



SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 30 de septiembre de 2010, se emplazó a la demandada, con el fin de que en el plazo de veinte días procediese a presentar su escrito de contestación a la demanda.

Con fecha de 12 de noviembre de 2011 compareció el Procurador, D. Claudio García del Castillo en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A, presentando escrito de contestación a la demandada en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda, condenando a la demandante al pago de las costas causadas.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el 27 de enero de 2011 con la asistencia de la parte actora y la demandada debidamente asistidos por Letrado y representados por Procurador haciéndose constar que las partes no habían alcanzado acuerdo alguno.

La parte actora solicitó como medios probatorios, documental por reproducida, interrogatorio de parte, testifical y reproducción de grabación. La parte demandada propuso como tales el interrogatorio de parte, documental, más documental, testifical y reproducción de grabación telefónica. Todos los medios probatorios fueron admitidos. Se convocó a las partes para la celebración del acto del juicio para el día 17 de marzo de 2011, suspendiéndose por imposibilidad absoluta de la Letrada de la parte actora, convocándose de nuevo para el día 12 de mayo de 2011.

CUARTO. Llegado el día y la hora se celebró todos los medios probatorios propuestos y aceptados. Tras su práctica, las partes formularon oralmente sus conclusiones, quedando las actuaciones pendientes del dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora del presente procedimiento, [REDACTED], ejercita una acción personal de carácter contractual con el fin de obtener la declaración de nulidad de la Confirmación Swap - Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés - de fecha 20 de mayo de 2008 suscrito con la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A - en adelante BBVA -, y ello a entender que su consentimiento en el momento de la firma no resultó válido al haberse prestado por error y con claro abuso de derecho imputable a la demandada. Afirma la actora que su relación de confianza con la oficina de Bajamar donde finalmente se suscribió el contrato de autos era plena al remontarse al año 1995 cuando el padre de su representante legal, Sr. [REDACTED], era cliente de la misma, habiendo concertado con dicha entidad bancaria hasta tal momento pólizas de crédito y préstamos. Explica que fue mediado del año 2008 cuando el director de la sucursal de Bajamar, D. J. [REDACTED], le ofreció personalmente, p





resultar idónea ante su situación de endeudamiento, la posibilidad de suscribir un contrato de permuta financiera de tipo de interés, presentando tal producto como un seguro que, como tal, evitaría grandes pérdidas para la empresa ante la posible subida de los tipos de interés - que se hallaban a un nivel máximo - y ello al garantizar que el cliente no pagaría nunca más allá de un tipo máximo fijado en el contrato pero sin informar que, en caso de que los tipos de interés bajasen - previsible por la situación financiera en la que se hallaban - el cliente tendría que afrontar el pago de liquidaciones económicas negativas ciertamente elevadas, es decir, según la actora en momento alguno se le facilitó una información clara, correcta y veraz de los posibles perjuicios económicos del producto así contratado - la información siempre resultó verbal y nunca por folleto informativo -, ofreciendo exclusivamente los rasgos positivos del mismo. Del mismo modo, no se le facilitó ningún tipo de información sobre los verdaderos costes de una posible cancelación anticipada. Según la actora, fue la insistencia, el asesoramiento y la recomendación del representante de la actora, junto con la total y absoluta confianza y convencimiento de que el producto resulta ciertamente beneficioso, las razones que conllevaron la firma de tal contrato, sintiéndose ciertamente engañado puesto que siempre se presentó a tal producto como uno seguro de estabilidad financiera omitiendo el importe dato de las consecuencias que llevaría aparejada la bajada de los tipos de interés, habiéndose convertido en la actualidad en un grave problema económico para el devenir de la empresa. No obstante hacerse constar en el Exponendo del Confirmación Swap, la actora nunca facilitó a su cliente el Contrato Marco de Operaciones Financieras y este nunca se llegó a suscribir, sin que tampoco pese a ser preceptivo la actora haya realizado una evaluación de la idoneidad del contrato para tal cliente con la consiguiente clasificación del mismo entre minoristas y profesional en función de los conocimientos que tenga de los productos derivados, incumpliendo por ello la actora la normativa comunitaria aplicable al efecto - Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros - Contrariamente a lo exigible conforme a la ya invocada normativa comunitaria, no resultó informada, con anterioridad de la firma del contrato, de manera honesta, imparcial y profesional, de forma clara y no engañosa, de los riesgos inherentes a tal operación, sin que en modo alguno se tuviera en cuenta las circunstancias personales o su perfil conservador. Por tales hechos, la actora entiende que su consentimiento fue prestado de forma viciada por error en el objeto del contrato siendo tal error esencial e inexcusable, todo ello sin olvidar, dada evidente importancia, que nos hallamos ante un contrato tipo de los llamados de adhesión en donde el cliente no puede negociar las cláusulas incorporadas sino que las mismas ya vienen impuestas por la propia entidad.

La parte demandada, BBVA, se opone frontalmente a tal pretensión. Primeramente resalta que el contrato de permuta financiera de tipo de interés cuya nulidad se interesa es renovación del previo suscrito entre las mismas partes con fecha de 27 de septiembre de 2007. Esta segunda operación, objeto de litis, es fruto de la reestructuración efectuada en la Primera Operación de Permuta Financiera (Tipos de Interés, cancelándose la primera de las operaciones y contratando una nueva. En ambos supuestos se trata de una confirmación de los celebrados contratados de forma telefónica, resultando los términos de tales conversaciones claras y transparentes acerca de las condiciones del producto ofrecido. Argumen la demandada que la contratación de coberturas de riesgo se encuadra fácilmente como una actividad accesoria y natural a la que constituye el objeto social de la actora, disponiendo el Administrador de la citada mercantil, por su propio cargo de conocimientos en el terreno financiero y bancario suficientes para realizar suscribir todo tipo de operaciones con entidades bancarias. Las permutas de tip





de interés, como tal instrumento de cobertura, fue ofrecida por la entidad bancaria a [REDACTED], con el fin de cubrir o gestionar los riesgos de incrementos de tipos de interés en sus balances, se tratase o no de deudas contraídas con la propia entidad. Se afirma que en la formalización del contrato objeto de autos se cumplió de forma escrupulosa toda la normativa europea aplicable, la ya aludida MiFID; en todo caso, el sólo incumplimiento de tal normativa no conllevaría sin más o de forma automática la nulidad del contrato, sino que se exige la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.266 CC sobre error invalidante del consentimiento. Contrariamente a lo referido de adverso, las cláusulas económicas obrantes en tal contrato no resultan en modo alguno enrevesadas ni oscuras sino claras y precisas para su entendimiento sin necesidad de ostentar conocimientos especiales, es más, del contenido de las conversaciones telefónicas se infiere que su Administrador tenía pleno conocimiento sobre el nivel del tipo de interés para no tener liquidaciones negativas y que, en caso de producirse, podría instar la cancelación anticipada si bien "a precios de mercado". Entiende que ningún test de idoneidad resultaba exigible al no existir un asesoramiento financiero en materia de inversión, siendo la propia entidad mercantil quien, ante el ofrecimiento de tal producto, debe valorar la idoneidad o no de contratar tal operación en función de su situación económica financiera y ello porque BBVA no presta este servicio de asesoramiento financiero en su operativa de instrumentos financieros derivados con sociedades mercantiles, limitándose a comercializar este producto de forma generalizada a aquellas sociedades que quieran cubrir o gestionar el riesgo de tipo de interés, sin valorar sus circunstancias personales, por lo que BBVA no comprueba si, de acuerdo con el posible endeudamiento del cliente potencial, la operación resulta o no idónea. Es por ello que, a su juicio, es la diligencia del posible contratante el comprobar - por sí mismo o por un asesoramiento externo - si con la contratación de tal tipo de operación está gestionando su riesgo de una forma idónea para su sociedad o actividad económica, limitándose a comprobar, como aconteció en el supuesto de autos, que los administradores cuentan con experiencia y conocimientos necesario para poder valorar los riesgos y entender las características del producto contratado al efecto; todo ello sin olvidar que la misma cumplió con los deberes de información exigibles tanto con la información precontractual ofrecida al cliente por el director de la oficina de Bajamar como en el curso de las conversaciones telefónicas mantenidas con el mismo en donde se demuestra que el Administrador de [REDACTED] tenía perfecto y amplio conocimiento de los términos, riesgos y condiciones inherentes de tal contratación haciendo todo ello inviable la existencia de vicio alguno en su consentimiento.

SEGUNDO. Preciso es efectuar a modo de preámbulo determinadas puntualizaciones sobre la malpraxis bancaria tributaria de nulidad o anulabilidad de determinados contratos que son ofrecidos al cliente como productos financieros y de las que resulta un perjuicio patrimonial para el particular o bien porque sufren pérdidas en la inversión aconsejada por el banco o bien porque finalmente resulta deudor respecto a este como consecuencia de los efectos del producto financiero cuyo alcance no conocía o se le explicó insuficientemente, todo ello partiendo de una relación de confianza que en principio existe entre la entidad financiera y el cliente que se deja asesorar y guiar por el banco como comerciante experto en el ámbito de la financiación. Particularmente ilustrativos son los supuestos de contratos de depósito y los de "permuta financiera de tipo de interés", denominados SW/ resultando por ello conveniente traer a colación ciertos conceptos relacionados con





el contrato cuya nulidad se solicita. El contrato litigioso se califica como una Permuta financiera de tipos de interés tratándose de un contrato en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda, precisando que en este caso el cliente se comprometía a pagar a un tipo de interés fijo en referencia al Euribor a cambio de recibir del BBVA un tipo de interés variable referido al Euribor. Cabe decir, por tanto, aunque el contrato no venga definido propiamente como tal, que la permuta financiera de intereses es un contrato mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación (importe nominal), denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia", SAP Burgos núm. 445/2010 (Sección 3), de 10 noviembre.

Nos hallamos ante el conocido en la doctrina científica como contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés (en la terminología anglosajona swap). Es un contrato atípico, pero lícito al amparo de art. 1.255 C.C y 50 del, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíproca obligaciones, sinalagnático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambia obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) 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, liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele consistir en 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 especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se dijo, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obliga a los contratantes, SAP Asturias núm. 25/2010 (Sección 5), de 27 enero. En este sentido, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 1849) del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona, "en esta modalidad de swaps, no se trata de flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nominal) liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una parte acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap fijo contra variable o "coupon swaps"). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos endeudados a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación". En definitiva, como se indica en la SJPI Asturias, Oviedo, núm. 211/2010 (Núm. 1), de 7 octubre, la finalidad esencial de la permuta financiera no es la especulación sino la mejora de





estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o la protección o cobertura contra las fluctuaciones de los mercados financieros. Pese a ello, la operación no está exenta de riesgos merced a su componente especulativo, en esta idea ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 de junio de 2009 (AC 2009, 1762) cuando establece que "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, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de intereses, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder". 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 característica destacable de esta clase de contratos. Y si bien su finalidad principal es protegerse frente a 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 especulativa, lo que explica que no lo sean sobre la deuda pendiente de amortizar en cada momento sino sobre el nominal inicialmente convenido, SJPI Zaragoza, Zaragoza, núm. 221/2010 (Núm. 1), de 15 septiembre. También con la misma línea de argumento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 6) (Sec 5ª) que recuerda 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 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 exista 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, que da idea de que su interés no se confunde con el del cliente".

De diversas Resoluciones del Servicio de Reclamación del Banco de España en fechas 3/6/2009, 23/6/2009 y 24/6/2009, cabe extraer que:

- el contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipo 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 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 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





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 permita, 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. Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010, SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que "Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Ya para concluir con este orden de cosas destacar que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado estos productos como de alto riesgo, eso es, para un perfil de clientes altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para un usuario habitual.

TERCERO. En el particular caso de autos BBVA y [REDACTED] pactaron, con fecha de 21 de mayo de 2008 sobre la base de un nominal de 2.000.000 €, y por un plazo de cuatro años, la obligación de BBVA de pagar trimestralmente a [REDACTED] las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que la hoy actora se comprometía a pagar al banco, en mismo período la cantidad consistente, en un interés del 3,95% "más el 2% por el porcentaje de días que en el trimestre el Euribor 3 meses se mantenga por debajo del 3,95". Cada tres meses, y al tiempo de cada liquidación, las obligaciones de una y otra parte serían objeto de compensación, resultando una cantidad neta que abonaría la que finalmente resultara deudora: si el Euribor a tres meses era





superior al porcentaje indicado anteriormente pagaba el banco, si el Euribor a tres meses era igual o inferior adeudaba el cliente.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 1261 del, se halla el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del CC, y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. 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 cual 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 y si ello es así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria, todo ello puesto en relación con la normativa sobre normas y códigos de conducta. Según el artículo 1266 del CC, para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto el contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, esto es, no imputable a quien 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 quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (TS 3/3/1994 (RJ 1994, 1645), 12/7/2002 (RJ 2002, 7145), 24/1/2003 (RJ 2003, 1995), 17/7/2006 (RJ 2006, 6379)...). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales e relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente exigible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto y, por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de una persona inexperta que entre en negociación con un experto, siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, afirmando las sents. de A. Prov. de Valencia de 26/4/2006 (JUF 2006, 272575) y 14/11/2005 (JUR 2007, 43510), sobre la carga de la prueba de correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que en el caso de productos de inversión complejos, la carga sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto de que la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha diligencia.





En efecto, para que el consentimiento sea válido, ha de ser un consentimiento informado. Es decir el contratante ha de haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye, así como de los derechos y obligaciones que en virtud del contrato adquiere. Para ello es fundamental la fase de negociación precontractual, en la que cada uno de los contratantes ha de poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado de tal suerte que si el contrato llega a perfeccionarse lo haga convencido de que los términos en que aquél se concreta responden a su voluntad negocial. Si este deber de suministrar información es inherente a cualquier negociación incontractando, conforme a los postulados de la buena fe contractual (art. 7 del CC), adquiere en la contratación bancaria y con las entidades financieras en general un carácter de obligación legal por la complejidad y por la posición de superioridad que en la contratación ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes. Dada la peculiaridad, complejidad y en muchas ocasiones carácter novedoso de algunos productos bancarios, la omisión por parte de la entidad bancaria en el suministro de información o el carácter deficitario de la suministrada conlleva que el cliente haya adquirido una noción incorrecta del producto y del coste económico que el mismo le va a suponer, por lo que el consentimiento prestado nace viciado y permite anular el contrato si el error recae sobre elementos esenciales del contrato; sin que pueda invocarse, como hace la demandada, la omisión por parte del cliente de la diligencia contractual exigible, es decir, que el error es inexcusable, ya que, la propia complejidad de los productos que las entidades diseñan y ofrecen a sus clientes hacen difícil que el cliente minorista pueda con una diligencia media o regular vencer el error.

Lo relevante en este caso estriba en determinar si la actora, por medio de su representante legal, conoció la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que ello implicaba. Esencialmente, lo que la actora imputa a la entidad bancaria es un defectuoso cumplimiento de su deber de información tanto de su funcionamiento como de las previsiones de variación de los tipos y de las posibilidades de cancelación anticipada. Por todo lo anterior, la pregunta clave que procede en autos es tan simple como si D. ~~Jaime Ignacio Rodríguez Rodríguez~~, como Administrador de la mercantil ~~Compañía de Seguros de Vida y Retiro~~ conoció la naturaleza del contrato suscrito en los términos que se le exponen y por que el caso de desconocerla, era posible que llegara a aquel conocimiento a través de la diligencia exigible a un hombre medio. Ha de indicarse además que en supuesto de autos se ha producido una frustración del fin del contrato ya que finalidad del mismo no era especulativa, sino proteger a la actora frente al riesgo de pérdidas derivadas de una subida del tipo de interés al tener en su patrimonio operaciones de crédito a interés variable y el producto ofertado por la entidad bancaria y finalmente contratado resultar inidóneo para tal finalidad, es más en práctica supuso un mayor endeudamiento de la empresa (lo que en todo caso permitiría resolver el contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, dado su carácter sinalagmático). El que la finalidad del contrato era esta, ni siquiera fue discutida por la parte demandada y de hecho fue el argumento esgrimido por el director de la sucursal de Bajamar en el momento de explicar los motivos por los que en un momento determinado ofreció tal producto al representante legal de la actora.

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo,





prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 6), Pontevedra de 7 de abril de 2010 (JUR 2010, 174861) o de Jaén de 27 de marzo de 2009 (AC 2009, 1604)), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente. La Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), 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. 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 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 destacable en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberá 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. De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuyo soporte informativo necesario, que para su comprensión y correcta valoración requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, a quien le es 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 la clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, en ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le conviene poner en una situación de riesgo no deseada. Particularmente, 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 (bajista





las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; 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 de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período 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).

Destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7/4/2010 (JUR 2010, 174861) que las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad y que, en los contratos litigiosos, de carácter aleatorio, en que la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y por ende, de índice referencial, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión. Dicho de otro modo, en la medida que el Banco como aconteció en autos, tomó la iniciativa en la contratación y tenía su propio interés en el contrato, es de suponer que la elección de las diversas variables de mismo (tipos de interés aplicables, periodos de cálculo, costes..) no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuaciones de intereses y precisamente la información relevante para el cliente en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro de los tipos de interés referencial, pues solo así el cliente puede valorar, con conocimiento de causa, si la oferta del banco, e las condiciones de tipos de interés, periodo, y cálculo propuestas, satisface o no el interés (A Prov. Oviedo 27/1/2010 (AC 2010, 6)). Estamos efectivamente conformes con el hecho resaltado por demandada de que la sola infracción del deber de información exigible conforme a la normativa aplicable - ya invocada - no conlleva automáticamente la nulidad del contrato; evidentemente todo dependerá de cómo incida tal ausencia de información en la formación del consentimiento del cliente. Y así se entenderá fácilmente que la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado y que este estaba obligado a proporcionar, acerca de las características del producto suscrito por la demandante así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por la misma conlleva a tener concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.

Como nos recuerda la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias ya aludidas anteriormente, 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





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. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión(art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente(art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3) Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 (RCL 2007, 2302) 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. 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 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). Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagnático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme





a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V. Esa normativa se completa con el Reglamento de la C.E 1287/2006 (LCEur 2006, 1962), 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 pública reservada y modelos de estados financieros. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como IFID, directiva 2004 /39 CE, 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.

CUARTO. Despejados los aspectos del contenido contractual que interesan al objeto del proceso, la cuestión, ahora, es dilucidar su incidencia en la formación válida y eficaz de la voluntad negocial de la actora y la prestación de su consentimiento.

Prima facie, podría parecer sencilla la mecánica financiera que supone el desarrollo contractual, de carácter aleatorio, pero lo que no es sencillo inferir son las consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales, en caso de bajadas bruscas del Euribor, y más si a ello se une el ejercicio de la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria-ex art. 217-7 - del cumplimiento efectivo de una información adecuada la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respect a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"-art. 5.3 .-

Hemos de partir de un dato que nos resulta imprescindible a la hora de dilucidar la cuestión litigiosa. La operación financiera fue suscrita a iniciativa de la propia entidad bancaria y no del cliente, extremo que reconoció el director de oficina de BBVA, D. ~~Juan José Durán~~ y ello atendiendo, al parecer,





nivel de endeudamiento de la actora, ofreciéndose como un producto muy beneficioso como cobertura para operaciones con tipos de interés variable como las que presumiblemente tenía concertadas la actora en tales fechas, siendo por ello la entidad bancaria la que confeccionó los contratos y sus condiciones sometidos a la firma del cliente. Fue, pues, la iniciativa e insistencia de la entidad bancaria la que propició a la postre la suscripción del contrato. Es decir, nos hallamos ante una entidad mercantil que, hasta la fecha de suscripción del Swap con la demandada, afrontaba sin especiales apuros económicos - lo contrario no ha sido acreditado -, su nivel de endeudamiento. Por el contrario, en estos momentos se halla en la obligación de afrontar graves problemas económicos, casi ruinosos, - que incluso condicionan su propia subsistencia -, propiciados exclusivamente por la contratación de un producto - altamente especulativo y de evidente riesgo - ofrecido y aconsejado por su entidad bancaria de confianza para asegurar paradójicamente la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por la empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros. Partiendo de tal premisa, no ofrece duda el deber de información normativa que tiene la sociedad demandada sobre un producto financiero que ofrece al cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, como la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada con esta obligación respecto del cliente, lo que no consta que así fuera. Es el Banco el que configura los instrumentos financieros que ofrece, expone, al Cliente, para que, éste, en virtud de lo ofrecido, que es la voluntad declarada del Banco, pueda ponderar sus características financieras, para adecuarla a sus riesgos financieros, asumidos en sus operaciones comerciales. Pero esta decisión, en razón a esta ponderación, que es su finalidad negocial, dependerá de lo que le ofrezca el Banco, de cualquier forma, y no solo por la literalidad del contrato impreso, al que se adhiere el cliente -los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado-, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", como establece el art. 1.258 C.Civil.

Partiendo de que en estos casos en los que el "onus probandi" pesa sobre la entidad financiera, cabe llegar a la conclusión de que la actora, la mercantil ~~XXXXXX~~, no fue debidamente informada del carácter aleatorio y del riesgo que asumía la contratación de tal producto. Analizando el perfil de la actora, tal y como la misma explica en su escrito de demanda no contradicho de adverso, contamos con que se trata de una entidad mercantil que aunque haya firmado, como tales operaciones bancarias, pólizas mercantiles e hipotecas, no por ello cabe entender que se trata de un profesional a los efectos legales, sino más bien de una empresa que, en un momento determinado, recibe de su banco de confianza un asesoramiento sobre la forma más idónea para asegurarse frente a la subida de los tipos de interés. Afirma la demandada que antes de la formalización del contrato existió una información precontractual consistente en la conversación que en su momento mantuvo el representante legal de la actora con el director de la oficina del BBVA en Bajamar, ~~XXXXXX~~. Este último refirió durante su interrogatorio en el acto del juicio oral que en su momento informó al cliente de todas las particularidades del producto, que le comentó que era un producto de cobertura de tipos de interés y que podían existir liquidaciones positivas y negativas, pero que la explicación no se realizó con ejemplos numéricos y era posible que el actor no supiera los importes a pagar si bajaban los tipos de interés. No ofreció a este tribunal ninguna otra explicación sobre la entidad o calidad de la información así ofrecida, si bien cabe entender que no fue la debida y deseable. Se echa particularmente de menos que no exista constancia documental de habers efectuado los denominados supuestos hipotéticos en donde se explica al client





como evolucionará la cuestión según los diversos supuestos, particularmente si el índice de referencia experimenta variaciones al alza o la baja, ilustrándole sobre el resultado final de la operación según las diversas posibilidades. Ciertamente es que en el documento denominado por la demandada como "Idea de Reestructuración", Documento número 7 del escrito de contestación, se hace constar los dos posibles escenarios ante la distinta evolución del Euribor, "Si todos los días del trimestre el Euribor 3 meses fijase por encima del 3,95%, entonces el cliente tendrá liquidaciones positivas. Si todos los días de trimestre el Euribor 3 meses fijase por debajo del 3,95%, entonces el cliente pagará el máximo: 5,95%". Desde luego en el presente caso nos hallamos ante una inconcreción de esos resultados finales. Es decir, se sugiere que lo más que le podría pasar al Cliente es que se redujera o se quedara sin percibir alguna compensación económica, pero no que tuviera que pagar cantidades importantes o desproporcionadas, especialmente, para el caso de cancelación anticipada. Ciertamente es que como el punto de referencia es un futuro ya que depende la variación del interés hipotecario no puede fijarse con exactitud el montante de la operación. Pero si es posible efectuar algunos supuestos que permitieran al cliente prestar un consentimiento lo suficientemente informado y calibrar el contenido aleatorio de la operación que suscribe, que en principio presentaba concomitancias con un sencillo seguro de cobertura financiera. Asimismo reconoció el director de la sucursal que siendo un producto cancelable en cualquier momento no sabía cómo se calculaba el coste de cancelación ya que dependía del valor de mercado, sin aclarar si tan crucial extremo le fue expresamente facilitado al representante legal de la actora. Bien es verdad que en las condiciones generales del contrato se expone que los instrumentos financieros que el cliente suscribe conllevan un cierto grado de riesgo. Sin embargo, ese riesgo no parece debidamente especificado al referirse a factores asociados como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, que el cliente no tenía por qué conocer y que no consta que le fueron convenientemente explicados.

Estimamos que ha existido infracción de este deber de información desde el momento en el que, de lo actuado, como se ha expuesto, lo único que se desprende es la firma de los contratos, y la explicación de la operación financiera por parte de la empleada de la actora, lo que no se estima conveniente. Insiste la demandada, con el fin de acreditar su deber de diligencia en orden a ofrecer al cliente una cumplida información sobre las características y consecuencias del producto, que el representante legal de la actora resultó correctamente asesorado en el curso de las conversaciones telefónicas que mantuvo para su contratación con su personal, concretamente con [REDACTED]. Pues bien el estudio de las mismas nos revela todo lo contrario. Es cierto que el citado representante legal conocía la mecánica financiera que conlleva la suscripción de un contrato de semejantes características; que se puede colegir que, por tal motivo, el mismo resultaba conocedor de que las liquidaciones o "pagos" podían resultar positivos o negativos, a su favor o en contra, pero, no olvidemos, ello era en base a unas determinadas condiciones del mercado, no explicitadas en momento alguno, y en un contexto contractual cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un cliente, mediana empresa habituada exclusivamente a realizar operaciones financieras básicas como hipotecas y crediticias. No cuestionamos, por ello, la validez de la fórmula contractual - verbal - empleada al efecto por la demandada, pero sinceramente no podemos compartir que la información detallada deseable de un producto tan especulativo con evidentes riesgos para la economía del cliente pueda llevarse a efecto o completarse con una simple conversación telefónica en donde la empleada de la demandada se limita a confirmar una serie de datos financieros que presumiblemente - puesto que nada se acredita - el cliente ya





había concertado en el director de la sucursal. Tales conversaciones nos muestran que el cliente, o bien se limita a asentir a la información - rápida - ofrecida por la empleada, o bien se limita a confirmar que entiende la mecánica operativa de producto, pero de ello en modo alguno podemos inferir que el mismo tiene cabal y pleno conocimiento de la entidad y características de las consecuencias que la firma de tal tipo de contratación pudiera tener en su futuro ante la posible bajada de los tipos de interés ni las consecuencias económicas ciertamente negativas que llevaría aparejada en esa misma coyuntura una cancelación anticipada del contrato.

Se argumenta por el banco que el cliente pudo leer el contrato y que en el documento de confirmación se indica que las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación y que cada parte actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo; no obstante, no ha de olvidarse que estamos en presencia de un contrato de adhesión - en el que las condiciones han sido predispuestas por el oferente -, redactado íntegramente por la entidad bancaria por lo que resulta obvio que dicha cláusula no acredita la existencia de un consentimiento libre y válidamente emitido.

Especial mención merece la controversia existente en relación con la posible cancelación anticipada del contrato. Ninguna información se comprende en el clausulado de la Confirmación Swap - en el Documento número 7 de la contestación se afirma de forma reiterativa que "el BBVA tiene el derecho a cancelar la estructura trimestralmente a partir del primer trimestre" -, siendo la empleada del BBVA quien a lo largo de sus intervenciones telefónicas, por insistencia del propio cliente, le aclara la facultad de cancelar anticipadamente el producto, si bien su resultado económico "vendrá determinado por las condiciones del mercado" en el momento de la cancelación y, obviamente, según supo el cliente después, por el importe nominal contratado al afecto - que nada más y nada menos ascendía a 2.000.000 euros sin que todavía conociéramos los cálculos realizados por la demandada para obtener tal importante cuantía que a la postre ha condicionado todo el resultado de la operación -. Se trata de circunstancias económicas, elevadas a categoría jurídica, que se ha demostrado de importancia sustancial del contenido contractual, en perjuicio del cliente, que desconocía que pudiera llegarse a esa situación tan desproporcionadamente perjudicial, que, de la literalidad del contrato no podía obtener, salvo que fuera informado cumplidamente de tal eventualidad que el Banco podía prever, aunque fuera dentro de unos márgenes más aproximados. Pero en qué medida puede repercutir en la cancelación anticipada la situación del mercado o precios de mercado, nada se desprende, abstracción hecha de la indeterminación de los factores o elementos que comprenden la situación o precios de mercado.

Nos hallamos, por tanto, ante una absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada del producto por el cliente, al no haberle proporcionado los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuaría en su cuenta en el caso de que decidiera 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 que, como se señala la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, "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". Y que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante





una bajada tan importante de los tipos de referencia la actora mostrara interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual; como se pudo apreciar en el acto del juicio oral, el Administrador de la actora insistía en que, de haber llegado a conocer el verdadero alcance o coste de la cancelación anticipada nunca hubiera otorgado su consentimiento para un producto de semejantes características, y muestra de ello es que a lo largo de la conversación telefónica mantenida con la empleada del BBVA, D^a [REDACTED], le preguntó con cierta insistencia la posibilidad de cancelar el producto ante una posible bajada de los tipos de interés a cuya pregunta la misma respondía, lacónicamente, "a precio de mercado" sin ninguna otra información adicional.

QUINTO. Siendo esto así, concurren las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, recayendo sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el Cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato ni de las conversaciones telefónicas mantenidas al efecto antes de la definitiva confirmación se desprendiera las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas (sin limitación contractual para las bajadas de los tipos de interés, ni diferencial alguno, y permaneciendo inamovible el nominal inicial, con abstracción de la deuda amortizada). No consta que la actora, como tal cliente, recibiera la información adecuada ni se le hiciera algún test de perfil para ponderar la adecuación del producto al mismo, ni éste podría obtener un conocimiento exacto del alcance de las cláusulas contractuales, desde su propia literalidad, por su falta de claridad, que no puede favorecer a quién la ha originado -art.1.288 CC -.

Para apreciar la excusabilidad del error, debe tenerse en cuenta el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes: por un lado la demandada, BBVA, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, [REDACTED], una empresa minorista dedicada, entre otras actividades, a la explotación de placas solares, que no consta que cuente con un personal cualificado con conocimiento financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que presenta o supone un producto financiero de alto riesgo.

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 un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés 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 tanto en el contrato como en las indicaciones realizadas vía telefónica 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 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).

Se dan así y, por tanto, a juicio de esta juzgadora las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-7-2000 (RJ 2000, 9177): "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 (RJ 1994, 1469) febrero 1994 [], y 11 mayo 1998 (RJ 1998, 3711)). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 (RJ 1982, 179) y 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 6820))." Y baste aquí recordar lo que ya ha quedado expuesto respecto a la complejidad del producto financiero, a la información, o más bien falta de información, facilitada por la entidad bancaria, a los deberes que a ésta incumbían y a que el demandante no tiene la condición de experto financiero, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

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, 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...). 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

Para concluir, el hecho de que la actora suscribiera una renovación del contrato de permuta financiera anterior, llamado técnicamente por la demandada "reestructuración", no altera la conclusión expuesta, pues hemos de recordar que ello lo hace en un breve periodo de tiempo, un año, y cuando aún no ha llegado a comprender la mecánica operativa de los mismos, respondiendo al hecho de que la cancelación del primero de ellos resultaba ciertamente muy cuantiosa, económicamente hablando, casi ruinosa, para la empresa, viéndose obligado su representante legal, por asesoramiento y confianza depositada en el Banco, a la suscripción de un nuevo contrato en donde se contrata - textualmente - "una nueva estructura que lo deje de partida con un tipo mejor con la estructura vigente".

En análogos términos, el que se cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos - en clara contradicción con la doctrina de los actos propios -, no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el cliente el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión. Tampoco cabe aceptar, como se sostuvo en el acto de conclusiones por el BBVA, que el error recaería sobre elementos accesorios del contrato - cancelación -, pues lo hacía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de él y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de cierta duración, SAP de Oviedo, Civil sección 4 del 11 de Febrero del 2011 (ROJ: SAP O 188/2011).

Las omisiones en la información ofrecida por el Banco sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, produjo en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. En resumen, se le ofertaba un producto financiero para proteger los costes ante posibles subidas de interés cuando lo que en realidad suscribía eran unos contratos de elevado riesgo, que podían comportar, comportaron y siguen comportando cuantiosas pérdidas, que cubría de forma muy diferente las fluctuaciones de intereses según se produjeran al alza o a la baja, en claro perjuicio suyo en este último caso, y en los que no se advertía del coste que podía suponer el ejercicio por su parte del derecho de cancelarlo anticipadamente que allí se le reconocía.

El art. 1.303 del Código Civil dispone que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Esto supone la íntegra estimación de la pretensión accesoria de la principal interesada en el suplico de la demanda, es decir, la retrocesión o devolución de las





cantidades que han sido abonadas hasta ese momento y las que luego hayan tenido que atenderse.

SIXTO. En materia de costas procesales indicar que somos ciertamente conscientes de la coexistencia de soluciones diversas por parte de los Tribunales sobre cuestiones similares al caso aquí enjuiciado lo que podría conllevar no hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales conforme a lo previsto en el artículo 394.1 LEC. No obstante ello, a esta juzgadora, a la hora de resolver el caso enjuiciado, no se le planteó ni dudas de hecho ni de derecho aplicando la doctrina, entendemos que mayoritaria, propicia a declarar nulos estos tipos de contrato ante el defectuoso cumplimiento de su deber de información por la correspondiente entidad bancaria, y ello justifica que, estimándose íntegramente la demanda, sea la parte demandada quien tenga que sufragar las costas del presente procedimiento.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, D^a Esther Maritza Hernández Dávila, en nombre y representación de la mercantil **GOPEYA SOLAR, S.L** contra la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A**, debo **DECLARAR** y **DECLARO** nula la Confirmación Swap de fecha 20 de mayo de 2008 suscrita entre las partes del presente procedimiento y, en consecuencia, debo **CONDENAR** y **CONDENO** a **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A** a reintegrar a la actora las cantidades que le hayan sido cobradas con ocasión del contrato de autos, así como las cantidades que haya percibido, en su caso, durante la tramitación del procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en el citado contrato, minoradas con las cantidades que la citada sociedad haya percibido del banco, y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución, al tipo de interés legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria; todo ello, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al en que se notifique esta resolución. De conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se hace saber a las partes la necesidad de acreditar documentalmente, en el momento de anunciar o preparar el referido Recurso de Apelación, la previa





constitución de un **depósito** por valor de 50 euros en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó hallándose celebrado audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

