

Ltdo. D. Miguel Rúa - Figueras Gonzalez

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 5
 Campo Internacional de Maspalomas, Parcela 33
 San Bartolomé de Tirajana
 Teléfono: 928 72 32 05
 Fax.: 928 72 32 22

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Nº Procedimiento: 0000985/2009

Sección: F

NIG: 3501931120090007808
 Materia: Sin especificar
 Resolución: Sentencia 000099/2011

Intervención:
 Demandante

Intervención:

TECNICOS ESPECIALISTAS EN MONTAJES
 Y REPARACIONES S.L.
 BANCO BILBAO VIZCAYA S.A.

Procurador:

RAQUEL HIDALGO FERNANDEZ

PILAR QUESADA RODRIGUEZ

Demandado

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE LAS PALMAS	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 3 JUN 2011	- 6 JUN 2011
Artículo 151.2	L.E.O. 1/2000
SENTENCIA	



ES COPIA (+)

En San Bartolomé de Tirajana, a 24 de mayo de 2011.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr./a. D./Dña. GUILLERMO FERNANDEZ GARCIA, Juez de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 5 de San Bartolomé de Tirajana los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0000985/2009 seguido entre partes, de una como demandante D./Dña. TECNICOS S.L., dirigido por el Letrado D./Dña. MIGUEL RUA-FIGUEROA GONZALEZ y representado por el Procurador D./Dña. RAQUEL HIDALGO FERNÁNDEZ y de otra, como demandada D./Dña. BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., sobre nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador D./Dña. RAQUEL HIDALGO FERNÁNDEZ, en la representación que tiene acreditada se interpuso demanda de Procedimiento ordinario en la que después de exponer los hechos y fundamentos jurídicos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase en su día Sentencia por la que se estimara la demanda, se declarase nulo el contrato de "confirmación de Swap" suscrito entre el actor y el BBVA con fecha 8 de junio de 2007, subsidiariamente la resolución del referido contrato, se declare que no se debe por la actora cantidad alguna por dicho contrato y que se condene a la demandada a abonar la cantidad de 13.896,72 euros y las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato SWAP hasta la ejecución de la Sentencia más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en la cuenta del actor.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las codemandadas para que contestasen a la demanda, haciéndolo estas el legales tiempo y formas y convocadas las partes para la celebración de la Audiencia Previa, practicándose esta con el resultado que consta en Autos.

TERCERO.- Finalmente se celebró el juicio. Recibido el pleito a prueba, se practicaron los medios propuestos y admitidos con el resultado que es de ver en autos y se formularon conclusiones por las partes.





CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMIENTOS DE DERECHO

ES COPIA

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda por la que se instaba el dictado de una Sentencia por la que se declarase nulo el contrato de "confirmación de Swap" suscrito entre el actor y el BBVA con fecha 8 de junio de 2007, subsidiariamente la resolución del referido contrato, se declare que no se debe por la actora cantidad alguna por dicho contrato y que se condene a la demandada a abonar la cantidad de 13.896,72 euros y las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato SWAP hasta la ejecución de la Sentencia más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en la cuenta del actor. En fundamento de esta pretensión se alegan hechos y fundamentos jurídicos que serán analizados a continuación.

SEGUNDO.- Resulta indiscutido que ambas partes suscribieron en fecha 8 de junio de 2007 un documento denominado de "confirmación de Swap". Han de hacerse unas precisiones en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico del SWAP o contrato de permuta financiera.

Este contrato ha sido conceptuado en la jurisprudencia, concretamente la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010\6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia , y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente, la cual dice su Fundamento Jurídico 3º que "Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, 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. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) 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. De otro lado, interesa destacar 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 art. 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





ES COPIA

que obligan a los contratantes". Por otro lado, y referido a su particular y controvertida relación con el contrato de seguro 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".

Serán de aplicación a la presente litis las disposiciones de la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998, al tratarse, el objeto de este asunto, de un contrato de adhesión, la Ley del Mercado de Valores, específicamente los arts. 78 y 79 de la misma así como el RD 629/93 de 3 mayo sobre normas de actuación de los mercados de valores y registros obligatorios EDL1993/16198, en cuyo art. 5 se incluían como reglas de comportamiento las relativas al deber de información a los clientes, vigente a la fecha de la firma del primer contrato y que se ha visto ratificada por el actual RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión EDL2008/4324 ; este RD procedió a derogar el anterior y viene a establecer prescripciones similares en orden a garantizar la información debida a los clientes al tiempo de la contratación de este tipo de productos financieros y la verificación previa de la idoneidad del cliente para el mismo, y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En todas las anteriores disposiciones se regula de forma especial las obligaciones de información habiendo de destacarse particularmente el art. 79 bis de la LMV, que d forma especial y entre otras previsiones, dispone que "La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias."

No será sin embargo, en contra de lo pretendido por la actora, disposición aplicable a la presente litis la LGDCU, por aplicación de los siguientes artículos de la misma: Artículo 2. Ámbito de aplicación. Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios." , "Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional." , "Artículo 4. Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.", no cabiendo ninguna duda de que la demandante TEMYR, actúa en este concreto caso en el marco de su actividad empresarial o profesional, pues el contrato litigioso se suscribe en relación, tal y como se señala en la demanda, a uno de préstamo otorgado asimismo con la demandada para la





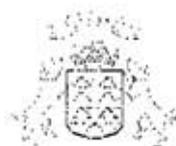
adquisición de una nave industrial con el fin de desarrollar su actividad comercial.

ES COPIA

TERCERO-Las pretensiones de la parte actora se fundan en un vicio del consentimiento contractual padecido por la misma y que habrá de ser analizado a la luz de las disposiciones legales referidas en el anterior fundamento, principalmente en lo tocante la información que ha precedido a la prestación de tal consentimiento.

En este punto hemos de hacer nuestras las consideraciones contenidas en la SAP, Civil sección 1 del 18 de Febrero del 2011 (ROJ: **SAP GI 1/2011**) que afirma que : "Las acciones ejercitadas giran en torno al contrato de permuta financiera o tipos de interés, también denominado con el anglicismo swap. El mismo consiste someramente en un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura. Dichos flujos pueden, en principio, determinarse en función, ya sea de los tipos de interés a acorto plazo como del valor de índice bursátil o cualquier otra variable. Es utilizado para reducir el costo y el riesgo de financiación de una empresa o para superar las barreras de los mercados financieros. Como subtipo de este tipo de contratos, se conoce el swaps de tipo de interés, el más simple y conocido en los mercados financieros, consistente en un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. Habitualmente, una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor o Libor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo o bien variable, pero referenciado, en este supuesto, a otra base distinta.

De forma más concreta, estamos ante un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad, que debe ser ofrecido con el **soporte informativo necesario**, que para su comprensión y correcta valoración se 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 su 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, 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. 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 (bajistas), 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



ES COPIA

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).

Nos movemos de lleno en la práctica del sector bancario, que se caracteriza por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las Entidades Bancarias que deben ser aceptadas por el cliente a la hora de contratar, sin posibilidad de introducir modificaciones o matizaciones en las mismas. A pesar de estas particularidades, en el sector en el que se mueven los contratos objeto del presente pleito, el Código Civil sigue siendo el que nos ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación de un contrato, a través del clásico contenido del Artículo 1.261, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo. El eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo. **Esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone.** Esto hace que en el sector que analizamos de la Banca, el legislador y por ello, la jurisprudencia se cuiden de destacar en el análisis de los supuestos que contemplan, la protección que es precisa que el cliente de un Banco, aun cuando sea potencial, tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con una Entidad Financiera y todo ello por la necesidad de dotar de amparo, a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. **En la fase precontractual, debe procurarse al consumidor por la propia Entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece.** En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las **exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio** de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Finalmente, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de este tipo 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





ES COPIA

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 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 .). ...es preciso que el Banco aperciba y advierta a la otra parte contratante, que tales desigualdades pueden producirse y hacerlo de una forma tan exhaustiva que impida a la parte contratar servicios que rápidamente le pueden producir unos perjuicios económicos persistentes, a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso. En palabras de la Ley del Mercado de Valores de una forma "que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa".

Por su parte la SAP de Asturias, Civil sección 4 del 11 de Febrero del 2011 (ROJ: **SAP O 188/2011**) señala que : "...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 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 90 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

ESCOPIA

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 sinalagmático, 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)..., 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 ."

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". De ahí que, concluyan, 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, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés. "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) ".

De todo lo anterior resulta pues la necesidad de un información previa a la contratación de Este producto financiero que haga consciente al adherente, pues es obvio e indiscutido que nos encontramos ante un contrato de adhesión, en el que ninguna negociación ha existido en relación a su contenido sino que el mismo ha sido redactado por una sola de las partes, la predisponente, en este caso BBVA, con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos, limitándose la parte actora, a adherirse a este contenido predeterminado.

CUARTO.- Es necesario pues, para la formación de la voluntad negocial, que la parte que contrata un SWAP tenga plena conciencia y conocimiento claro y exacto, de la esencia del contrato, de aquello sobre lo que presta su aceptación y de las consecuencias que ello supone.

Es importante significar que, en este punto se produce una inversión de la carga de probar el hecho de la información que al Banco compete, de informar al adherente sobre el producto financiero que contrata, a fin de que el mismo pueda manifestar un consentimiento formado e informado, que produzca plenos efectos contractuales. En este sentido la SAP de Asturias de 18 de febrero de 2011 (EDJ 2011/45337) : " En resumen, era el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del



ES COPIA

"onus probandi" del artículo 217 de la LEC EDL2000/77463, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de productos comunes que hasta ese momento había contratado con el Banco, y éste nada ha probado al respecto."

Hay que tener en cuenta que el contrato litigioso versa sobre un producto financiero de riesgo, pese a que en distintos momentos del juicio la parte demandada no reconoció este extremo. Y se llega a la conclusión teniendo en cuenta que las consecuencias de este contrato dependen de un índice, el EURIBOR, que determina el tipo de interés, y que es esencialmente volátil e imprevisible, particularmente para la parte adherente, en este caso TEMYR, y las consecuencias de sus variaciones tienen enorme trascendencia, dando lugar a liquidaciones de importantes cantidades como ocurre en este supuesto.

Pues bien, resultaría especialmente necesario, en relación a la información precontractual que hubo de hacerse a [redacted] que la misma hubiera hecho particular hincapié en esta volatilidad, que no se menciona en la confirmación del contrato aportada, la del primer contrato que es el que es objeto del pleito. La volatilidad de los tipos de interés, como hemos visto es la circunstancia fundamental que hace de este producto, un producto de riesgo para el adherente. Tampoco vemos, ni en la confirmación, ni en las conversaciones telefónicas que constan en los autos información referida a ese extremo, esencial sin duda para tener verdadera conciencia del producto contratado, y por lo tanto para la formación de la voluntad negocial.

Es por tanto necesario que [redacted] tomase verdadera conciencia del producto que realmente había contratado. Por la actora se alega en la demanda que lo que se le ofertó era un "seguro de tipos de interés", siendo así que, como resulta evidente a la vista de lo expuesto en el expositivo tercero de esta resolución, que la naturaleza jurídica del contrato objeto de este pleito no es esa. Por la demandada se niega este hecho. Sin embargo, se aporta junto con la demanda un correo electrónico enviado por D. Santiago [redacted], representante de la demandada que concertó el contrato litigioso con [redacted]; a esta, en el se remite información y se habla textualmente de un "seguro de tipos". Es obvio que esta circunstancia vicia el consentimiento de la actora, produciéndole un error acerca de lo que realmente contrata. En esta línea, 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".

De otro lado es de significar, que a la vista de la explicación que en la llamadas telefónicas grabadas, previas a la contratación, y cuya transcripción consta en las actuaciones, no se ha informado convenientemente sobre el producto ni acerca de sus riesgos. Sobre este concreto punto, y en relación al





extremo antes apuntado de la volatilidad de los tipos de interés y su trascendencia para las eventuales liquidaciones, es importante tener en cuenta que en todo momento se informó a de que los tipos de interés iban a subir, lo que daría lugar a liquidaciones beneficiosas para la actora, sin apenas hacerle referencia a la posibilidad de la bajada de los mismos, siendo así que como se admitió en el juicio, los Bancos poseen previsiones de la evolución del mercado de tipos, ni de las consecuencias que tales bajadas traían consigo. Por tanto, el Banco no se cercioró de que el cliente fuese consciente 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 entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad. No se empleó un instrumento sumamente útil y frecuente en el tráfico bancario, como es la simulación referida a los tipos de interés y su evolución.

ES COPIA

No puede entenderse, a la vista de las conversaciones telefónicas y del documento de confirmación del contrato impugnado, que por la demandada se haya cumplido con la previsión de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio, toda vez que, en cuanto a la claridad, es sumamente difícil, como se manifestó en el juicio por la actora, conocer las consecuencias del contrato según la evolución de los tipos, y en cuanto al equilibrio, por la propia demandada se reconoce que, sean cuales sean las liquidaciones, el Banco no sufre pérdidas, toda vez que contrata un producto reflejo en el mercado financiero, sino que el SWAP le es beneficioso en todo caso, al percibir un porcentaje del capital, siendo así que, al adherente se le ocasiona, como así ha ocurrido importantes gastos. En este sentido la SAP 143/2009 Álava (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2009 que señala "ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquél caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales."

Relacionado también con la complejidad y riesgo que implica el SWAP como producto financiero, y el deber de información que compete a la entidad demandada, ha de tomarse en consideración que **no se hizo entrega, tal y como se reconoció por D. Santiago, representante de BBVA, del contrato marco de operaciones financieras, imprescindible para el conocimiento del producto, y por lo tanto para la adecuada formación del consentimiento.**

Tampoco se alude en las conversaciones telefónicas ni en la confirmación del primer contrato al coste que para TEMYR supondría la cancelación del SWAP, señalándose por BBVA que la misma se hizo conforme a precios de mercado. Es decir, que tampoco se cercioró la demandada de que, como se exige conforme al art. 79 bis de la LMV, 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,



ES COPIA

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 y, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación.

Ha de considerarse, a la hora de valorar esa información que se suministró a la actora, la formación del representante de TEMYR, que ha cursado estudios de formación profesional, y reconoce que gestiona la parte comercial de la empresa relacionada con la ventas, pero que cuando existe complicación relacionada con las finanzas necesita asesoramiento. Resulta complicado pensar que, a la vista de lo expuesto, la actora pudiera tomar conciencia de los riesgos con la escasa información facilitada.

Se ha alega por la parte demandada que los clientes solo reclaman cuando sufren pérdidas y no cuando obtuvieron abonos por la operación, lo que evidencia el desconocimiento de la parte sobre lo que habían contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la trascendencia de lo contratado, lo cual es normal, según reconoce copiosa jurisprudencia .

En resumen, la formación de la voluntad negocial se habría producido en base a una información parcial e insuficiente, a la vista de las disposiciones normativas que hemos referido y que son de aplicación, que indujo a a error al prestar su consentimiento en la celebración del contrato objeto de la presente litis, creyendo que en realidad estaba concertando una especie de seguro que la protegería ante las subidas de los tipos de interés, no cumpliéndose la exigencia de la LMV de que la información "le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa". Puede concluirse que existe error en el consentimiento negocial, no habiéndose cumplido por la demandada con el deber de diligencia que le impone la Ley, a fin de que la actora fuera plenamente consciente del riesgo que la operación entraña.

Por aplicación de lo dispuesto en el art 1265 del CC, hay que declarar la nulidad del contrato suscrito por las partes en fecha 8 de junio de 2007, al haberse producido error en el consentimiento .

QUINTO.-Procede, en virtud de la anterior declaración de nulidad y de lo dispuesto en el art. 1303 del CC, la restitución de las cantidades mutuamente abonadas en virtud de las sucesivas liquidaciones, por lo que la demandada habrá de abonar 13.896,72 Euros a la actora, cantidad resultante del saldo de las distintas liquidaciones positivas y negativas. Es obvio que ninguna cantidad se debe por un contrato nulo.

SIXTO.- El demandante en el suplico de su demanda solicitó el pago del principal reclamado «más el pago de los intereses legales ». A tal efecto se ha de significar, que la expresión "intereses legales" es equívoca, ya que cuando en un proceso civil se reclama, como pretensión accesorio, el pago de los intereses legales devengados por una cantidad de dinero que constituye el objeto de la pretensión principal, no se sabe bien qué es lo que



ES COPIA

quiere el demandante si no hace las precisiones oportunas, porque intereses (legales) son, por ejemplo, tanto los que, con apoyo en los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, se devengan desde el día de la interpelación judicial, en el caso de ser líquida la cantidad reclamada, como los que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se devengan desde la fecha de la sentencia, a los que por cierto la L.E.C. 1/2000 también califica como moratorios ("de mora procesal"). Por lo tanto, corre a cargo de la parte demandante especificar en cada caso qué intereses son los que solicita, concretar el día inicial para su computo y además, en su caso, el tipo por el que se ha de determinar su importe, pues de no hacerlo y de instar simplemente el pago de intereses legales sin más especificación, cual ocurre en el caso enjuiciado, la solución a adoptar es la de que los intereses realmente pedidos no sean los moratorios del artículo 1.100, 1.101 y 1.108 del C.C., que suponen un mayor gravamen para la parte condenada a su pago, sino los estrictamente legales, ahora de mora procesal, del artículo 576 de la L.E.C. 1/2000, antes art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada, a computar desde la fecha de la sentencia, que son los menos perjudiciales para el condenado (en este sentido S.A.P. de Valencia, sección 8ª, de 7 de octubre de 1997 [AC 1997\1962]).

No procede, por tanto la condena a los intereses del artículo 1.100, 1.101 y 1.108 del C.C..

SEPTIMO.-Las costas por aplicación del art. 394 LEC, deben ser impuestas a aquella parte cuyas pretensiones no hubieren encontrado favorable acogida, sin que se aprecien en el caso de autos circunstancias especiales que justifiquen su no imposición, por lo que ha de hacerse condena en costas procesales a la parte demandada, al haber sido íntegra la estimación de la demanda.

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por el Procurador D./Dña. RAQUEL HIDALGO FERNÁNDEZ, en nombre y representación de D./Dña.

S.L., frente a D./Dña.

BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., declaro nulo el contrato de confirmación de SWAP suscrito entre las partes en fecha 8 de junio de 2006, y condeno a dicho demandado a que satisfaga a la actora la suma de 13.896,72 euros, y los gastos y costas del procedimiento.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se preparará por escrito ante este Juzgado en el plazo de **CINCO DIAS** a partir del siguiente al de su notificación.

Notifíquese esta sentencia al demandado personalmente, en la forma prevista en el art. 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo si se hallare en paradero desconocido, en cuyo caso la notificación se hará por medio de edicto, que se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

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



**ES COPIA**

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en San Bartolomé de Tirajana, a 24 de mayo de 2011.

