava de 7/4/2009*, operaciones financieras que son analizadas en las Memorias del Banco de España del 2007 y en el informe de 17/ 2/2 009; por último y a título de ejemplo para magnifique la importancia y actualidad de la problemática, cabe recordar las crisis derivadas de casos de la trascendencia del Murdoch o Lheman. El IRS (interest rate swap ), conocido en la práctica como SWAP Es un acuerdo por el que las partes, banco prestamista y creyente prestatario normalmente, se comprometen a intercambiar en unas fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable admitiéndose el denominado "spread" o diferencial. En definitiva el comprador-cliente paga fijo y recibe variable con lo que asume el riesgo de bajada de tipos de interés, mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés".

En el caso, en el contrato suscrito en el año 2.008 el cliente se obliga al pago (sobre el nominal nominal de 1 millón de euros, variable cada año, según se especifica en la determinación de nominal para el pagador del tipo fijo) de un tipo de interés fijo de 3'99 % y creciente en los sucesivos periodos de cálculo con



un límite referencial fijo por periodo que, si es rebasado por otro variable (en este caso el euribor) determinará que el tipo aplicable al cliente sea éste y no el fijo mientras el Banco satisfará su prestación de acuerdo con el euribor, cuyo valor coincidirá con la tasa de inflación española al final del mismo período. El swap de inflación implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generan un resultado positivo o negativo para el cliente, de manera que si la tasa anual de inflación supera al tipo de interés fijo, recibe dinero del BBVA consistente entre la diferencia de la tasa de inflación y el tipo de interés, resultando que en caso contrario, es la que debe de pagar la diferencia entre el tipo de interés y la inflación.

En cada una de dichas liquidaciones se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el cliente y el abono por la parte a pagar por el Banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares. Y durante la vigencia del swap, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente. No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que éste podrá repercutirle.

Hasta aquí la conceptualización general del swap, si bien tal y como podrá valorarse en las causas instadas por el actor para su anulación, se observará la conceptualización que del contrato litigioso efectúan los tres peritos de este procedimiento, uno de cada parte y otro judicial.

**TERCERO.-** Para resolver el supuesto enjuiciado, ha de partirse de la consideración de que el consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad, y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos. El conocimiento, acto



receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa ó tácita de la voluntad. En el mismo sentido el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa); de decir, a aquel en que ha habido error en la voluntad (error vicio), y no error en la declaración (error obstativo), aquel que invoca la anulabilidad (por el vicio), éste, la inexistencia por la falta de uno de los elementos, y éste último es el producido en este caso. La parte actora alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada el 1 de octubre de 2008. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado.

Se opone por el actor, como primer elemento determinante en su solicitud de nulidad del contrato, la consideración de como consumidor a los efectos de la LGDCU así como de minorista de la LMV.

En este punto, se comparte la argumentación expuesta por la entidad Bancaria, de manera que en modo alguno, puede considerarse a como benefactora de las garantías que la Ley otorga a los consumidores y usuarios.

En este punto, existe unanimidad en la jurisprudencia; tal y como se recoge en la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de octubre de 2010: "como ha declarado la jurisprudencia "en relación a la conceptualización de la figura de consumidor , la STS de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 1 apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002,



29-12-2003 y 21-9-2004). Dado que las demandantes son sociedades limitadas cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición (sentencia de la AP de Pontevedra (Sección Primera) de 7 de abril de 2010). Y esta Ilma Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de de 7 de abril de 2010: "En relación a la conceptualización de la figura de consumidor, la STS de fecha 15-12-2005 viene a señalar que el artículo 1 apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quién formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Excluyendo de la consideración de consumidores a quienes se sirven de tales prestaciones para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18-6-1999, 16-10-2000, 28-2-2002, 29-12-2003 y 21-9-2004). Dado que las demandantes son sociedades limitadas cuyo objeto es una actividad netamente mercantil y los servicios de financiación prestados lo son obviamente en beneficio de su actividad, no cabe atribuir a las mismas la consideración legal de "consumidor", careciendo, por lo tanto, del amparo de los derechos concedidos en la normativa protectora de las personas en quienes concurre dicha condición. Siendo, pues, de todo punto acogible la reflexión realizada por la demandada-apelada con ocasión de defender la falta del carácter de "consumidor" en las actoras apelantes, al indicar en su escrito de oposición al recurso de apelación que "resulta claro que los contratos de gestión de riesgos financieros fueron concertados dentro del ámbito de la actividad empresarial de las sociedades demandantes como parte del sistema financiero que se inserta en el proceso de producción o prestación de los servicios que realizan las actoras". Por lo demás, de aplicarse la nueva normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la no concurrencia en las demandantes de la condición de "consumidor" se ofrecería aún más evidente, al pasar de identificarse al consumidor o usuario como destinatario final de los bienes o servicios a conceptuar como tal a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados,



contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”.

Resultando innegable que el swap contratado con el BBVA fue concertado dentro del ámbito de la actividad empresarial de las sociedad demandante como parte del sistema financiero que se inserta en el proceso de producción o prestación de los servicios, a los efectos de garantizar los efectos de la inflación, en modo alguno puede ser considerado consumidor a los efectos del Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre de 2007.

Así y en primer lugar, el día 1 de octubre de 2.008 entre las partes se produjo una conversación telefónica (documento núm. 8 y 9 de la contestación a la reconvencción) en la cual el sr. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, empleado del banco procede a dar pinceladas de las condiciones del contrato por teléfono, enviando posteriormente el contrato redactado conforme a dichas condiciones, meses después, así como inmediatamente sin que la misma fuera confirmada por escrito, si bien presentada con anterioridad a la celebración del contrato, una presentación por escrito de publicidad de las características generales del contrato, y de las condiciones del mismo. No se suscribe la confirmación, si bien se halla el contrato marco a disposición de las partes en la web indicada por el BBVA, así como un e-mail de confirmación con los presupuestos ya contratados verbalmente entre ambos. A continuación se indican los términos de la operación: importe nominal, 1 millón de euros variable cada año, plazos, con fecha de pago cada 12 meses el día 1, comenzando el día 2 de marzo de 2009 y terminando el 1 de marzo de 2013, sujeto a la convención del día hábil, ajustando para el cálculo de intereses, importes variables, fechas de pago, tipo variable con la referencia de liquidación según nominal e IPC diferencial, de manera que para cada período anual es la tasa de inflación, base de liquidación ACT/ACT.... Se acompaña copia el contrato marco elaborado por la Asociación Española de la Banca Privada.

Así y en primer lugar, el día 1 de octubre de 2.008 entre las partes se produjo una conversación telefónica (documento núm. 8 y 9 de la contestación) en la cual el sr. \_\_\_\_\_ empleado del banco procede a dar pinceladas de las condiciones del contrato por teléfono, enviando posteriormente el contrato redactado conforme a dichas condiciones 6 meses después, si bien describiendo con anterioridad a la celebración del contrato una prestando a \_\_\_\_\_ por escrito una publicidad de las características generales del derivado, y de las condiciones del



mismo. No se suscribe la confirmación, si bien se halla el contrato marco a disposición de las partes por el BBVA, así como un e-mail de confirmación con los presupuestos ya contratados verbalmente entre ambos en relación a los tipos de interés fijo y variable y la forma de determinación en cada vencimiento. A continuación se indican los términos de la operación: importe nominal, 1 millón de euros variable cada año, plazos con fecha de pago cada 12 meses el día 1 comenzando el 2 de marzo de 2009 y terminando el 1 de marzo de 2013, sujeto a la convención del día hábil, ajustando para el cálculo de intereses importes variables (pagador, importe nominal, periodo de cálculo ACT/360, fechas de pago, tipo variable con la referencia de liquidación según nominal e IPC diferencial, de manera que para cada período anuela es la tasa de inflación, diferencial, base de liquidación ACT/ACT, capitalización no aplicable, días hábiles para TARGET para fijaciones y TARGET para pagos; y convención día hábil al día siguiente modificado), importe fijo (pagador, interés nominal EUR, fecha de pago; 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. Se acompaña 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 7 cláusulas, se expresa la naturaleza del contrato, las definiciones de los conceptos utilizados. Por último, se regulan los pagos, cláusulas generales, cesión, modificaciones al contrato marco, vigencia, convenio arbitral y declaraciones de las partes. (doc 14).

Ningún debate se plantea, en torno a la inclusión de como minorista a los efectos de la Ley de Mercado de Valores, con su reforma del año 2007 y el Real Decreto de 15 de febrero de 2008, especificando la primera de ellas en su art. 78 la clasificación de los clientes en profesionales y minoristas, teniendo la consideración de profesionales los descritos en los apartados 2 y 3 del citado artículo, especificándose en los arts. 79 y ss. de la LMV los requisitos a seguir en la contratación de operaciones como la litigiosa, tanto en la obligación de información en el momento de la misma como previa. La entidad financiera asume como objetivos, reflejados en su página de Internet, el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39 C.E. relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 C.E., ya citada, y el Reglamento C.E. 1287/2006. En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las



medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada. En la meritada legislación, se distingue los servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras y los servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, así como en su caso diferentes obligaciones por parte de las entidades bancarias para cada clasificación de cliente y según servicio prestado.

Ya en el informe pericial, del Sr. , se evidencia como las partes no calificaron la actuación del BBVA como asesoramiento financiero (página 7 de la confirmación), si bien entiende el citado perito que dada la complejidad del producto hubiere sido precisa una mayor información del producto.

Si bien de la reiterada jurisprudencia en esta materia, existe una casi unanimidad de contratación telefónica de este tipo de producto financiera, entre ellos con minoristas, sin que en ningún caso se haya constatado la nulidad del contrato por causa de forma verbal y no escrito, existiendo un consentimiento expreso por parte del Sr. en su conversación con el Departamento de Tesorería en que el mismo se efectuara de manera verbal, habiendo sido adjuntado previamente una información escrita previa por parte del BBVA (dcnº5), de manera que se entiende que el requisito de forma lo es a mero efectos de prueba, y por ello no puede determinarse nulidad del contrato por infracción de forma ad solemnitatem, sin entender que se trate de una causa de nulidad absoluta en virtud de los arts. 1278 CC, 51 CCo y 79 de la LMV.

**CUARTO.-** Como hemos expuesto anteriormente, se esgrime por el actor, como causa de la nulidad del contrato la comercialización del swap con infracción de normas imperativas y prohibitivas, para continuar oponiendo la nulidad por vicio de consentimiento vinculando tal nulidad a la esencia del swap así como numerosa jurisprudencia relativa a la nulidad por vicio ante la falta de información de la entidad bancaria conectando los causas segunda y tercera como causantes del vicio del consentimiento.

Así, si bien, se esgrimen como causas separadas las segunda y tercera, se unen y conexioman en el apartado tercero, y por ello, se procederá a analizar la causa de vicio de consentimiento por infracción o no de la normativa del BBVA sobre normativa MIFID, si bien, no por aplicación del art. 6.3 CC, no especificando en la causa segunda cual es el vicio del contrato al que se encuentra afecto, y si extiende sus efectos a consentimiento, causa u objeto, dado que en la meritada causa segunda torna a esgrimir la causa primera (forma), así como normativa de obligaciones de las



entidades bancarias de actuar con diligencia y transparencia, sin que, reitero, impute tales defectos a elementos esenciales del contrato, tornando nuevamente en la página sesenta in fine a especificar el requisito formal.

Es en el apartado tercero subsidiario, cuando alude a las causas del 1265 y 1266 del CC por entender que existió un error invalidante el recaer en la esencia del negocio jurídico y en sus condiciones, para después basar su fundamentación jurídica en numerosa jurisprudencia relativa a falta de información bancaria, falta de vinculación al crédito concedido y ausencia de información previa.

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009 (st. Ilma AP de Pontevedra), cabe extraer que:

- 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.

Así "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 (cuál los litigiosos), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus *arts. 78 y siguientes*, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. 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*, mas de aplicación al caso- 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" (AP de Pontevedra de de 7 de abril de 2010).

En el mismo sentido se pronuncia, la Ilma AP de Ávila de 9 de septiembre de 2010, la Ilma AP de Asturias de 23 de julio y 27 de enero de 2010: "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. (...) 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 introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78bis); 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 aquellos objetivos (art. 79, bis nº 3, 4 y 7). Luego, 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*)".

Idéntico pronunciamiento mantiene, el Juzgado De Primera Instancia 24 De Barcelona en su exhaustiva sentencia de 9 de noviembre de 2010, que recoge gran parte de la jurisprudencia aplicable al caso, entre ellas la de la Ilma AP de Pontevedra, antes citada: " La LMV, en los *artículos 63). 1. d) y a) y en el art. 63. 2)* viene a dibujar un sistema de exigencias a las entidades financieras con un evidente afán de proteger la transparencia del mercado en general y los intereses de los inversores ya profesionales ya minoristas en particular. Esta regulación legal tiene antecedentes históricos en los denominados códigos de conducta bursátil utilizados en Inglaterra para disciplinar la bolsa, de donde pasan al derecho continental. Estas normas exigen un modelo de comportamiento de carácter vinculante para los intermediarios financieros que actúan en el mercado de valores y las entidades financieras que desarrollan esta actividad quedan vinculadas subjetivamente a tales normas por cuanto principiando por el deber genérico reconocido en los *artículos 78 79 y 80L de la LMV* que remite al acervo normativo compuesto por las normas, código general de conducta y reglamentos internos de conducta que vinculan a la entidad financiera y a sus empleados y que parten del postulado de exigir a esas entidades de crédito cumplir su encargo administrando los valores confiados con diligencia y transparencia, siempre el interés del cliente y en defensa del mercado según el *artículo 79 de la indicada ley*. Se les obliga además a separar la gestión de los valores confiados por su clientela y los de su propia cartera con el fin de evitar cualquier conflicto dando prioridad de interés de los clientes sin privilegiar a ninguno de ellos. Por último se debe administrar esos valores como si fueran propios. Trascendente es el deber de que han de asegurarse de solicitar toda la información necesaria sus clientes para una mejor administración de sus valores, procurando mantenerlo siempre adecuadamente informados sobre la situación de su cartera así como la del mercado de valores que puede influir en dicha administración de bienes y solventar las consultas que el cliente pueda dirigir a estas entidades, debiendo abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia y valorar productos financieros sobre los que se está realizando un análisis específico y significarán al cliente cualquier posible conflicto de intereses en relación con el servicio de administración de valores que se está prestando, todo ello conforme al fundamental *artículo 79 de la LMV*. Dicho sometimiento se reforzó en su día de acuerdo con el *artículo 8.1, del RD 867/2001 de 20/7*, significándose ser por la mejor doctrina que en derecho comparado se afirma la responsabilidad civil del intermediario financiero incumplidor de las normas de conducta frente al cliente y que nuestro derecho encuentra apoyo en las obligaciones que se derivan del *artículo*



259 del Código comercio referidas al comisionista pues si conforme a esta ley en blanco debe observa lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, ella no que el incumplimiento de todo ese entramado obligacional faculta al cliente para exigir responsabilidad. Esa normativa se completa con la Ley 47/07 y el Real Decreto 217/08 que trasponen a la legislación española las directivas comunitarias 2004 /39 de la C E relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva C E 2006/76 y el Reglamento de la. C.E 1287/2006, espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) así como una circular 6/2008 de 26/11 del Banco de España sobre normas de información financiera publica reservada y modelos de estados financieros. EL RD 217/08 de 15/2 relativo a las empresas de servicios de inversión deroga el anterior RD 629/ 93 y en su artículo 64.1. Ordena a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes, incluidos los potenciales una descripción general de la naturaleza y riesgo de los aumentos financieros, teniendo en cuenta en particular la clasificación del cliente como minorista profesional. Así pues se impone un específico deber de información y concienciación del cliente sobre la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero que se ofrece o aconseja. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como IFID, directiva 2004 /39CE, trasladada a la legislación española por la ya citada ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera a acreditar a que con anterioridad la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto le contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional. Suele reseñarse por último que frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha emitido en 7/5/09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID. (...). Tal situación de indebida comprensión o intelección insuficiente es rosada por la SAP Oviedo sec. 5ª de 27/1/2010 en el aspecto dinámico de la contratación y por la SAP 33/2010 Burgos que analizan la falta de objeto cierto en la terminen determinación de las liquidaciones, particularmente respecto al cálculo consistente en que se producirá el pago de una cantidad por parte del vendedor al comprador o del comprador al vendedor si el tipo fijo y la cantidad fija que resulte son superiores a la cantidad variable y que se calculará conforme a la siguiente



Formula:  $CR=CF-CV$  lo que conlleva a que el pago de esa cantidad indefinido e indeterminado pues se deja a la aplicación de una fórmula que no puede ser conocida por una persona no profesional de los mercados financieros. Ni qué decir tiene que las exigencias de información deben magnificarse en estos casos. En casi todos los supuestos de reclamación el demandante-cliente perjudicado por la mala calidad del producto que normalmente le supone la pérdida de sus ahorros o el fracaso de su inversión, denuncia la falta de las exigencias contractuales de información, falta de logro del adecuado perfil del inversor o incumplimiento de la exigencia MIFID, ausencia de explicación de la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero y daño patrimonial derivado o inminente si el Banco exige o está en condiciones de exigir al cliente el pago de las consecuencias del producto ofertado y aceptado. Aluden a la falta de consentimiento como requisito esencial del contrato al abrigo de los *artículos 1261, 1266, 1300 y concordantes del Código civil* agitando la tesis del error propio invalidante del contrato en la línea de las *STS 10/10/62; 8/2/94, 175/98, 26/6/00*. ponderando la posibilidad de la excusa válida conforme a la *STS 4/1/82 y 28/9/96*; (...). Continúa la misma sentencia exponiendo que: "De hecho existe jurisprudencia contradictoria respecto al alcance de la información al cliente, indefinición e incomprensión de su objeto, y la nulidad de este tipo de productos financieros, e incluso se ha comentado ampliamente la variación que al respecto han supuesto las circulares del Banco de España, en principio proclives a la defensa del cliente i exigentes con la práctica bancaria (...). Siquiera en algún informe el mismo Banco de España aprecia la falta de transparencia en el clausulado, fundamentalmente falta de transparencia en la comprobación de los cargos i coste de la cancelación como ocurre en el informe de fecha 9/6/09, por ello que en la mayoría de las ocasiones, las entidades financieras demandadas aluden a que no nos hallaríamos metidos en pleitos si los depósitos arrojaron beneficios o si los tipos de interés hubieren experimentado variaciones alza en cuyo supuesto se invocaría la sacralidad de los contratos".

La Ilma AP de Pontevedra, en la sentencia antes citada aclara que: "Según el *art. 1266 CC*, para que el error invalide el consentimiento el mismo debe 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. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio. Requiriéndose, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quién lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función



básica impedir que el ordenamiento proteja a quién 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 esa declaración (en tal sentido, *SSTS, de fechas 3-3-1994, 12-7-2002, 24-1-2003, 12-11-2004, 17-2-2005 y 17-7-2006*). Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos clips Bankinter suscritos por las demandantes -en quiénes concurriría la condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por *Ley 47/2007, de 19 de diciembre*- así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejando expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. 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".

Para ello, la IIMA AP se remite a la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso similar al aquí planteado, del siguiente tenor: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al



tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo 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, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios". En el caso objeto aquí de enjuiciamiento, las demandantes sostienen, fundamentalmente, no haber sido informadas de las características de los clips Bankinter por las mismas contratados, al tratarse de productos financieros complejos y de alto riesgo, por cuanto una variación, a la baja, de los tipos de interés durante el período de su vigencia les podría deparar unas pérdidas elevadas, cuál en la práctica así se vino a producir, y en donde las previsiones en torno a la evolución de los mercados financieros carecen de la conveniente nota de "seguridad". Sobre esto y para mejor entender lo dicho deben de hacerse dos puntualizaciones, una histórica y fáctica, la otra sustantiva. La primera tiene que ver con la entidad bancaria como contratante del contrato de permuta y es que, en el origen de este tipo de contratos, su celebración era entre dos interesados, normalmente grandes empresas, que el Banco ponía en contacto interponiéndose, a veces, entre las partes, en el sentido de que cada empresario suscribía con el Banco un contrato swap que eran espejos en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Banco en cada uno de ellos eran exactamente inversas pero en la actualidad los Bancos contratan por iniciativa propia, sin que existan clientes recíprocamente interesados, sino en razón a su propio y peculiar interés, asumiendo el riesgo de la operación en base a sus propios cálculos financieros, lo que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente. La otra, la sustantiva, es que la relacionada normativa del Mercado de Valores se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido *STS 20-1-2003*).



El conjunto de la prueba practicada conlleva a estimar la causa de nulidad por vicio del consentimiento.

Basta con observar, las periciales adjuntadas a la demanda y contestación, así como la judicial, para llegar a la conclusión de la complejidad del producto financiero ofertado por el BBVA a

Es de destacar que la iniciativa de esta contratación parte del BBVA (e-mail e interrogatorio de parte), toda vez que a pesar de tener relaciones comerciales con otras entidades bancarias, accedió a la solicitud de un préstamo ICO con el BBVA dada la situación económica de la empresa. No puede compartirse la exposición de motivos de en el sentido de entender que BBVA especificó la necesidad de vincular el préstamo ICO al swap de inflación, como es de ver, desde el punto de vista cronológico. Basta con observar, es en mayo de 2008, cuando se dirige al BBVA a solicitar el préstamo ICO, elaborándose el pacto el 8 de septiembre de 2008, sin que en la citada fecha estuviera contratado el derivado, que se hizo telefónicamente el 1 de octubre del mismo mes, es decir, casi un mes más tarde. El documento nº5 (julio de 2008) adjuntado a la demanda en el que se recogen las características generales del swap, sin que aparezca condicionando por la concesión de algún otro tipo de operación bancaria, y ello con independencia del e-mail recogido como documento nº4 de la demanda, dado que se trata de afirmaciones del sin justificación documental, tal y como puede observarse en el documento nº4 de la contestación a la demanda, en la que ya el advierte la confirmación de la concesión del préstamo ICO por importe de 250.000 €, quedando ya citados ante Notario para el día 29 de agosto de 2008, especificando en la postdata del mismo correo electrónico la solicitud de que le recuerden la actualización del producto estructurado swap de inflación. Si por el BBVA existe un rechazo frontal y absoluto a la existencia de un condicionamiento en la concesión del préstamo ICO con el del swap, el no alcanzó esta misma conclusión en las comunicaciones con al

quien en el documento nº17 en un e-mail, admite haber mantenido conversaciones con el especificando la aprobación del préstamo ICO con un año de carencia con su garantía personal y con la formalización del swap, extremos que si bien en un inicio hacen creer al la necesidad de la contratación del swap, dada su situación económica, para la obtención del ICO, siendo destacable el documento nº5 de la contestación, en la que el destaca la falta de conexión entre el nominal del préstamo ICO y el del swap (230.000 y 1.000.000 €), tal y como lo subrayan los e-mails anteriores (15



de septiembre de 2008), con posterioridad a la concesión del préstamo ICO, el [redacted] continuó con la comercialización del swap, sin ningún tipo de vinculación al ICO, tal y como puede observarse en la conversación telefónica mantenida con el [redacted] (doc 9), así como en el correo de 30 de septiembre de 2008, en la que el [redacted] expresa su voluntad de formalizar el tema del producto estructurado.

Así mismo, no existió error en cuanto a la consideración del swap como contrato de seguro de inflación, dado que si bien, el Sr. [redacted] puede inducir con sus expresiones a tal equivocación, dado que expone en ocasiones en sus correos la expresión seguro, no implica sin más la equivalencia del swap con el contrato de seguro, toda vez que [redacted] desde un inicio conocía las características de falta de pago de prima de seguro, conceptos que a un licenciado en económicas, con años de actuación profesional no le impide conocer, especialmente cuando en la contratación vía telefónica, se desprende que el Sr. [redacted] conoce la existencia de un riesgo de tipo de interés y la existencia de un interés fijo y otro variable, así como el mecanismo de pago a favor de uno u otro. En este caso, no basta, a pesar de tratarse de un perito judicial, de las manifestaciones expuestas por el Sr. [redacted] pues parte de las expresiones del Sr. [redacted] en cuanto a que se vendió por el BBVA como producto de cobertura para las subidas de IPC, dado que tan sólo ha contado con la versión el Sr. [redacted] especificando tanto el Sr. [redacted] como el Sr. [redacted] que el swap es un contrato especulativo que conlleva un riesgo para el cliente de producir riesgos o ganancias, lo que no desvirtúa la posible contratación del mismo, dado que en la conversación que el [redacted] mantiene con el [redacted] conocía tales riesgos de pago y pérdidas según el tipo de interés inicial o tipo de inflación en el contrato, y si el IPC se incrementa o disminuye.

Si bien existe desde un inicio una constante comunicación entre el Sr. [redacted] y la Sra. [redacted] basada en la negociación del préstamo ICO así como sobre la concreción del swap, lo cierto, es que de la declaración de la Sra. [redacted] poca información pudo obtener el Sr. [redacted]. Informa la Sra. [redacted] que [redacted] podía haberse dirigido a otro departamento para resolver cualquier duda, y que con el documento nº5 todo estaba completado, no pudiendo compartirse esta argumentación, resultando bastante fácil a la entidad Bancaria demostrar la información previa que pudo ofertar a [redacted], para aclarar todas las posibilidades de mercado y productos financieros, no bastando la Sra. [redacted] quien desde un inicio reproduce las mismas e idénticas palabras para aclarar que es un swap, sin que pudiera siquiera dar explicaciones sobre la diferencia con un seguro de inflación, y ello,



con independencia del transcurso de tres meses, pues como es de ver, incluso en los e-mails recibidos se observa un parón en las negociaciones.

Tal y como aclara el perito judicial, Sr. [redacted] valorado conforme al art. 348 de la LEC, y teniendo en cuenta su imparcialidad al contar con la naturaleza de perito judicial, y disponiendo de la documentación que consta tanto en la demanda como en la contestación, se desprende que en la confirmación de permuta de permuta al ser el contrato verbal, no se definen de manera clara los riesgos que asumen las partes ni para las liquidaciones anuales ni para la liquidación anticipada del producto. Especifica el Sr. [redacted] que en el contrato de swap, no se especifican las fórmulas mediante las cuales se realizarán esos cálculos para las liquidaciones anuales, siendo de difícil determinación, llegando el mismo perito judicial a no contar con esas operaciones para la primera liquidación efectuada por el BBVA así como en la segunda.

En el contrato verbal no se hace mención ni se configura uno de los elementos determinantes en este contrato cual es el de la cancelación anticipada del swap. El perito judicial, determina que en la confirmación de permuta financiera de tipo de interés no se especifica la fórmula mediante la cual se realizarán los cálculos en el caso de que el cliente solicite la cancelación anticipada del producto, resultando que desde un inicio tal y como aclara el Sr. [redacted], el interés fijo contratado es muy superior a la realidad acontecida (ver folio9), de manera que difícilmente el BBVA podía llegar a la finalidad de proteger a los deudores de las subidas del IPC, toda vez que desde un inicio era conocida la situación de la inflación, y obviamente de las bajadas del mismo no necesita de ningún instrumento financiero de protección. Concluye el perito judicial, por estimar que el instrumento financiero ofertado por BBVA y su actuación no cumple con la normativa de la LMV.

Es de destacar, como puede determinarse del interrogatorio de la [redacted] así como de la documental obrante en autos, y de la pericial del [redacted], que BBVA en su actuación tuvo en cuenta a la hora de ofertar el swap de inflación, la existencia de gastos de personal y costes salariales con revisiones ligadas al IPC anual, sí como gastos de la Seguridad Social, arrendamientos y otros gastos (pág. 9 y 10 de informe pericial),

Sin embargo, tal y como se expone en la anterior jurisprudencia aplicable al caso, el derecho a la información en el



sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria, de manera que los arts. anteriormente citados de la LMV tiene por finalidad lograr la eficiencia del sistema bancario así como tutelar a los sujetos intervinientes en él, principalmente a través de la información precontractual en la fase previa de conclusión del contrato como en la fase contractual, mediante la documentación exigible, siendo destacable que el BBVA no ha de anteponer el interés de su cliente al suyo propio, aunque sí un deber de fidelidad conforme al art. 7 CC, especialmente cuando es la entidad bancaria quien toma la iniciativa en la oferta de este producto ante la petición de otro distinto por parte del cliente, aunque [redacted] conociera ya un producto financiero similar, tal y como consta de la documental obrante relativo a los swaps contratados con el Banco Sabadell (oficio de 3 de noviembre). Si bien consta la existencia de conversaciones previas entre la Sra. [redacted] y el legal representante de [redacted], así como la sugerencia de [redacted] la misma para poder consultar con el servicio del banco destinado a tal finalidad, resulta constatado del interrogatorio de la Sra. [redacted] persona que le ofertó el producto financiero, la dificultad de la misma de dar explicaciones básicas del meritado producto, toda vez que a las sucesivas preguntas formuladas por el Letrado del actor, reiteraba de forma casi idéntica la definición del swap, sin que diera una descripción detallada y básica conforme a lo exigible por la entidad bancaria, y sin que sea suficiente el folleto explicativo adjuntado como documento nº5. Aunque en el presente caso, a la falta de facilidad de explicación de la Sra. [redacted], si bien parcialmente subsanada con la derivación al departamento de Tesorería, y con ello, al Sr. [redacted]; así como con los conocimientos del Sr. [redacted], no profano en esta materia, al contar con conocimientos empresariales (licenciatura), así como Máster en MBA en el IESE), si bien tal y como consta de las periciales, la fecha del mismo no es coincidente con este tipo de productos financieros, lo que le hace difícil ser conocedor de este tipo de derivados en el momento de su comercialización, especialmente si se tiene en cuenta el destino de su empresa. Se comparte parcialmente la argumentación de la defensa del BBVA en torno a la colaboración y asesoramiento del Sr. [redacted] con el sr. [redacted]. No existe verosimilitud a lo expuesto por él mismo, en su declaración en toda y cada una de sus partes, especialmente cuando niega cualquier conocimiento en esta materia, y resulta haber sido Director de sucursal bancaria del BBVA así como Director de zona, y posteriormente hasta el año 2008 en Caja Madrid, resultando que en la citada fecha sí existía este tipo de producto especulativo. Desde un inicio, el Sr. [redacted] contó con el apoyo del Sr. [redacted] en su actuación, independientemente de que pudiera haber relación laboral o no entre ellos, tal y como consta de la testifical del Sr. [redacted] y la documental relativa a los e-mails entre ello, lo que le permitiría alcanzar en reglas generales un conocimiento del funcionamiento del swap, que no de todos y cada



Uno de sus particularidades, al no existir documento alguno que examinar y estudiar. También resulta que el BBVA realizó un test de conveniencia al Sr. [redacted] lo que no resulta suficiente para que el [redacted] pueda alcanzar, no sólo a entender la diferencia entre tipo fijo y variable, así como cuando le corresponde a satisfacer a él la comisión a al Banco, sino también era preciso, por parte de la entidad, y en modo alguno se realizó, una información real del tipo de inflación existente en el momento de la contratación, observándose un error por parte del Sr. [redacted] en que la misma en el momento de la contratación se le informó era de un 4'7% cuando realmente era ligeramente superior al 3'5%, limitando el Banco a emitir información, así como la recibida por el Sr. [redacted] del Sr. [redacted], sobre las advertencias de las diferencias anuales de la inflación, debiendo en todo momento el Banco haber informado del riesgo de la operación relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo referencial, así como del contenido y de la forma de actuación de la cláusula anticipada de desistimiento, y así [redacted], podrá tener conocimiento de causa de si la oferta del BBVA en las condiciones de tipo de interés, período, cálculo sin las precisas para su empresa, resultando esta obligación del BBVA del art. 60 del RD 217/2008, no siendo preciso una previsión de futuro acertada a ultranza, si bien con cierto apoyo en la situación del mercado. Basta con observar la pericial del Sr. [redacted], para ver que la inflación que el BBVA ofrece a el swap de inflación con un tipo fijo del 3'99%, la cotización del mismo en el mercado es inferior, resultando que en el momento del contrato, BBVA fijaba la inflación según documento y no conversación (que era mayor de un 4'7%), en un 4'045% cuando los Servicios de Estudios del Propio Banco la fijaban en un 3'5% o inferior para el 2008, y en un 2'8% para el año 2009. No puede desplazarse al Sr. [redacted] y a sus amigos [redacted], las obligaciones propias de la entidad bancaria.

Se da por ello, las condiciones propias del error invalidante al recaer sobre la esencia de la cosa, o aquellas condiciones que hubieren dado lugar a su celebración, resultando de todos los peritos, especialmente del Sr. [redacted] y Sr. [redacted] que la operación de swap, es una operación compleja, no mecánica ni de meras operaciones aritméticas (como parece observarse de la conversación telefónica con el Sr. [redacted], sino que dicha complejidad habrá de abarcar también el riesgo propio de la evolución del mercado financiero o de su comportamiento. Es de ver, que desde un inicio, las partes contratan un producto sin ningún tipo de comisión, afirmando dos peritos, tanto el Sr. [redacted] judicial, así como el Sr. [redacted], que conllevaba una implícita de más del 3% del nominal, es decir alrededor de 30.000 €.



Tampoco existió por parte del Banco ninguna información sobre el funcionamiento de la cancelación del clip, tal y como se observa en la ya reiterada conversación telefónica entre el [redacted] la entidad Bancaria. En ella, se basa el BBVA para acreditar la falta de error en el consentimiento por parte del [redacted] de ahí que haya que analizar si la citada conversación, que fue realmente la información otorgada por el BBVA en el momento contractual, y en ella, destaca la omisión de información sobre un elemento esencial, cual es la de la cancelación anticipada, tanto en un momento específico como en cada ventana de cancelación, y si ello, altera el equilibrio entre las partes y las prestaciones que de ellas se derivan. Es más, se entiende, que el contrato se pactó con una cancelación anticipada con un coste para el cliente, coste que si bien, no podía conocerse en el momento de la celebración del mismo, tampoco se contienen los criterios de determinación. No es hasta seis meses después de la conversación telefónica, cuando el BBVA remite el escrito del contrato a [redacted] para recabar su firma por escrito

Y ello, sin perjuicio de que el actor sólo se cuestiona la eficacia del contrato a partir del momento en que los saldos son negativos, porque es en ese momento donde percibe el error (sentencia Ima Audiencia Provincial de Ávila de 9 de septiembre de 2009), y ello con independencia de las resultas de los swaps del Banco Sabadell, donde hasta la fecha no le habían originando estos saldos, y estando en su derecho el de iniciar o no el ejercicio de la acción dentro del plazo de los cuatro años (art. 1301 CC), aclarando el perito judicial, que el hecho de haber contratado dos swaps anteriormente no le hace ser conocedor de su dinámica, pudiendo ser que el [redacted] dada la situación de su empresa al haya hecho ser generador de productos que inicialmente entendió como ajustados a sus intereses, resultando que en el presente no existió información suficiente por parte del Banco para dotar de válido el consentimiento prestado.

La prueba practicada ha acreditado el incumplimiento por parte de la entidad Bancaria de obligaciones precontractuales relativas a las características o perfil del actor de cara al ofrecimiento de un concreto producto de inversión, sin que baste únicamente con entender que existía un riesgo de inflación por la existencia de arrendamientos y contratos laborales, tal y como afirman dos de los peritos, salvo el del BBVA, así como de obligaciones de información concreta y precisa sobre el concreto producto cuya contratación ofrecía, siendo que es al Banco a quien corresponde la prueba de haber facilitado tal información suficiente, con la consecuencia que el actor accedió a la contratación hallándose viciado su consentimiento por error excusable sobre condiciones esenciales ( posible coste del producto o pagos a realizar en caso



de bajada de interés , de pretender la cancelación del contrato , previsibilidad del riesgo atendidas las expectativas conocidas por la entidad sobre la evolución de tipos de interés...). Basta con observar la pericial judicial, en la que se subraya en negrita como en la confirmación (que no el contrato que fue mero pacto verbal, sin tanta concreción), no se definen de manera clara los riesgos que asumen las partes ni para las liquidaciones anuales ni para la liquidación anticipada del producto. Así las cosas, de conformidad con los arts. 1300 y ss. del CC. procede declarar la nulidad de los contratos con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, si bien, hasta la fecha, no procede restitución alguna, toda vez que no ha realizado desplazamiento patrimonial alguno.

Habiéndose estimado como causa de nulidad la de vicio de consentimiento, no procede analizar la resolución el contrato por incumplimiento o no de las obligaciones de BBVA. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros litigiosos, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes del modo indicado en la parte dispositiva de la presente resolución, lo que comporta el acogimiento sustancial de la demanda.

**QUINTO.-** Tal y como expone la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial de Granada de 5 de febrero de 2010: "Esta actuación implica un comportamiento negligente que origina responsabilidad por los daños y perjuicios causados, cuando es inveraz la información que las entidades bancarias transmiten a estos registros de solvencia. Así lo establece la jurisprudencia, como la citada STS de 5-7-2004, aunque referida al denominado RAI:

"El RAI actúa como instrumento útil para las entidades bancarias al incluir en el mismo las personas que a su juicio resultan no pagadoras e incluso mal pagadoras y sirve para comunicarse entre sí esta circunstancia que actúa como medida de advertencia para mantener o no relaciones bancarias con los inscritos como morosos. La inclusión en el RAI ya desde principio se presenta como una actuación sancionadora en potencia por las consecuencias de signo negativo que pueden afectar al inscrito en cuanto a sus relaciones comerciales futuras con las entidades bancarias y sobrepasa de forma afrentosa lo que podía ser seria y hasta necesaria información para la comunidad de negocios bancarios, cuando se base en hechos no veraces, es decir que se ha producido la inclusión de quien efectivamente no resulta deudor, como aquí sucede, al que para nada se le comunicó que pasaba a formar parte de dicho registro de morosos (listados



negros)" Y añade: "Estamos ante un uso bancario que se presenta como mal uso por extralimitado, imprudente y precipitado, y no cabe la protección de exoneración de responsabilidad que establece el artículo 2-2 de la Ley Orgánica 1/1982 -alegado como infringido en el motivo primero - ya que el RAI no cuenta con amparo legal suficiente y sólo es práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria como aquí sucede, ya que evidentemente la inclusión en el RAI resulta notoriamente indebida y no precisamente por error cuando era conocido que no se trataba de persona morosa. (...)También se reclaman perjuicios morales. La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de daños morales en las personas jurídicas cuando se ha ocasionado un desprestigio o descrédito de la misma en las relaciones que le son propias. Así lo indica la STS de 31-10-07 que hace referencia al criterio uniforme del Tribunal Constitucional: "Según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor referible a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). A través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame lo haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia el daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que ésta no sea legítima (STC 139/1995 La jurisprudencia menor es unánime en el sentido de considerar supuestos como el reseñado, de indebida inclusión en registro de morosos, como susceptibles de indemnización por daño moral, siendo manifestación de tal doctrina las sentencias de la AP Cádiz, sección 2ª, de 1 de septiembre de 2000 ; Badajoz, sección 1ª, de 18 de julio de 2001; Málaga, sección 6ª, de 23 de julio de 2001; Segovia, de 25 de abril de 2002, A Coruña, sección 3ª, de 15 de octubre de 2002; Asturias, sección 5ª, de 16 de octubre de 2002; A Coruña, sección 5ª, de 4 de junio de 2003; Asturias, sección 1ª, de 11 de junio de 2003; Barcelona, sección 1ª, de 19 de abril de 2004; Málaga, sección 5ª, de 27 de septiembre de 2004; Tenerife, sección 4ª, de 30 de junio de 2005; Valencia, sección



de 31 de enero de 2006, Asturias, sección 2ª, 9 de febrero de 2006. También, el Tribunal Supremo viene admitiendo indemnizaciones como consecuencias de los daños morales causados por indebida inclusión en tal clase de registros, siendo muestra de lo expuesto las sentencias de su Sala 1ª de 5 de julio de 2004 y 7 de marzo de 2006.

En el presente caso no se está ejecutando acción basada en la Ley Orgánica de 1982, y resultando necesario acreditar esos daños y perjuicios que le han sido ocasionados a por la inclusión del BBVA de la deuda existente hasta la fecha. Hasta la resolución judicial de nulidad del contrato, la inclusión de en el Cirbe no le ha generado perjuicio alguno, resultando que no había satisfecho las cantidades que hasta la fecha adeudaba a BBVA, y de su documental ningún perjuicio le ha generado, salvo tener que certificar la causa de su inclusión, sin que le haya impedido la obtención de crédito o contrato bancario alguno, así como tampoco perjuicio comercial con otras empresas, siendo de su cargo tal acreditación. No basta con presentar como documentos los adjuntados como 27 a 35 de la demanda, dado que tan sólo consistió en una simple justificación a diferentes entidades crediticias.

**SÉPTIMO.-** En virtud del art.394.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, y el principio de vencimiento, y dada la estimación parcial de la demanda, así como la diversa jurisprudencia en esta materia, procede no hacer especial pronunciamiento en esta materia.

Vistos los preceptos citados y de más de aplicación,

### **FALLO**

**ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta a instancia de la mercantil representada por el Procurador Dña. Susana Bravo Sánchez, asistido de su Abogado D. Jordi Ruiz De Villa Jubani, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro, y asistido por el Letrado D. Rafael Castellano Lasa. **Y DECLARO NULO** el contrato de permuta suscrito el 1 de octubre de 2008 entre contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA y en consecuencia acordar la devolución de las cantidades abonadas por ambas partes con motivo del contrato, más los correspondientes intereses. **Y ABSUELVO** a BBVA de



las restantes pretensiones formuladas en su contra. No procede imponer condena al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, advirtiéndoles que no es firme y que frente a la misma puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, el cual podrá prepararse ante este Juzgado. Conforme a lo establecido en la Instrucción 8/09, dictada al amparo de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre se advierte a las partes la necesidad de constituir depósito conforme al punto tres de la citada Ley Orgánica y con la advertencia del punto siete de la misma.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado- Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública, doy fe.