

LAURA OLIVER FERRER E-mail: lauraoliver@icpv.com
NOTIFICADO: 18/02/16

AL OBJETO DE DAR CUMPLIMIENTO A LA REFORMA 42/15 DE LA LEC , TODOS LOS ESCRITOS QUE SE RECIBAN DESPUES DE LAS 13,15 HORAS , SE PRESENTARAN AL DIA SIGUIENTE HABIL AL DE SU RECEPCION POR ESTE DESPACHO.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 12 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2015-0020076

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000596/2015-

De: D/ña. CLIENTE SL
Procurador/a Sr/a. OLIVER FERRER, LAURA
Contra: D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA
Procurador/a Sr/a. LITAGO LLEDO, MARIA CRISTINA

SENTENCIA num. 185/2016

En Valencia, a 16 de febrero de 2016

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 596/2015, promovidos por la procuradora de los tribunales D.^a Laura Oliver Ferrer, en representación de CLIENTE S.L., bajo la dirección letrada de D. Benjamín José Prieto Clar, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Cristina Litago Lledó y asistida por el letrado D. José-Luis Terrón Guijarro, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la procuradora de los tribunales D.^a Laura Oliver Ferrer, en representación de la mercantil I^{CLIENTE} S.L., se presentó el pasado 16 de abril de 2015, en el Decanato de este Partido, demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., solicitando sentencia por la que se estimen en su integridad las pretensiones deducidas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo el día 21 de julio de 2015, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 29 de setiembre de 2014, con el resultado que es de ver en las actuaciones, no habiéndose invocado ninguna excepción que obstase la prosecución del proceso.

QUINTO.- De conformidad con el art. 431 LEC y concordantes, el día 20 de noviembre de 2015 se ha celebrado el juicio, con el resultado que obra en acta, registrándose el resultado de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con arreglo al art. 187 LEC.

SEXTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la complejidad del asunto enjuiciado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos la mercantil CLIENTE
S.L. reclama la nulidad del derivado financiero implícito incluido en el contrato de Leasing de fecha 15 de febrero de 2008.

Y ello aduciendo en esencia que:

1.- CLIENTE S.L., tiene como actividad principal la producción de energía eléctrica por efecto fotovoltaico, siendo su administrador D. José quien no tiene ningún conocimiento financiero ni experiencia ni conocimiento previo sobre swaps, siendo administrador de loterías. No contando la referida sociedad en plantilla con ninguna persona con conocimientos financieros para entender un swap, ni tampoco asesores externos con dichos conocimientos.

2.- Fue en el año 2008, que la actora solicitó un Leasing en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), oficina de Paiporta, no recibiendo del Director de la citada sucursal, D. Víctor explicación sobre el derivado financiero explicación sobre el derivado financiero implícito que necesariamente contenía el leasing concedido. Creyendo la actora, por indicaciones del referido director, que existía un seguro para proteger el Leasing de las subidas de tipos de interés, que no tenía riesgos ni costes extras. Tampoco se entregó por la demandada documentación acerca del producto.

3.- En fecha 15 de febrero de 2008 se firmó el referido documento en la correspondiente Notaría, sin que ni en dicha firma, ni con anterioridad, se explicase a la demandante el anexo que incluía un derivado financiero, limitándose la información a las condiciones básicas del Leasing.

4.- Y no fue hasta que la actora se interesó por la posibilidad de realizar la cancelación anticipada del Leasing, que se encontró con la sorpresa de que no podía hacerlo porque existía un derivado.

5.-No obstante, desde febrero de 2012 la entidad demandada dejó de aplicar la cláusula relativa al derivado financiero, creyendo la actora que había accedido a dejar sin efecto el referido derivado implícito.

6.- Sin embargo, en fecha 13 de marzo de 2015, CLIENTE S.L. recibió de la demandada carta en la que el BBVA le indica que había estado liquidando el leasing sin el derivado implícito por error (como consecuencia de una simulación de la cuota tras solicitar mi representada una amortización anticipada parcial de 100.000 euros), solicitando el pago 49.623'63 € correspondientes al swap.

SEGUNDO.- En cuanto al producto contratado, como nos recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 2012, a la que se remite la sentencia de la sección 8^a, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 04 de mayo de 2015: "Swap es una palabra inglesa que en español significa cambio o permuta. En el ámbito de la contratación bancaria se usa, en general, para designar las permutas financieras. Cuando su objeto son los tipos de interés estos contratos reciben el nombre de IRS (Interes Rate Swap), clips, contratos de riesgo financiero o permutas financieras de tipo de interés. El IRS puede definirse como un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de trato sucesivo y duración determinada por el que dos operadores se comprometen a intercambiar durante un cierto período y al llegar la fecha de liquidación, las prestaciones dinerarias que fueron pactadas. Así, una parte entregará a la llegada de la fecha de liquidación el resultante de aplicar un tipo fijo sobre un importe nociional (esto es, un importe que puede no existir y que solo se ha fijado para calcular las cuotas), y la otra parte entregará en esa misma fecha el resultado de aplicar un tipo variable a ese mismo capital nociional, o viceversa. La finalidad de la suscripción de un IRS no es, en principio, especulativa, se trata, más bien de una operación de cobertura mediante la que se pretende intercambiar compromisos de pago ya asumidos. Cuando se añade una cláusula que imponga un techo (cap) o un suelo (floor) al préstamo o al IRS se pueden producir divergencias que alcanzan su máxima expresión cuando la permuta financiera de tipos de interés no cubra riesgo alguno sino que tenga un fin especulativo. Este es un contrato complejo cuyo funcionamiento solo puede ser entendido por quien tenga conocimientos económicos sólidos y por ello, en los últimos tiempos, Audiencias Provinciales de todo el país han dictado numerosas sentencias declarando nulos tales contratos, en general por error ocasionado por la deficiente información facilitada por el banco a su cliente. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1^a, de 14 de febrero de 2012 señala que "la práctica totalidad de las innumerables sentencias recaídas hasta el momento sobre este tipo de contratos (aproximadamente el 95%) declaran la nulidad por error en el consentimiento".

Es cierto que el contrato de permuta financiera de tipos de interés, es un contrato que goza de una gran implantación en el tráfico mercantil y, por ende, en nuestro

ordenamiento jurídico. No obstante, no puede pasarse por alto que según se dice en la sentencia de la sección 1^a del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015, “(...) posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.”

TERCERO.- Pretende la actora que el derivado financiero incluido en el reseñado contrato de leasing es nulo: a) por causa ilícita, porque se oculta cual es la verdadera causa del contrato, b) por vicio del consentimiento, por la actuación dolosa de la entidad financiera y de los empleados quienes engañaron (dolo activo) y omitieron informar (dolo omisivo) de las características reales del producto, y c) por vulneración de normativa de carácter imperativo, dado que el perfil de cliente al que se podía colocar dicho producto no se corresponde con el de la demandante, con infracción de la normativa reguladora del Mercado de Valores, en concreto los artículos 78 a 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores relativo a las normas de conducta.

Dicho esto, debe distinguirse entre nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa.

Así las cosas, la acción de nulidad por infracción de ley, no puede acogerse, pues, como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015, con remisión a la Sentencia de 20 de enero de 2014, en cuanto a las consecuencias que el incumplimiento del deber de información, incluido en los test de conveniencia e idoneidad, tienen, respecto de la apreciación del error vicio: «(e)n caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el (producto), como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

Tampoco puede fundarse la pretendida nulidad absoluta en la concurrencia de vicio del consentimiento. Y es que los vicios del consentimiento son causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del Código Civil, que establece que "los

contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”

Así, nos encontramos con que la parte actora quiso contratar, pero mantiene que lo hizo en la creencia de contratar un producto distinto, en concreto una especie de seguro.

Evidencia de que se prestó consentimiento, es la firma del contrato y el pago de las sumas giradas como consecuencia del contrato combatido.

En cuanto a la causa ilícita alegada, el artículo 1.275 del Código Civil sanciona con nulidad los contratos cuya causa sea ilícita, entendiendo por tal, la que se oponga a la ley o la moral. Dicho esto no puede olvidarse que, como se recuerda en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3 del 28 de Febrero del 2012, “(...) el concepto de causacontractual que acoge nuestro Código Civil es el objetivo, siendo por ello siempre la misma en cada categoría contractual y constituyendo su fin directo e inmediato. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000refiere la causaal fin inmediato que lleva a la celebración del contrato, mientras que la Sentencia del mismo Tribunal de 19 de febrero de 2009establece que "Aun cuando la "causa" no aparece conceptualmente definida en el Código Civil (LEG 1889, 27) y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causade la obligación (artículo1261-3º) y otras de causadel contrato (artículos 1275 , 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móvilessubjetivos -en principio, ajenos a la causa- puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móvilesilícitos, los que vienen a integrar los llamados "motivos casualizados"(sentencias de esta Sala de 11 julio 1984 (RJ 1984, 3939), 21 noviembre 1988 (RJ 1988, 8615) y 8 abril 1992 (RJ 1992, 3023), entre otras)".

Así las cosas no puede sino concluirse que en el contrato atacado, la causa no es contraria ni a la ley ni a la moral.

En suma, no puede apreciarse la concurrencia de causa alguna de nulidad absoluta, lo que no es obstáculo para que pueda apreciarse -en su caso- la concurrencia de nulidad relativa, pues no entraña alteración fáctica alguna, ni supone desviación o modificación alguna del debate jurídico principal, que en definitiva versa sobre la eficacia del contrato por un déficit de información afectante al consentimiento prestado para su emisión en méritos a la representación del producto a suscribir resultante de la misma, o lo que es lo mismo por error como vicio del consentimiento.

CUARTO.- En cuanto a la concurrencia de causa alguna de nulidad relativa, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

1.- En relación con el error como determinante de la nulidad del contrato, a que se refieren los artículos 1265y 1266 del Código Civil, dice el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de noviembre de 2012dictada en relación con productos de inversión, que: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985, de 18 de febrero,295/1994, de 29 de marzo,756/1996de 28 de septiembre,434/1997, de 21 de mayo,695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea". Y añaden las sentencias del Alto Tribunal de 29 de octubre de 2013y 20 de enero de 2014que:

"El art. 1266 CCdispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. "

Por último, como también se apunta en las antedichas sentencias: "Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

2.- En cuanto al deber de información impuesto a la parte demandada, se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón(sección 3^a) de 15 de abril de 2014, que:

"(...) debemos citar en primer lugar el artículo 79 bis introducido por la Ley 47/2007 que modifica la Ley del Mercado de Valores, precepto del que ya dijimos en la misma Sentencia (refiriéndose a la nuestra Sentencia núm 265, de fecha 20 de junio de 2013, en un supuesto de participaciones preferentes) que "comienza exigiendo en sus

apartados segundo y tercero que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, sea imparcial, clara y no engañoso, que las comunicaciones publicitarias deben ser identificables con claridad como tales y que 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.

Y con mayor detalle en sus apartados sexto y séptimo establecen como obligación de la entidad financiera que "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 aquél, 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".

Con esta finalidad la entidad bancaria está obligada a realizar lo que se conoce como el test de idoneidad, regulado con mayor detalle en el artículo 72 del Real Decreto 217/2008 , al establecer que "Evaluación de la idoneidad. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de

riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

Conforme el artículo 73 del RD 217/2008 , el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene "los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado", mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales, primero, determinar si el producto ofrecido responde los objetivo de la inversión señalados por el cliente y, segundo, si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión (art. 72 RD 217/2008). La diferencia, es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, por lo tanto, en estos casos, no basta que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, que resulta suficiente en los supuestos en los que la entidad de inversión ofrece otros servicios (ejecución de órdenes de inversión), sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que este pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que el cliente ha de ser perfectamente informado para que pueda emitir un consentimiento válido.

Además el artículo artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores , en su redacción dada por la Ley 47/2007 , se refiere a la clasificación entre minoristas o profesionales, y en la Sentencia de esta Sala antes mencionada nos hemos referido en esta cuestión indicando que " los inversores minoristas reciben mayor protección que los profesionales, que las entidades le deben solicitar información , según el producto y el servicio que le vayan a prestar, para poder ayudar a tomar decisiones de inversión y para prestar los servicios más adecuados para cada inversor, de forma que también se destaca que el grado de protección depende de la complejidad de los productos o servicios ofrecidos por la entidad o demandados por el cliente y de su capacidad como inversor para comprender su naturaleza y riesgos, llegando a establecer el artículo 79 bis, antes en parte trascrito, que cuando el cliente no ofrezca la información indicada o esta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que esa omisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él."

3.- En definitiva, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2015, "[l]a normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes."

4.- Pero es que además, como se recuerda en las sentencias del Tribunal Supremo núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, "la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia."

5.- Debe tenerse asimismo presente, que como tiene declarado el Tribunal Supremo (por todas al antedicha sentencia de 13 de noviembre de 2015), que las condiciones generales del contrato reunieran los requisitos que los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para que puedan entenderse incorporadas al contrato, no supone que se haya cumplido el elevado estándar de información a que le obliga la normativa sectorial que se ha mencionado y resumido.

6.- Resulta por tanto que la entidad de crédito debió suministrar al cliente, una información comprensible y adecuada sobre el producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y la entidad que podían alcanzar los mismos, debiendo cerciorarse de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía.

7.- Efectuadas las anteriores precisiones, procede ya entrar en el examen del proceder, y la medida en que cumplió con el deber impuesto. Y todo ello partiendo de una premisa fundamental, cual es que como se señala en la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la sección 3^a de la Audiencia Provincial de Castellón, con remisión a la sentencia de esa misma Sala de 9 de mayo de 2012, "(...) la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir a la entidad de crédito. Entre otras muchas es de ver la SAP Zaragoza (secc 5) 19-3-2012 , que sostienen que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar". (En el mismo sentido SSAP Gijón (secc. 7) 21-11 - 201 , 18-3-2012 , 23-2-2012 , 25-7-2011 ; SSAP Oviedo 7-11-2011 , 21- 2- 2012; SAP Burgos (secc. 3) 7-3-2012 ; SAP León (secc. 2) 5-3-2012 ; SAP Mérida (secc 3) 23-2-2012)." Y es que como también se señala en la sentencia de 20 de marzo de 2014, "[e]sto debe ser puesto en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga

de la prueba entran en juego en todas sus vertientes y más concretamente en cuanto a la flexibilidad de las mismas."

8.- Que la parte actora sea una sociedad mercantil no permite presuponer el carácter de experto, puesto que, según se plasma en la referida sentencia de 13 de noviembre de 2015, "(...) la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos."

Y es que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. Cimiento que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de la producción de energía eléctrica por efecto fotovoltaico.

9.- Pasando ya al examen del proceder de la demandada, la misma debió, -como así indica fija en la ilustrativa sentencia de 13 de noviembre de 2015-, "(...) informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida."

Asimismo la demandada debió también informar a la actora "(...) de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente."

Deberes de información con los que no cumplió al demandada, como así se desprende de la falta de prueba al respecto. Y es que como ya se adelantado recaía sobre la demandada la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria. Sin que de las manifestaciones de los empleados de la demandada, que han declarado como testigos, pueda colegirse que la demandada cumpliese con la obligación de informar.

Dicho esto, resulta llamativo que la regulación del derivado financiero en un Anexo, y no con carácter principal, sino como un mero apartado.

Resulta por tanto que la demandada no cumplió con la obligación de concretar qué cantidad debería pagar el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada se produjera en el momento de la contratación, ni tampoco con la de suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Información que como tiene declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 13 de noviembre de 2015) “(...) tiene carácter esencial por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, desde el momento en que en el mismo se prevén una serie de "ventanas" en las cuales el cliente puede cancelarlo anticipadamente.”

y es que aunque el Anexo dedica uno de sus apartados a regular la liquidación del derivado financiero en caso de cancelación anticipada, no obstante, lo cierto es que establece la fórmula para calcular el importe que en su caso deba cargarse o abonarse al cliente. **De manera que un cliente que no es un profesional financiero y no está acostumbrado a negociar estos productos no puede saber, ni a qué precio está adquiriendo el producto ni hasta dónde puede llegar el coste de cancelación.**

10.- Asimismo, como también se indica en la sentencia de 13 de noviembre de 2015, “(...) la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio (...).

Posibles desequilibrios de los que no se informó a la **CLIENTE S.L.**, pese a que, como ha manifestado el perito de la actora, el derivado financiero se comportaba como si de una cláusula suelo se tratara, ya que tan solo ofrecía una pequeña protección en una franja de únicamente el 0'20%. De hecho, según el perito, el derivado financiero no evitaba que los intereses subieran, implicando además una renuncia a bajadas del tipo de interés. Es más, el perito ha sido concluyente cuando al ser preguntado sobre si era interesante firmar el producto, ha contestado con rotundidad que “evidentemente no, porque no obtienes niguna tipo de beneficio, que no justifica un suelo del 5'00% que es muy elevado.”

11.- Así las cosas, resulta irrelevante si D. José leyó o no el Anexo, ya que esta omisión no convalida o compensa el inadecuado proceder de la demandada. Máxime cuando, a la vista del redacción del referido Anexo, y muy especialmente de la cláusula relativa a la cancelación anticipada, debe convenirse que si la hubiera leído no la habría entendido, y mucho menos podido calcular el coste de la cancelación.

12.- A la vista de cuanto se ha expuesto, bien puede colegirse que la demandada incumplió el deber de información a su cliente. Siendo la consecuencia de haber suministrado una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria, que puede presuponerse la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros. Error que conforme a la mencionada sentencia de 13 de noviembre de 2015 puede considerarse como sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Pero es que además, y siguiendo con lo razonado en la antedicha Sentencia, “(...) en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».”

13- Lo expuesto anteriormente debe llevar a la estimación de la demanda, declarando la nulidad del derivado financiero implícito incluido en el contrato de Leasing de fecha 15 de febrero de 2008, determinado por la ausencia de información clara, precisa, no engañosa e imparcial, que ha de considerarse sustancial y excusable.

QUINTO.- Declarada a nulidad del contrato, las partes deben restituirse lo recíprocamente recibido de la otra, con sus intereses, devengados al tipo del interés legal, desde la fecha de los diversos cargos y abonos, por aplicación del art. 1303 del Código Civil; para lo que **habrán de practicarse de nuevo las liquidaciones, sin aplicación de las condiciones económicas que se contemplan en dicho derivado financiero.**

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas procesales se imponen a la parte demandada al ser estimadas las pretensiones de la actora en lo sustancial.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso planteado,

FALLO:

Que estimando la demanda formulada por la procuradora de los tribunales D.^a Laura Oliver Ferrer, en representación de CLIENTE , S.L., contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Cristina Litago Lledó, declarala nulidad del derivado financiero implícito incluido en el contrato de Leasing de fecha 15 de febrero de 2008, con la anulación de

todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y nuevo cálculo de las mismas sin aplicación de las condiciones económicas que se contemplan en dicho derivado financiero, por lo que condeno a la demandada a devolver a la actora la diferencia del importe, y con expresa condena en costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.- La presente sentencia fue dada, leída y publicada por el Sr. Juez firmante de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, y asistido de mí, el Secretario Judicial. Doy fe.