

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
NÚM. SEIS
GIJÓN

COPY

SENTENCIA

En Gijón, a veintiocho de octubre de dos mil diez.

El Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario núm. 446/2010, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante/s I, con Procurador/a Juan Ramón Suárez García y Abogado/a Marcelino Tamargo Menéndez, y de otra como demandado/s BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., con Procurador/a Manuel Suárez Soto y Abogado/a María José Cosmea Rodríguez, sobre nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario sobre nulidad contractual presentada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Irma Fernández Fernández, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicitaba que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad del contrato Stockpyme II-Tipo Fijo firmado entre las partes el día 4 de abril de 2008 por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes de la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos, y el precio con sus intereses, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de modo que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, la demandada en plazo legal se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito.

TERCERO.- Se acordó convocar a las partes a la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró el día fijado. En la citada audiencia, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba, admitiéndose las que se consideraron pertinentes y útiles, procediéndose a continuación a señalar fecha para el acto del juicio, en el que se procedería a la práctica de la prueba admitida.

CUARTO.- El acto del juicio se llevó a cabo el día señalado y al mismo concurren las partes personadas. Iniciado el acto se procedió a la práctica de las pruebas por su orden, con el resultado que obra en autos. Practicadas las pruebas se concedió a las partes la palabra a fin de que formularan oralmente sus conclusiones, lo que así hicieron en la forma que queda documentada en los presentes autos, verificado lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión que plantea la demandante consiste en obtener la declaración de nulidad del contrato denominado STOCKPYME II-TIPO FIJO de fecha 4 de abril de 2008 suscrito con la demandada por haber existido en su formación vicios del consentimiento, en concreto error y dolo, y, en síntesis, sustenta dicha pretensión en que, con ocasión de la concesión de un crédito para su negocio (un pequeño comercio de lencería), y siguiendo las indicaciones de los responsables del Banco en el sentido de que debería firmar un seguro de cobertura frente a la subida del Euribor y un seguro de vida, accedió a ello y suscribió dicho contrato, firmando posteriormente, el 7 de abril, la póliza de crédito en cuenta corriente con intervención notarial y un límite de 10.000 €, que posteriormente solicitó otro crédito para obtener liquidez y cancelar el anterior, concediéndosele un préstamo por importe de 32.000 € a interés fijo que también suscribió con intervención notarial el 30 de septiembre de 2008, solicitando entonces la cancelación del seguro de cobertura de tipo de interés sin obtener una respuesta satisfactoria por parte del Banco, que insistió en ello más tarde cuando debido a una liquidación negativa el Banco devolvió una letra y le indicaron que la cancelación tenía un coste de 15.000 €, advirtiéndole de ese modo que lo que en realidad había suscrito era un contrato bancario de alto riesgo Swap por importe de 150.000 € sin que la demandada le hubiese ofrecido la información necesaria para la comprensión de dicho contrato, habiendo accedido a prestar su consentimiento por error, ya que pensó que le iba a resultar beneficioso cuando en realidad no fue así. En su contestación oponiéndose a dicha pretensión de nulidad la demandada niega que existiese ninguna

vinculación entre la operación de crédito y la suscripción del contrato STOCKPYME, sostiene que la iniciativa para celebrarlo partió de la demandante, que ésta conocía la diferencia entre dicho contrato y un seguro y que lo suscribió con plena libertad y contando con toda la información necesaria para medir el alcance de las obligaciones recíprocas que de él resultan, siendo además el contenido del contrato de fácil conocimiento y el mecanismo que recoge de fácil comprensión, de modo que a través de él la demandante estaba realizando la gestión de los riesgos de incremento de tipos de interés por el nominal que estimó pertinente, por lo que ni existió error en la contratación ni puede reprochársele ninguna conducta dolosa por haber inducido a la otra parte a celebrar un contrato que no quería, argumentando además que la demandante no ostenta la condición de consumidor, y apelando, en fin, a la doctrina de los propios actos, ya que aquélla recibió liquidaciones positivas a las que no puso objeción y sólo cuando comenzaron a ser negativas se dio cuenta de su error.

SEGUNDO.- Como ya ha tenido ocasión de indicar este tribunal en otros pleitos anteriores en los que se cuestionaban contratos similares al litigioso y se pretendía su anulación por idénticos motivos, parece conveniente comenzar recordando que, entre los requisitos esenciales de todo contrato establecidos en el artículo 1261 del Código Civil, 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 artículo 1262 del mismo Código, y que será nulo, según dispone a su vez el artículo 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 valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, algo que ha venido mereciendo una especial atención por parte del legislador, estableciéndose códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino los ciudadanos en general, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que pretenden rentabilizar sus ahorros. En este sentido, como señala la SAP

Valencia (Secc. 9ª) 13-11-2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, la especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al consumidor de una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Así también, la SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 destaca que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria son básicos para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios, y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), 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. Desde esta perspectiva, importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso, después de la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, tras declarar en su artículo 2.2 incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, regula en su artículo 79 bis las obligaciones de información, estableciendo en el apartado 3 que a los clientes, incluidos los potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, de modo que les 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, y debiendo incluir la información orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, y en el apartado 7 que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. En desarrollo de tales previsiones legislativas, el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya en vigor cuando se celebró el contrato objeto de este pleito, establece también el deber de proporcionar información a los clientes minoristas (condición que indudablemente debe reconocerse a la demandante), incluidos los potenciales, con antelación suficiente a la celebración del contrato (artículo 62, apartados 1 y 2), que debe comprender, en el caso de los instrumentos financieros, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los mismos, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional, incluyendo una explicación de las características



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas (artículo 64.1), y precisamente para articular ese deber de información se establece la necesidad de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado mediante la llamada evaluación de la conveniencia (artículos 73 y 74). Justamente a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, ya antes incluso de la citada reforma legislativa y desarrollo reglamentario sobre las empresas de servicios de inversión, y aunque referido a los instrumentos asociados con operaciones de préstamo hipotecario, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, había establecido el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (páginas 116 y 117 y 135 y 136, respectivamente, que pueden consultarse en su página web) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese mismo deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP Jaén (Secc. 3ª) 27-3-2009, destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y por lo que hace al supuesto concreto que aquí se juzga, el contrato celebrado entre los litigantes cuya nulidad se postula se denomina STOCKPYME II-TIPO FIJO (documento nº 2 presentado con la demanda). Se trata de un contrato Swap o permuta financiera de tipos de interés, pese a que el documento contractual no lo menciona expresamente ni utiliza tales términos, aludiendo en cambio a que se trata de una operación de Cobertura de Tipos de Interés cuyo objeto es llevar a cabo una gestión del riesgo de tipos de interés. Como señala la ya citada SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010, es un contrato atípico pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, y caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir, generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas, destacando además que, 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, aspecto éste al que también se alude en la SAP Cáceres (Secc. 1ª) 18-6-2010



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

al decir 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 al alza, de los tipos de interés variables, pero que sobre la base de esa finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian. En el informe pericial del auditor Cristóbal Verdú Nido se constata, en efecto, que el contrato STOCKPYME II-TIPO FIJO es un contrato Swap de interés o un contrato de permuta de carácter financiero 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. 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. Este tipo de contratos, no negociados en mercados organizados, sirven para protegerse de las fluctuaciones causadas por distintos tipos de riesgos financieros (en este caso, interés), y aunque pueden aparecer vinculados a otras operaciones de pasivo (préstamo o crédito), también pueden nacer como contratos autónomos, sin estar vinculados necesariamente a la protección de los riesgos financieros, por ejemplo, especulando en mercados muy volátiles, pero asumiendo en este caso los riesgos del uso de tales derivados. La ausencia de negociación hace que para su valoración deba acudirse a métodos internos, y así, tradicionalmente el valor de una permuta financiera de intereses se ha obtenido actualizando los flujos netos de caja esperados a los tipos vigentes en el mercado en cada momento, lo que supone, en el caso de los flujos variables, en los que resulta imposible conocer con certeza los valores que tomarán periódicamente los tipos de interés variable objeto del acuerdo, que su cuantía se desconoce hasta que se alcanza la fecha de fijación de intereses, siendo por ello también incierto su valor actual. Tales características, como señala el aludido informe pericial, dotan al producto de un carácter especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente, en función de la variación del tipo de interés al alza o a la baja. Más aún, en el folleto informativo obtenido de la página web de la CNMV y presentado con la demanda (documento nº 7) los swaps se ponen como ejemplo de productos complejos, y el propio artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, en su apartado 8 a) establece que no se considerarán instrumentos financieros no complejos (luego si son complejos) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas. En el citado informe pericial se considera un contrato complejo, y tras analizar sus términos llega a la conclusión de que no se trata de un simple contrato que cree garantías para el cliente, sino que también introduce riesgos, teniendo por ello características de una inversión compleja y especulativa. Al

responder al interrogatorio de parte, la demandante manifiesta que se le ofreció el producto por ser una buena cliente y para que no le perjudicara la subida del tipo de interés y que lo que entendió era que si el tipo de interés subía a ella no le iba a afectar, que era un seguro para que no le subiera el tipo de interés, y ello al tiempo o con ocasión de la suscripción de la póliza de crédito que había solicitado para su negocio. En ningún momento afirma que entendiese que se trataba de un puro y simple contrato de seguro, sino de una cobertura frente al riesgo de subida del tipo de interés, teniendo en cuenta que el estipulado en la referida póliza de crédito (documento nº 3 presentado con la demanda), tras la primera revisión prevista para el 15 de junio de 2008, era un interés variable referenciado al Euribor a 3 meses, y así, efectivamente, se define en el propio contrato -según se ha dicho- como una operación de Cobertura de Tipos de Interés, con el objeto de llevar a cabo una gestión del riesgo de tipos de interés.

CUARTO.- A propósito del error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si

la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual 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 por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, en el presente caso no resulta acreditado que la demandada cumpliera tal exigencia, informando a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de sus cláusulas, y particularmente de los riesgos asociados a dicho contrato. Y es que, como destaca la SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 7-4-2010, antes de formalizar la contratación de estos productos, las entidades 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; 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 generan pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia del contrato. La propia resolución incide en la necesaria información sobre los riesgos de la operación, máxime cuando 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 permitan obtener la mayor rentabilidad, y, concretamente, que en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés, de evidente 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, del índice referencial del Euribor, 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. De hecho, el perito Sr. Verdú Nido manifiesta en su intervención en el acto del juicio que el Boletín Económico del Banco de España publicado a principios del mes de abril de 2008 ya hacía una previsión del tipo de interés del 3,70% para el año 2009, algo que sin duda debía conocer la entidad demandada, y sin embargo el tipo de interés a que se obligaba la demandante en virtud del contrato suscrito era el fijo del 4,38%. En ese mismo aspecto acerca de la información sobre el riesgo incide la ya citada SAP



Asturias (Secc. 5ª) 27-2-1010 al decir que 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 periodos de cálculo, las escalas del tipo para cada periodo configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, no puede ser caprichosa, sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (Euribor), y entiende que estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro que configura el riesgo de la operación y está en directa conexión con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos, debe proporcionarse al cliente antes de contratar, pues sólo así éste 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, y 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. A este respecto, y pese a que en el Anexo al contrato, que constituye un modelo impreso elaborado por la propia entidad demandada, se recoge la declaración del cliente de que el Banco le ha solicitado información sobre sus conocimientos y experiencia en la inversión de productos/servicios de la misma clase, constando para el Banco que tiene conocimientos y experiencia en la inversión de dichos productos/servicios, y al mismo tiempo que el cliente reconoce que el Banco le ha informado de los riesgos asociados al producto/servicio objeto de contratación y manifiesta entenderlos, ello casa mal con la declaración atribuida al cliente en el documento contractual en el sentido de que ha realizado su propia valoración de la operación habiendo contado con el asesoramiento jurídico y financiero ajeno al Banco necesario para entender y aceptar los términos y condiciones de la Confirmación, y más aún con la aseveración efectuada en la contestación a la demanda de que se ha informado al cliente de las características (ventajas e inconvenientes) de una posible reestructuración en la línea de una comercialización genérica a clientes con un tipo de producto contratado, pero sin atender en ningún caso a sus características personales. Surge así la duda de si realmente se informó o no a la demandante sobre la naturaleza del contrato y sus riesgos y sobre el alcance y contenido de dicha información, pues por una parte se dice que había realizado su propia valoración y había contado con asesoramiento ajeno al Banco, y por otra que éste había recabado información sobre sus conocimientos y experiencia, entendiéndola suficiente, y que la había informado de los riesgos asociados al producto. La confusión es todavía mayor cuando en la contestación a la demanda se afirma que con estos productos BBVA proporciona a un determinado perfil de cliente un instrumento con el que cubrir o gestionar los riesgos de incrementos de tipos de interés, pero sin aclarar cuál era ese perfil en el caso de la demandante, sosteniendo, en fin, que el contrato fue suscrito contando con toda la información necesaria para medir el alcance de las obligaciones recíprocas. El testigo Enrique Leiras Alvarez, que fue quien, como apoderado de la entidad demandada, intervino en la negociación y conclusión del contrato, y que por eso mismo no



puede considerarse propiamente como tal testigo cuando sigue ostentando esa condición como empleado de dicha entidad, introduce en su declaración un hecho nuevo de indudable trascendencia al que no se había hecho alusión en la contestación a la demanda, y es que la demandante contó con la asistencia de un asesor que intervino personalmente a la hora de solicitar financiación y consultar productos similares al contratado, que estuvo presente en las reuniones habidas con la misma y que todo fue acordado con ambos, siendo el asesor quien solicitó la financiación y la cobertura. Llama, desde luego, la atención que tal hecho no se hubiera alegado al contestar a la demanda, y sobre todo que, conociendo la identidad de dicho asesor, al que el testigo se refiere indicando su nombre y primer apellido, no se hubiese solicitado su declaración testifical en el acto del juicio, siendo que sobre la demandada pesa el "onus probandi" de haber cumplido su deber de información. Pero sucede además que el testigo Sr. Leiras matiza después su declaración al decir que el asesor estuvo al principio, que algunas veces iba él solo y que no conocía en profundidad las características de este producto en concreto, pese a que, a su modo de ver, era el más sencillo. Mal puede decirse, por tanto, que tal asesor pudiera haber suplido cualquier déficit de información y que el Banco quedaría liberado de proporcionar al cliente toda aquella a la que venía obligado para que éste pudiera tomar su decisión con conocimiento de causa por contar con dicho asesoramiento cuando aquél tampoco conocía las características del producto, siendo, en fin, sumamente clarificadora la declaración de la testigo Tania María Madera Cimadevilla, también empleada por entonces de la oficina bancaria y encargada de la operativa de cobros y pagos, cuando se refiere con familiaridad a un tal "N" que iba con la demandante a la oficina y con el que tenía relación por otros clientes, atribuyéndole la condición de gestor, que no asesor, encargado de llevar los papeles, nóminas, impuestos y seguros sociales. Manifiesta, por otra parte, el testigo Sr. Leiras que escenificó mediante un ejemplo la situación que se produciría por una evolución al alza o a la baja de los tipos de interés y que el cliente lo comprendió, y sin embargo reconoce que tal explicación, reflejada en una nota de las que usan a diario, no sólo no se incorporó al expediente seguido con motivo de la contratación, que fue simultánea a la concesión de un crédito en cuenta corriente, ni fue entregada a la demandante, sino que además se limitó a una sola operación en cada sentido, según la evolución al alza o a la baja de los tipos de interés, lo cual en sí mismo no puede considerarse como una explicación adecuada y suficiente de los riesgos asociados a la operación, que estaban en función de la previsible evolución del tipo de interés tomado como referencia (Euribor a 3 meses) y que por su diferencia con el tipo de interés fijo a que se obligaba el cliente podía ocasionarle, en caso de evolución a la baja, un grave perjuicio económico, como así fue en este caso, en que, tras dos primeras liquidaciones positivas, todas las demás que constan en el extracto presentado con la demanda (documento nº 5) fueron negativas en cuantía muy superior y en sentido creciente. Dicho testigo no ha sabido explicar tampoco por qué se fijo en el contrato un importe nominal de 150.000 €, como base de cálculo de las liquidaciones trimestrales, aludiendo a que éste se fija de acuerdo con el cliente en función de la financiación a tipo variable que tenga o se prevea que vaya a

tener a corto plazo, y es que, en realidad, lo convenido por la demandante con el Banco fue una póliza de crédito con un límite de 10.000 € que vencía el 7 de abril de 2009 y a la que se aplicaría un tipo de interés variable referenciado al Euribor a 3 meses a partir de la primera revisión el 15 de junio de 2008, en todo caso no inferior al 3%, no constando ningún otro riesgo a cargo de la misma que el préstamo con garantía hipotecaria concertado a su vez con CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS en virtud de escritura pública otorgada el 28 de diciembre de 2007 por un importe de 132.000 € que devengaría durante los doce primeros meses (hasta el 28-12-2008) un tipo de interés fijo del 5,20% anual y a partir de entonces un tipo anual variable que tomaba como referencia el Euribor a 1 año, y no a 3 meses. No se explica cómo, en tales circunstancias, podía serle beneficiosa la gestión del riesgo de tipos de interés mediante la contratación de una permuta financiera con las características y en las condiciones de la suscrita. Y menos aún se entiende que, si tal era la intención de la demandante, con pleno conocimiento de causa, procediera, apenas cinco meses después, a cancelar el crédito a tipo variable mediante la suscripción de una póliza de préstamo a interés fijo (documento nº 6 presentado con la demanda). De todo ello cabe concluir que si la demandante suscribió el contrato, según ella misma dice en su interrogatorio después de haber leído por encima la primera página, fue por la confianza que tenía en la entidad demandada y la seguridad que le ofrecía de que no se vería afectada por la subida del tipo de interés, y aunque hubiera leído el documento en su integridad antes de firmarlo debe tenerse en cuenta que se trata de un producto que, por más que se haya generalizado durante estos últimos años, sobre todo asociado a operaciones de préstamo hipotecario a interés variable, sigue resultando extraño para los no iniciados a la hora de valorar el verdadero significado de lo que representa el intercambio en el pago de intereses con una entidad bancaria, lo que explicaría sus dificultades para entenderlo y que llegase a la conclusión equivocada de que el producto contratado era un seguro que no implicaba la asunción por su parte de ningún riesgo, sobre todo porque no era ésa su intención al firmar el contrato. Por otra parte, el hecho de que la demandante no pusiera objeción o reparo cuando las liquidaciones trimestrales ofrecieron un saldo positivo y que si hubiera manifestado en cambio su disconformidad cuando aquéllas empezaron a ser negativas, lejos de evidenciar la conducta contraria a sus propios actos que le reprocha la demandada, lo que viene a demostrar claramente es que aquélla no fue consciente hasta entonces del verdadero alcance y significado de lo que había contratado y del riesgo asumido en la operación. En ese sentido, la repetida SAP Asturias (Secc. 5ª) 27-1-2010 entiende que no se está ante un acto inequívoco de confirmación del contrato, como pueden ser el cumplimiento voluntario de la prestación o el aprovechamiento de los efectos del negocio por quien pudiera ejercer la acción de nulidad, tratándose de liquidaciones practicadas en la cuenta asociada con resultado negativo, más aún cuando producida la primera liquidación con resultado tan gravoso como para suscitar la duda sobre el conocimiento cierto y suficiente del contrato y sus consecuencias el interesado muestra perplejidad y desacuerdo con tal liquidación requiriendo de adverso información bastante, no pareciendo, por tanto, que pueda

entenderse la pasividad como voluntad de convalidar el contrato. A ello debe añadirse, como señala el dictamen del perito Sr. Verdú Nido, que las liquidaciones periódicas practicadas por el Banco no se han motivado. Se advierte además la notable diferencia ya apuntada existente entre las liquidaciones de carácter positivo, la primera de 225,40 € y la segunda de 110,84 €, y las negativas, que comenzaron con un saldo en contra de la demandante por importe de 848,61 €, muy superior a la suma de todos los abonos que se habían realizado hasta entonces, lo que explica la sorpresa de quien, no estando familiarizado con esta clase de productos y no siendo consciente de haber asumido ningún riesgo, se encontrase con la necesidad de arrostrar tales pérdidas sin ninguna otra contrapartida. Así pues, si a falta de una información correcta y adecuada sobre las características de una permuta financiera de tipos de interés que la demandada estaba obligada a proporcionarle, cuando la demandante prestó su consentimiento para la celebración del contrato lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba y sin conocer las implicaciones del producto que contrataba y del verdadero riesgo que asumía, cabe concluir que incurrió en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

QUINTO. - La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si dicho error es o no excusable. A este respecto, atendidos los criterios anteriormente señalados 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, 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, una empresaria individual propietaria de un comercio de lencería que no consta que cuente con conocimientos financieros de alto nivel ni capacidad o conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo. La demandada ha pretendido demostrar en el acto del juicio que la actora había recibido el documento contractual a modo de oferta días antes de su firma y que por lo tanto había contado con tiempo más que suficiente para leerlo, examinarlo y solicitar incluso al opinión o el asesoramiento de terceros, lo cual resulta tanto más sorprendente cuanto que en su propia contestación a la demanda se afirma que la demandante suscribió el documento -obviamente tras ser informada previamente de sus características y condiciones- el 4 de abril de 2008, que es precisamente la fecha de la oferta. Pero en todo caso, y aunque así hubiese sido realmente, según manifiesta el testigo ya citado Enrique Leiras Alvarez, que firmó el recibo del documento el 7 de abril haciendo constar que lo hacía a las 14,15 horas, poco o nulo asesoramiento pudo haber recabado la demandante en ese interin si la oferta se recibe un viernes y se devuelve firmada un lunes, y en cuanto a las posibilidades de entender por sí misma los términos del contrato, además de no constar que hubiese firmado o se le hubiese entregado el Contrato Marco de Operaciones Financieras al que alude el propio documento, que introduce además algunas modificaciones y especificaciones al mismo, algo sobre lo que nada se dice

tampoco en la contestación a la demanda, pese a que el perito Sr. Verdú Nido le atribuye gran importancia por contener el conjunto de definiciones necesarias para interpretar el Swap, lo cierto es que los términos en que aparece redactado el documento son bastante escuetos y la operativa del mismo se explica en apenas cuatro líneas en su página 2, sin aparecer destacada ni indicada como tal, en los siguientes términos: "En cada Fecha de Pago de un Periodo de Cálculo, BBVA vendrá obligado a abonar al Cliente la Cantidad Variable BBVA, y el Cliente vendrá obligado a abonar a BBVA la Cantidad Variable Cliente. Las cantidades a pagar en la misma fecha y en la misma moneda en virtud de esta Operación, se liquidarán por su saldo neto, de modo que, si las dos Partes deben hacerse recíprocamente pagos, aquélla cuyo importe a pagar sea mayor, quedará obligada a realizar un pago por la diferencia". Con ello y con las definiciones de los términos financieros que se hacen previamente se puede llegar a determinar el contenido de las obligaciones recíprocas entre ambas partes, aunque para quien no conozca esta clase de operaciones debe resultar sin duda extraño ese intercambio de pagos entre el Banco y el cliente característico de la permuta financiera. Lo que desde luego no explica, tras reconocer al Cliente el derecho a solicitar la cancelación anticipada de la Operación, es el coste de la misma, lo que denomina "Importe Resultante", que el Banco fijaría según sus cálculos, sometiéndose en caso de discrepancia a un tercero desconocido al que denomina "Entidad de Referencia", como tampoco los riesgos de la Operación al decir que la cancelación anticipada se realizará a valor de mercado (no se indica cuál) y que puede ocasionar al cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento, pero sin mencionar hasta qué punto puede llegar esa pérdida y en función de qué factores asociados a la operación, y resulta aún más confusa la advertencia del valor de mercado de la misma en función de los movimientos de los tipos de interés de las divisas a las que está vinculado, así como que el valor de mercado de la Operación está también ligado a la variabilidad que los participantes del mercado estimen en relación con el precio/nivel presente y futuro de los instrumentos/variables financieras a las que está referenciado (activo subyacente). Con todo y con eso, como señala la más reciente SAP Asturias (Secc. 5ª) 23-7-2010, aunque la calificación de la operación como compleja no pueda atribuirse a su operativa o mecánica, por ser ésta simple y asequible para cualquiera recordando a las cuentas mercantiles, esa complejidad debe situarse en el propio riesgo del contrato, cuya evolución requiere, obviamente, de unos contactos previos con el mercado financiero o de unos conocimientos sobre su comportamiento que, efectivamente, permitan decidir sobre su contratación con suficiente conocimiento de causa, conocimiento que no cabe presumir en el cliente pero sí en la entidad bancaria en cuanto que oferente del producto que no asume directamente el riesgo de la permuta, sino que tiene y encuentra en el mercado de derivados y opciones otro contratante que lo hace al suscribir con él un contrato espejo, de donde resulta una evidente posición asimétrica entre el cliente bancario y la entidad en cuanto al conocimiento más adecuado del alcance y significado del riesgo insito en la operación de permuta, que no puede entenderse suficientemente satisfecho mediante la sola explicación de la mecánica del producto, cuanto más si se

pondera que se publicita o presenta al cliente como una "cobertura" frente a la subida de los tipos de interés. En consecuencia, si no se facilitó a la demandante la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y si, no pudiendo presumirse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. Por consiguiente, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas). Deberá procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato que se anula en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

SEXTO.- La estimación de la demanda conlleva la imposición a la demandada de las costas causadas, por ser preceptivo, de conformidad con lo establecido por el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Irma Fernández Fernández, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., debo declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato STOCKPYME II-TIPO FIJO suscrito entre las partes de fecha 4 de abril de 2008, procediéndose, en consecuencia, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Librese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

E./