

Juzgado Primera Instancia 2 Balaguer
Angel Guimerà, sn
Balaguer Lleida
TEL.: 973451162
FAX: 973-450674
NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO 2182-0000

N.I.G.: 25040 - 42 - 1 - 2009 - 8123183

Procedimiento Procedimiento ordinario 1162/2009 Sección

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante J.c. E. V.
Procurador XAVIER PIJUAN
Parte demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A
Procurador MERCE ARNO MARIN

SENTENCIA 143/11

En Balaguer, a veinticinco de noviembre de dos mil once.

Vistos por mí, D. JOAQUÍN DE MANUEL DE CÉSPEDES Y TORRES, Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Balaguer, los autos de Juicio ordinario seguidos bajo el número 1162 del año 2009, promovidos por el Procurador D. XAVIER PIJUAN en nombre y representación de **D. J.C. E. V.**, defendido por el Letrado D. ANTONIO VALVERDE CONEJO, contra la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.** que se personó representada por la Procuradora Doña MERCE ARNÓ MARÍN y defendida por el Letrado D. RAFAEL CASTELLANO LASA y de los que resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha veintinueve de octubre de dos mil nueve el Procurador D. XAVIER PIJUAN SÁNCHEZ en la representación acreditada de D. J.C. E. V. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra BANCIBILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. en la que, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminó suplicando al Juzgado que se dictara sentencia declarando la nulidad de las cláusulas relativas al derivado financiero del préstamo suscrito entre las partes en fecha 16 de julio de 2008 nº 0182-3446-0800220738 por existir vicio de

consentimiento en el demandante. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada si no se allanare.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el traslado a la demandada y su emplazamiento para que en el improrrogable término de veinte días compareciera y contestara, lo que hizo para oponerse a la demanda e interesar su íntegra desestimación con imposición de las costas a la demandante.

TERCERO.- En la audiencia previa al juicio celebrada con la asistencia de ambas partes, los letrados se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones. Constatada la subsistencia del pleito y tras fijar los hechos controvertidos e incontrovertidos, se recibió el pleito a prueba, proponiendo la actora que se tuviera por reproducida la documental acompañada con la demanda, más documental, el interrogatorio de la demandada y el interrogatorio de testigos. La demandada propuso la documental por reproducida, el interrogatorio del demandante y el interrogatorio de testigos. Todos los medios propuestos fueron admitidos.

CUARTO.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas y no renunciadas con el resultado que es de ver a través de los medios de reproducción audiovisual. A continuación, los letrados de las partes consumieron un turno de intervención para el resumen de la prueba practicada, quedando seguidamente los autos pendientes de dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se agita a través de la demanda la acción de nulidad del contrato de préstamo con derivado financiero implícito suscrito entre las partes el 16 de julio de 2008, por razón de vicio en el consentimiento. Mejor dicho, en la redacción de la demanda, se pretende la nulidad sólo de las cláusulas de la póliza relativas al derivado financiero (sin afectar al contenido que se refiere al préstamo y al tipo de interés), aunque, posteriormente, en el acto de audiencia previa interesó, con carácter subsidiario, la nulidad del negocio entero.

Los hechos de la demanda son, muy resumidamente, que E. se dirigió a la oficina de del BBVA con la voluntad de obtener un crédito con el que financiar una huerta solar y no con la finalidad de realizar ninguna operación financiera especulativa. Así en un primer momento se le ofreció la posibilidad de financiar la operación mediante leasing, pero precisamente rechazó la operación por su complejidad. La única instrucción que dio fue la de que el tipo de interés fuera, lógicamente, adecuado a las condiciones del mercado, indicándosele desde dicha oficina, al remitirle copia del póliza, que la misma se

ajustaba a sus necesidades. No fue hasta meses después de suscribir la póliza en la Notaria, que descubrió que lo que había suscrito era un producto similar a los fondos de inversión. Lo descubrió cuando, con motivo de la crisis financiera y la bajada de tipos de interés, se dirigió al BBVA con el objeto de amortizar parte del préstamo. En ese momento se le comunicó que para amortizar debía efectuar el pago del derivado financiero, concretamente, el coste de cancelación del derivado sería, a fecha 5 de octubre de 2009, de 65.320,16 euros.

Sostiene la demanda que el derivado financiero es un producto complejo cuya naturaleza y consecuencias no están al alcance de la comprensión del consumidor medio y, por lo mismo, exigen una conducta activa de información y transparencia por parte de la entidad financiera y con la debida antelación, requisito que, la mera remisión de un e mail el día anterior a la firma, no cumplía.

SEGUNDO.- Contestó la entidad financiera oponiendo, en síntesis, las siguientes excepciones:

1º) La imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, afectando sólo al derivado financiero, ya que este es un derivado financiero implícito y, por lo tanto una condición inseparable y esencial del contrato sin el que el crédito no se hubiera concedido o no se hubiera hecho en las condiciones que el actor pretende mantener.

2º) Las referencias al derivado financiero son constantes a lo largo de toda la póliza (especialmente destaca la cláusula 4.3) y recoge la aceptación expresa del prestatario a la pérdida o ganancia correspondiente al derivado financiero en caso de amortización parcial, por lo que la actora no podía obviar este pacto.

3º) El demandante no es un particular/consumidor como pretende, sino un empresario con experiencia en operaciones financieras y de valores que opera con diversas entidades bancarias, por lo que no puede afirmar que desconocía o no entendió las condiciones de la financiación.

4º) Como consecuencia del anterior punto no resulta de aplicación la normativa citada en los fundamentos de derecho de la demanda: Ley 36/2003, RDL 1/2007, RD 217/08 y las obligaciones de información de la normativa MIFID.

5º) En definitiva, que E. siempre supo que la financiación se haría con derivado implícito y que este podía tener un coste

TERCERO.- Sentadas las posiciones esenciales de ambas partes, para la resolución de la litis conviene empezar por recordar lo dispuesto en el artículo 1261 del Código civil, conforme al cual no hay contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos, el consentimiento

de los contratantes y existe el mismo cuando existe un acuerdo de voluntades sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La exigencia de la voluntad o del consentimiento es, pues, la expresión fundamental de la libertad creadora de la persona en el Derecho privado, por ello el consentimiento o el acuerdo de voluntades es el punto de partida ineludible en la regulación de la contratación de nuestro Código civil, de tal forma que si no existe o está viciado, no existirá el contrato o podrá instarse su nulidad.

Sin embargo, se ha venido aceptando que pueda surgir un contrato sin verdadera voluntad contractual en alguna de las partes, fundándose en la idea de responsabilidad negocial, de tal forma que cuando la disconformidad entre la declaración y la voluntad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe. Por ello según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

Ahora bien, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio, como han hecho ya con esta clase de productos financieros innumerables sentencias de la denominada jurisprudencia menor.

CUARTO.- Establece el artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, tras la modificación realizada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que:

"La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de

negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción."

Y en el artículo 2 al establecer el ámbito de aplicación de la Ley dice que:

"Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros: ...

2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

8. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

Muchos de los preceptos de dicha Ley son una transposición de la normativa de la Unión Europea y se trata de normas imperativas como, por lo que aquí interesa, la que establece que las sociedades de inversión deben cumplir, ante de contratar con sus clientes un producto financiero, determinadas obligaciones. Concretamente, el artículo 78 dice que quienes presten servicios de inversión deberán respetar las normas de conducta contenidas en el presente capítulo y su incumplimiento no sólo generará la sanción administrativa correspondiente, sino que provocará la existencia de vicios en el consentimiento.

Dichas normas de conducta están fijadas en el capítulo I del Título VII que sufrió una importante reforma por la Ley 47/2007, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73 / CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006 , por la que se aplica la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006 , sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las

entidades de crédito.

Para la aplicación de tales normas de conducta, el artículo 78 bis parte de la distinción de los diversos clientes entre profesionales y minoristas. El precepto empieza indicando quienes son clientes profesionales para acabar diciendo en el número 4 que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

QUINTO.- Lo anterior nos conduce a la necesidad de analizar uno de los principales motivos de oposición a la demanda, esto es, si el demandante tiene la consideración de minorista, desde la perspectiva de la citada Ley, con la consiguiente obligación de la entidad financiera de aplicar al mismo las normas de conducta que establece la legislación especial.

La demandada le niega tal carácter alegando, en síntesis, que el demandante no es un consumidor sino un empresario con experiencia en operaciones financieras y de valores que opera con diferentes entidades bancarias. En concreto, hizo notar que crédito en cuestión se concedió para financiar una operación de 543.000 euros destinada a la inversión en una huerta solar. Además, se dice, ostenta cargos en varias sociedades, entre ellas, el XXX que incluye entre sus actividades la prestación de servicios de agente de seguros y compraventa de fincas.

Pues bien, a la vista de lo que dispone tal precepto sobre los requisitos para que un cliente de la sociedad de inversión pueda considerarse como profesional, no puede llegarse a conclusión distinta de que el demandante no era un cliente profesional, pues no concurre ninguno de los supuestos para catalogarla como tal, ni existen elementos para presumir la experiencia, conocimientos y calificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Desde el punto de vista de la Ley, es indiferente que el minorista sea consumidor o no pues la Ley establece una protección especial a aquellos clientes minoristas sean o no consumidores y es igualmente irrelevante que se administrador de sociedades o que alguna de ellas cuente entre su objeto social, la compra venta de fincas. Tampoco que el crédito se solicitara para realizar una inversión como la especificada compraventa de una huerta solar. Nada de esto convierte al demandante en conocedor del funcionamiento de productos de inversión complejos, aleatorios y especulativos que es lo verdaderamente relevante. Todas las actividades que relata la demandada en su contestación demuestran, a lo sumo que es un empresario conocedor de las empresas que administra. Por cierto, si hemos de creer al Letrado de la actora (no hay razón para no hacerlo, teniendo en cuenta que la demandada no ha acreditado otra cosa diferente), dichas empresas están dedicadas a la gestión de un centro de ortopedia (negocio, en principio, alejado de la actividad

inversora especulativa) y si entre sus actividades cuenta con la gestión de seguros es porque se trata de seguros médicos. Que colocara placas solares en su casa, pensando que sería una buena inversión y que posteriormente quisiera invertir en el huerto solar en Andalucía tampoco lo convierte en un experto financiero.

Dice el apartado segundo del artículo 78 bis LMV que:

“Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”.

Y el apartado tercero se concreta lo siguiente:

“En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1) que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2) que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

3) que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

- a. *que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;*
- b. *que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;*
- c. *que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos”.*

Así pues, la Ley exige de las empresas de inversión que clasifiquen a sus clientes en profesionales o minoristas y en este caso no parece que se hubiera efectuado ningún test de conveniencia. En cualquier caso no plantea especial dificultad la consideración de que el demandante no está incluido en ninguno de estos supuestos de la Ley, por lo que habrá que calificarlo, a los efectos de la misma, como minorista o no profesional.

SEXTO- El artículo 79 bis de la LMV regula las obligaciones de transparencia y e información de las entidades que presten servicios financieros. En particular establece lo siguiente:

*“3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.
La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.*

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.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta

información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, 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.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

- i. que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;*
- ii. que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;*
- iii. que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.*

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- i. 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;*
- ii. los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley*

b. que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c. que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d. que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter 1 d).

Sentado lo anterior, se impone un breve análisis de la información ofrecida por la demandada al Sr. E., a fin de comprobar la adecuación de la misma a la anterior reglamentación aplicable.

Ahora bien, hay que tener en cuenta algo fundamental: si, como es el caso, partimos de la consideración del cliente como no profesional y se ha impuesto una acción con base a la existencia de error en el consentimiento por defectos de información, que también es el caso, la Jurisprudencia viene aplicando una suerte de inversión de la carga de la prueba, ya que, aunque con carácter general la prueba de los vicios del consentimiento incumbe a quien la alega (la voluntad se presume libre), no siendo posible demostrar un hecho negativo como es la falta de información sobre el producto, debe recaer sobre la entidad financiera la carga de la prueba sobre la adecuación de la información.

En este sentido, se alega en la contestación lo siguiente:

1º) Que basta leer la denominación que recibe la póliza para comprender que el actor no puede negar que desconocía que la misma incluía un derivado financiero, así como que las referencias al derivado financiero son constantes a lo largo de toda la póliza, donde, además, se explican las consecuencias de la cancelación anticipada, dado que teniendo el derivado un valor de mercado, ésta podía suponer un coste.

2º) Que por parte del Delegado de la Oficina, Sr. A., se le ofrecieron toda clase de explicaciones en conversaciones previas.

3º) Que el borrador de la póliza le fue remitido por correo electrónico dos días antes de la firma ante el Notario, ante el que el demandante declaró entender por vía de la declaración final contenida en la póliza, asumir y entender las consecuencias de una eventual cancelación anticipada.

4º) Que le fueron entregados los correspondientes folletos publicitarios durante los periodos de negociación.

Pues bien, ni el título ni el contenido de la póliza, incluida la declaración final, tienen nada que ver con la exigencia de información por parte de la entidad financiera a la que se refiere la Ley. En cambio, lo que si es un hecho incontrovertido es que no se le dio a la oferta el tratamiento MIDFI ni se hizo el correspondiente cuestionario. A los

folletos publicitarios me referiré posteriormente.

Obviamente el derivado financiero, las condiciones del mismo y sus consecuencias han de constar en el contrato ya que de lo contrario no estaríamos hablando de un vicio en el consentimiento sino de falta de pacto.

Tampoco es suficiente la inclusión de la cláusula final indicando, teóricamente: a) que ha sido el cliente el que ha solicitado del Banco la operación con las características que la misma presenta y en especial las relativas al mercado financiero; b) que ha realizado su propia valoración y c) que ha sido informado de los riesgos asociados a escenarios cambiantes y en particular de las consecuencias de una eventual cancelación del derivado financiero.

No basta incluir tales cláusulas y que sean firmadas por el cliente, sino que es necesario demostrar que efectivamente se han cumplido las obligaciones legales. Hay que considerar, además, que no basta con informar de las consecuencias que el contrato puede conllevar en caso de cancelación anticipada, sino que además, el demandante debía ser informado de la evolución de los tipos de interés y de las previsiones que para el futuro podían racionalmente conocerse y que de hecho conocía.

Como señala la SAP de Pontevedra de 14 de abril de 2011 *“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 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 cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. Y es que tanto el criterio que 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 del decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva, para que valores la conveniencia o no, de contratar el producto ofrecido”*.

Por ello, aunque es cierto que a lo largo del contrato y en la declaración final (posiblemente también en las conversaciones mantenidas con carácter previo con los empleados del Banco, según dijeron los testigos, como veremos), no consta que se explicitaran las condiciones del mercado y, como recuerda también, la SAP de Burgos de 3 de diciembre de 2010: *“Es verdad que hay una referencia a que la liquidación pueda ser positiva o negativa, pero en base a unas condiciones del mercado, no explicitadas, y en un contexto contractual*

cuyas consecuencias económicas no se comprenden por un cliente consumidor normal o medio, incluso habituado a realizar operaciones financieras básicas como hipotecarias o crediticias". En el mismo sentido la SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2010 y, mas generalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 que señala que también es posible aceptar la concurrencia de vicio del consentimiento "en relación con la actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

Es un hecho notorio que cuando se suscribió el contrato existía ya una clara tendencia a la baja de tipos de interés, apreciándose que al menos el Euribor ya estaba por debajo del tipo fijo, desplomándose poco tiempo después. Es la época de la generalización de los derivados financieros, swaps, pretendidas pólizas de aseguramiento o cobertura de riesgos, etc. que tanta litigiosidad están provocando.

Habiendo recibido la demandada la solicitud de un préstamo y siendo concedora de que en el segundo trimestre del año 2008 los tipos de interés habían superado el 5% llegando a cotas máximas y que el FMI previa una recesión o al menos un estancamiento económico, la entidad financiera, en vez de ofrecerle un interés variable o un interés fijo superior, le ofreció un interés fijo menor pero con el riesgo del derivado financiero.

El resultado es conocido: cuando E. se planteó cancelar anticipadamente el préstamo se encontró con que el derivado alcanzaba un valor de 65.320 euros y el importe total de cancelación 558.077 euros.

En el acto del juicio, el Director de la Oficina de Sr. J. A., se esforzó en dejar claro que al cliente se le explicaron, de palabra, en las reuniones previas que tuvieron, las consecuencias del derivado financiero.

Ahora bien, también reconoció que no fue el demandante quien se dirigió a la Oficina a solicitar este producto (a diferencia de lo que quiere hacerse creer a través de la declaración final) sino sólo a buscar financiación para el campo fotovoltaico. Concretamente, el Banco aprobó una operación de leasing para dicha financiación pero, posteriormente se cambió la operación al derivado financiero. Esto pone de manifiesto que el demandante solo buscaba financiación para su proyecto, obviamente en las condiciones lo mas favorables posible, pero seguras, no aleatoria y especulativa y con el riesgo implícito a una operación como la que acabó suscribiendo.

Pero sobre todo interesa llamar la atención sobre la admisión que el testigo hizo de que ni siquiera él sabía exactamente lo que el cliente podía llegar a perder con la operación, que él mismo esta sorprendido de

la pérdida que representa la liquidación y que nadie podía prever que los tipos de interés se hundirían como lo hicieron (lo que es de dudoso crédito teniendo en cuenta lo dicho mas arriba y que detrás de los grandes bancos se encuentran centros de estudio económico capaces de detectar las tendencias del mercado). También admitió: a) que se trata de una operación compleja por lo que se llevan desde el Departamento de Mercados del Banco y se hacen consultas a dicho Departamento para poder trasladar información correcta al cliente o se le facilitan los números de teléfonos o e-mail de dicho Departamento para consultas; b) que se trata de un contrato de adhesión (cláusula 11).

Tuvo que venir a juicio el encargado de derivados financieros del Banco, Sr. RAFAEL RICO, para explicar el funcionamiento del derivado. Corroboró que las valoraciones se hacen desde el Departamento de Mercados. El derivado hace que el tipo de interés cambie a diario, aunque para el cliente el tipo sea fijo hasta el momento de la cancelación. Llegado este momento, para la liquidación en que se comparan los tipos de mercado con el tipo fijo cerrado con el cliente por el nominal de cada fecha o los días del periodo correspondiente, o sea, con los tipos del mercado desde el día de la fecha y hasta el momento del vencimiento. De este modo, si los tipos de interés se mueven hacia abajo (como era el caso) el cliente tiene que pagar por la diferencia (1:1:10).

El producto que describió RICO, que en el folleto informativo aportado por la demandada junto con su escrito de 4 de febrero de 2011 se denomina RISKPYME no es sino un producto que se comercializa como producto derivado *“para la cobertura del riesgo de tipo de interés y de tipo de cambio que permiten reducir e incluso eliminar el impacto de una evolución adversa de los tipos de interés y de las oscilaciones de los tipos de cambio”*, atenuando la incertidumbre del coste financiero futuro bien aplicando un tipo fijo, bien estableciendo una banda de oscilación, u otras combinaciones. Y añade: *“Esta dirigido a empresas y negocios expuestas al riesgo de tipo de interés por su endeudamiento bancario y/o al riesgo de tipo de cambio por su actividad de comercio exterior o su endeudamiento de moneda distinta del euro”*.

Todo lo anterior pone de manifiesto el grado de complejidad del producto, pero también su aleatoriedad que permite calificarlo como un producto de alto riesgo, que, por lo explicado, no consta que fuera ni querido ni comprendido por el cliente. En consecuencia, procede apreciar la existencia del vicio alegado.

SEPTIMO.- La consecuencia del vicio de consentimiento no puede ser otra que la nulidad del contrato, de todo el contrato no de parte, pues no estamos ante una clausula abusiva afectada por el vicio del consentimiento sino ante un contrato complejo que, junto con el prestamo, incluye un derivado financiero como elemento esencial del mismo sin el que, a buen seguro el prestamo no hubiera sido concedido. La nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar

la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía. La nulidad parcial, de contemplación casuística, solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula (Sentencias 4 diciembre 1986, 17 octubre 1987) y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio (Sentencias 30 marzo 1950, 22 abril 1988, 15 febrero 1991, 23 junio 1992). En el supuesto que se enjuicia, la propia complejidad del negocio, integrado por el préstamo y por el derivado íntimamente conexiones, e incluso entrelazados, con una pluralidad de cláusulas que inciden, o están relacionadas, con los diversos aspectos o elementos del conjunto, conlleva a la aplicación del criterio de la nulidad total, aparte además de que tal solución es la que aconseja la dogmática jurídica cuando el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del art. 1274 CC, a la puesta en garantía, y es el préstamo el que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna, en todo el sinalagma.

No se opone a lo anterior que el petitum de la demanda se refiera únicamente a la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al derivado financiero, ya que la eventual incongruencia de la resolución quedó salvada en el acto de la audiencia previa, donde el Letrado de la actora, formuló como pretensión subsidiaria, la declaración de nulidad de todo el contrato, al amparo de lo permitido por el artículo 426 LEC. Es cierto que la demandada se opuso a dicha pretensión considerandola una ampliación del petitum inadmisibile por vulnerar su derecho de defensa, como también lo es que la Juzgadora, Titular de este Juzgado, estuvo de acuerdo con ella. Sin embargo, también es lo cierto que la Juzgadora dejó abierta la puerta a la estimación de dicha pretensión dejando su definitiva resolución para la Sentencia (04:03). Y es que, en efecto, la declaración de nulidad total del contrato no puede considerarse sino como una pretensión mas favorable al demandado (podría considerarse incluso una estimación parcial de la demanda sin necesidad de acudir a la ampliación del petitum). Por otra parte, no puede considerarse que vulnerase el derecho de defensa pues, la nulidad total o parcial no es un hecho controvertido que hubiera de quedar sujeto a prueba, sino una cuestión estrictamente jurídica y, por ello, ninguna lesión en la proposición y practica de la prueba pudo generar ni tampoco en las alegaciones de la contestación a la demanda, pues en ella, precisamente, lo que se sostiene, argumentandose abundantemente con fundamentos tan acertados que no han podido soslayarse en la presente resolución, es la improcedencia de la nulidad parcial y por lo tanto, en el supuesto (negado por la demandada) de vicio de consentimiento la única posibilidad de declarar la nulidad de todo el complejo.

La declaración de nulidad expresada determinará como consecuencia insoslayable que hayan de acordarse los efectos adecuados (art. 1303 CC, STS de 28 septiembre 1996 y 23 junio 1997), quedando sin eficacia lo ejecutado en su vigencia y debiendo las partes restituirse sus respectivas prestaciones (SAP Girona, secc. 1ª, de 27 de julio de 2011).

OCTAVO.- Establece el art. 394 LEC que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. No siendo este el caso, deben imponerse a la demandada vencida.

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

FALLO

Que **estimando la demanda** interpuesta por el Procurador D. XAVIER PIJUAN actuando en nombre y representación de D. J. C. E. V. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., declaro la nulidad del contrato suscrito entre ambas partes en fecha 16 de julio de 2008 núm. 0182-3446-0800220738 por causa de vicios de consentimiento en el demandante, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y con expresa condena en costas a la demandada vencida.

Notifíquese la presente a las partes con la mención de que no es firme ya que contra ella cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Lleida, debiendo interponerse por escrito ante este Juzgado dentro del plazo de CINCO DIAS contados desde el día siguiente de la notificación.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública con mi asistencia como Secretario. Doy fe.-

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado y se libra testimonio para los autos. Doy fe.-

Cabecera	
Remitente:	[2504042002] JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 2 BALAGUER
Asunto:	Procediment ordinari
Fecha LexNET:	01/12/2011 9:10:44
Datos particulares	
Remitente:	[2504042002] JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 2 BALAGUER
Destinatario:	[3000011452] PIJUAN , XAVIER
Nº procedimiento:	20090001162
Tipo procedimiento:	[ORD]
Descripción:	Procediment ordinari
NIG:	variablenig
Su referencia:	
Ident. en LexNET:	201100031024224
Archivos adjuntos	
Principal:	03500 20111130 1359 0005865692 01.rtf
Anexos:	
Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	[2504042002] JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 2 BALAGUER

Referencias Procurador	
Mi Ref	3824
Cliente	J.C. E. V.
Contrario	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.
Abogado	ANTONIO VALVERDE CORNEJO GRAN VIA DE LES CORTS CATALANES 682 08010 BARCELONA