



L) Prieto Clara

ANA MOLERES MURUZABAL  
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

15 ABR. 2016

### Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 10 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549446  
FAX: 935549546  
EMAIL: instancia46.barcelona@xj.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148288932

#### Procedimiento ordinario 15/2015 -E1

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: **CLIENTE**  
Procurador/a: Ana Moleres Muruzabal  
Abogado/a: Benjamín Jose Prieto

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO  
VIZCAYA ARGENTARIA S.A.  
Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro  
Abogado/a:

### SENTENCIA Nº 42/2016

**Magistrado: Joan Granero Peñalver**

**Lugar: Barcelona**

**Fecha: 11 de abril de 2016**

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora D<sup>a</sup> ANA MOLERES MURUZABAL, en nombre y representación de D<sup>a</sup> CLIENTA, interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (desde ahora BBVA) en la que solicitaba se dictara sentencia y se acordase lo siguiente:

1º.- La nulidad (o en su caso la nulidad parcial o anulabilidad) de los dos contratos swap acompañados con la demanda con los documentos núm. 2 y 3 suscrito entre la Sra. CLIENTA y el BBVA, el 30 de septiembre de 2008.

2º.- La condena a la demandada a devolver a la actora la totalidad de liquidaciones cobradas en virtud de los contratos indicados, con más los intereses devengados desde su cobro hasta la devolución efectiva, con compensación de las liquidaciones positivas.

Todo ello, imponiendo a la parte demandada las costas que se pudieran derivar del presente pleito.

La actora fundamenta su demanda en un vicio de consentimiento causado por error, indicando que se le ofrecieron y vendieron los productos como un contrato que aseguraba el tipo de interés

Codi Segur de Verificació: IKLT4HINKYZKE057X40VTVBVZZWEEED

Signat per Granero Peñalver, Joan;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/04/2016 16:31





El resto de alegaciones y razonamientos contenidos en la demanda se dan aquí por reproducidas formando parte del presente antecedente.

**SEGUNDO.-** Mediante el correspondiente Decreto se tuvo por presentada la demanda y documentos con ella aportados así como por promovido juicio ordinario y se emplazó a la parte demandada para que en el término de veinte días se personara en autos por medio de Abogado y Procurador contestando a la demanda.

Dentro del término del emplazamiento, la interpelada compareció para oponerse a la demanda, solicitando la desestimación íntegra de la misma y condena en costas; por escrito presentado por el Procurador D. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO.

En concreto, el BBVA se opuso a la demanda, en primer lugar, alegando que la parte actora sabía que producto estaba contratando. También se alega que no nos existiría un error sustancial excusable, que se debe hacer con carácter restrictivo. Se señala que el producto se explicó al padre de la actora que tenía conocimiento de productos financieros. La parte demandada niega que el procedimiento de la contratación fuese el que se indica en la demanda.

La parte demandada solicita se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se condene en costas a la parte actora.

El resto de alegaciones y razonamientos contenidos en la contestación a la demanda se dan aquí por reproducidas formando parte del presente antecedente.

**TERCERO.-** Por la correspondiente diligencia de ordenación se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio.

El día correspondiente tuvo lugar la comparecencia antes referida, sin que las partes alcanzaran ningún acuerdo; cada una ratificó sus respectivos escritos de alegaciones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba; según los medios probatorios que constan en los documentos acompañados.

En la misma comparecencia se accedió a la práctica de las pruebas solicitadas que se estimaron necesarias para resolver el litigio; consistente en documental y testifical.

**CUARTO.-** En el acto del juicio celebrado el día señalado, se practicó la prueba propuesta y admitida, declararon los testigos que habían sido admitidos y se practicó la prueba pericial admitida. Y, finalmente, tras la práctica de la prueba; los letrados de los litigantes efectuaron sus respectivas conclusiones valorando la prueba practicada y manteniendo sus pretensiones.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente juicio ordinario comenzó por medio de demanda en la que la actora ha interpuesto una acción de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos entre la actora y el BBVA; reclamando la declaración de nulidad de dichos contratos y la condena a la demandada a devolver a la actora la totalidad de liquidaciones cobradas en virtud de los contratos indicados, con más los intereses devengados desde su cobro hasta la devolución efectiva, con compensación de las liquidaciones positivas y la condena en costas de la parte demandada.

La parte demandada se ha opuesto alegando que la parte actora sabía que producto estaba contratando y que la aleatoriedad del producto se explicó de manera extensa, a la parte actora (cuyo padre era concededor del mencionado producto financiero por prestar servicios para la entidad demandada y ser experto en materias financieras) con ejemplificación de todos los escenarios posibles. También se alega que no existió un error sustancial excusable, requisito que se debe estimar con carácter restrictivo. Y la parte demandada solicita se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se condene en costas a la parte actora.

En la contestación a la demanda se indica que los términos del contrato eran claros, las partes aceptaron los riesgos, debidamente expuestos al cliente con carácter previo a la contratación, hubo información y se pudo examinar la documentación remitida al cliente y, en fin, mientras las liquidaciones fueron favorables no hubo ninguna queja y solo cuando el cliente comprobó que el negocio no le era beneficioso fue cuando decidió librarse de sus obligaciones contractuales. Se señala, en la referida contestación, que no existen reclamaciones extrajudiciales y existen actos confirmatorios de las operaciones objeto de este procedimiento.

**SEGUNDO.-** Si nos ceñimos al objeto del presente procedimiento resulta acreditado que:

1º, en el mes de septiembre del año 2008 la actora, que es farmacéutica de profesión (y no tiene conocimientos financieros) solicitó al BBVA un crédito para la compra de un negocio de farmacia por valor de 2.500.000 euros; a tal efecto se acordó entre las partes que se concedía dicho préstamo, que se formalizó y garantizó con la formalización de una hipoteca inmobiliaria y otra hipoteca mobiliaria. Este dato fáctico se contiene en el documento núm. 1 de los que se acompañan con la demanda.

Así, consta que en fecha del día 1/10/2008 se constituyó una hipoteca inmobiliaria en favor del BBVA en garantía de un préstamo por un capital de 2.500.000 euros y,





además, se constituyó en garantía de todas las obligaciones derivadas del préstamo señalado, una hipoteca mobiliaria sobre los derechos de traspaso y del fondo del comercio del local de negocio del establecimiento mercantil dedicado a oficina de farmacia en dos locales arrendados a la actora, locales núm. 41 y 43 de la Avenida Cubelles, de Vilanova i la Geltrú. El préstamo hipotecario tenía un tipo fijo inicial durante los 12 primeros meses y una cláusula suelo fijada en el tipo del 2 %, dato fáctico que no ha resultado controvertido.

2º, en función y para garantizar los intereses de las hipotecas referidas, aunque formalmente se hizo constar la fecha del día anterior, se formalizaron, entre las partes, dos contratos swap. Este dato fáctico se deduce de la declaración de la testigo Raquel Requeni, empleada de la entidad demandada y del testigo Sr. padre de la actora.

Uno, denominado "Stockpyme I-bonificado" y otro denominado "Stockpyme II-tipo fijo"; con el propósito de cubrir el tipo de interés de las deudas contraídas por la actora al adquirir el negocio de farmacia señalado.

3º, En cuanto al swap "Stockpyme I-bonificado", el tipo fijo propuesto en el contrato es el de 4,84 %, la actora soportó un interés en conjunto superior y diferente en cada momento. Se estableció un nocional de 670.000 euros. Se establece un tipo de referencia del Mercado Monetario del Euro tal y se indica una fórmula respecto a la cantidad variable del BBVA, siendo el tipo variable BBVA, el Euribor 3 meses correspondientes a la fecha de inicio del período de cálculo y otra fórmula para la cantidad variable del cliente; señalándose que el tipo variable del cliente, para el caso que el tipo "Euribor 3 meses" (sic) es igual o inferior al 6,00 %, y otro porcentaje si es superior.

Y en cuanto al swap "Stockpyme II-tipo fijo" el tipo fijo propuesto en el contrato es el de 5,05 %, y la actora soportaba, también, un interés en conjunto superior y diferente en cada período. Posteriormente, con la revisión efectuada en el interés del Préstamo desde el trimestre número 17, el 7 de enero de 2013, se aplicó la cláusula suelo estipulada en la escritura, al tipo fijo del 2%; sin que swap contemplase la referida circunstancia y se liquidaba elevando los costes financieros por encima del 7%.

No consta que se identifique el coste financiero que, finalmente, se asumía con la contratación de los productos. Y en este sentido, no se constata que se indicasen ejemplos que advirtiesen a la actora que las liquidaciones con saldo negativo para la misma y que podían ser mayores que el ahorro que experimentase en su préstamo, ante el descenso de los tipos de interés, a consecuencia de la cláusula suelo que constaba en el contrato de hipoteca ya señalado. Y se constató en el momento inicial, justo el de la contratación, que el valor de los productos era de -25.528,89 euros y de -19790,39 euros (según el valor del Mercado); sin que la actora pudiese conocer dicho





dato.

Las características y efectos económicos expuestos, de los referidos swap, se acreditan por el modelo suscrito por las partes, que obran en los folios 83 a 92 de las actuaciones y por el dictamen pericial realizado por el experto economista, Sr. Gálvez; practicado a instancias de la parte actora.

**TERCERO.-** Respecto a los productos bancarios adquiridos por la parte demandante, resulta que El contrato llamado de permuta financiera o "swap" (que viene a significar, en inglés, "intercambio") ha irrumpido recientemente en los procesos judiciales dando lugar a numerosos demandas en las cuales el cliente de banco con el que se contrató dicho producto niega conocer su alcance y solicita la declaración de nulidad de tal contrato, ante las pérdidas económicas sufridas con ocasión de su suscripción.

Se trata de una modalidad de los denominados productos derivados, que se caracterizan porque su valor está en función del que alcance otro producto distinto en un momento determinado.

El "swap" es un contrato financiero entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos de caja futuros de acuerdo con una fórmula preestablecida. Contiene especificaciones sobre las monedas en que se harán los intercambios de flujos, las tasas de interés aplicables, así como una definición de las fechas en las que se hará cada intercambio y la fórmula que se utilizará para ello. El tipo de "swap" más común es el de tasas de interés, por el cual se intercambian flujos de intereses en una misma, o en distinta, moneda en ciertas fechas previamente convenidas: una parte paga flujos de intereses aplicando una tasa de interés fija sobre un cierto monto nominal y recibe flujos de intereses aplicando una tasa fluctuante sobre ese mismo monto nominal. La contraparte recibe los intereses calculados de acuerdo a la tasa fija y paga los intereses a la tasa fluctuante, sobre el mismo monto y en las mismas fechas. Típicamente, este tipo de swap se utiliza para transformar flujos de caja a tasa fija en flujos de caja a tasa fluctuante o viceversa.

Con los productos denominados "swap", se intenta, en la práctica, cambiar una deuda a tasa de interés fluctuante por una deuda a tasa fija. En principio se trata de un contrato de carácter aleatorio, pero el equilibrio comercial quiebra cuando una de las partes (en este caso la entidad bancaria) cuenta con información, a la que no tiene acceso fácil el particular, sobre la evolución previsible de los tipos de interés variable.

**CUARTO.-** Respecto al fondo de la cuestión, debe determinarse si ha existido un error sustancial excusable que haya supuesto vicio del consentimiento al contratar los swap objeto del presente procedimiento, por parte de la actora.

A tal efecto, debe recordarse que la Sala Civil del Tribunal Supremo ha fijado ya un





considerable, por más que sea reciente, cuerpo de doctrina sobre el error vicio del consentimiento en el contrato de permuta financiera o "swap", representado por la sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 110/2015, de 26 de febrero ; 535/2015, de 15 de octubre ; 563/15, de 15 de octubre ; 547/15, de 20 de octubre ; 549/15, de 22 de octubre , 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , y 742/2015, de 18 de diciembre y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Civil sección 1ª del 29 de marzo de 2016 ( ROJ: STS 1322/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1322), Sentencia núm. 195/2016, Recurso: 3398/2012.

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, que se sigue en la presente resolución.

Así, en este caso se ha constatado que los contratos de swap litigiosos (firmados el 30/09/2008) se concertaron cuando ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008.

En todo caso, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente a la cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco a la cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Y la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (desde ahora diré: "LMV", actualmente artículos 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.

Cuando se concertaron los contratos, cuya nulidad se solicita, las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes del artículo 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV.





También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

Y el artículo 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, “de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión”, que “deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias” (apartado 3). En relación a esta cuestión, el artículo 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe “proporcionar a sus clientes una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional”. Y aclara que esta descripción debe “incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”.

Y en su apartado 2, establece que en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento.

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

El apartado 7 del artículo 79 bis LMV establece que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.





Conforme al artículo 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, en base al artículo 72 RD 217/2008 las entidades financieras deberán obtener de sus clientes 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 cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. 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.
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido de los contratos swap, en el que ni siquiera se explicita el coste de la cancelación o la fórmula para cuantificar la misma. Y la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del Banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas (en este sentido se expresó la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 689/2015, de 16 de diciembre).

En definitiva, en este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la





normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes, tal como ha señalado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 31/2016, de 4 de febrero.

Sobre este último extremo, tiene dicho el Tribunal Supremo, Sala Civil, (entre otras, en la Sentencia 31/2016, de 4 de febrero) que es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso, tal como ya se ha indicado.

Y con independencia de que puedan existir cláusulas abusivas, la parte demandada obvia que cuando el cliente no es un profesional (y no basta que el padre de la actora hubiese trabajado en la entidad bancaria) del mercado financiero o un cliente con mucha experiencia y conocimiento en este tipo específico de contratos, es necesaria una información adecuada sobre dichos costes, no bastando, una vaga referencia a que se realizará a precio de mercado; ya que, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: no se sabe quién realizará el cálculo, de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración; faltan algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

Por tanto, al relato fáctico expuesto resultan de aplicación los artículos 1265 y 1266 del Código Civil estatal, el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, "esa ausencia de información permite presumir el error".

Item mas, en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error en esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, 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 declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de Pleno 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.

**QUINTO.-** Partiendo de los propios hechos considerados acreditados, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos swap.

No basta que el padre de la actora hubiese trabajado en un departamento de transacciones de extranjeros para la propia entidad, ya que no se ha acreditado que conociese el alcance y riesgo de los productos financieros contratados por su hija. Además, consta que la actora no estuvo presente en las reuniones previas a la contratación, tal como ha reconocido la testigo Sra. Raquel Requeni, empleada de la entidad bancaria demandada, que trató directamente con el padre de la actora. Y el testigo, Sr. , ha sido claro y verosímil cuando ha explicado que no conocía el producto y que en las explicaciones que se le dieron no se le dieron ejemplo de escenarios de pérdidas y que se le presentaron los productos swap como una forma de garantizar y fijar los intereses del préstamo ante eventuales subidas del mismo; que es el escenario que le señaló la entidad bancaria.

Tampoco consta acreditado que la entidad bancaria hubiese realizado algún test ni para determinar la idoneidad de la actora ni test de conveniencia, a los efectos de la contratación de los productos financieros objeto del presente procedimiento.

En este caso, se ha constatado, tras la prueba testifical, documental y pericial, que la información dada por la entidad bancaria era insuficiente y la misma no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente, ofertarle el producto acorde con su perfil y sus necesidades, y suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

Por otro lado, respecto a las otras excepciones planteadas por la demandada; es menester tener en cuenta que no nos encontremos ante una infracción de la teoría según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, ya que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio viciado por error en el consentimiento, ya

Codi Segur de Verificació: iKL.T4H1NK7ZKE057X40VTVBVZZMEEDI

Signat per Granero Peñaiver, Joan;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/04/2016 16:31





que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria

En definitiva, se ha acreditado que el Banco no informó adecuadamente a la demandante de las verdaderas características y riesgos de los productos con carácter previo a la contratación; además, ese déficit informativo no se subsanó al firmar los contratos, cuya redacción es oscura y poco clara y en nada afecta al error generado el hecho de que se recibieran liquidaciones positivas y algunas negativas durante la vida de los contratos

Y la aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, atendidos los hechos que han quedado relatados, implica que la entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida de los tipos de interés aplicables a las hipotecas y no realizó el test de idoneidad ni de conveniencia, que eran los procedentes ya que al comercializarse el swap, como recomendación personalizada a quien en realidad quería un seguro o garantía para cubrirse ante la subida de los intereses de los préstamos hipotecarios acordados con el Banco, el servicio prestado por éste fue de asesoramiento financiero, recuérdese, además, que la iniciativa de la contratación partió del Banco, según han dicho claramente los dos testigos que han depuesto en el acto del juicio.

Y lo relevante es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones del denominado "EURIBOR", sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado 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, lo que debía hacerse por medio del instrumento precedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable.

Es menester tener en cuenta que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad; según se indicó por las sentencias del Tribunal Supremo de núm. 244/2013, de 18 de abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015; doctrina que se sigue en la presente resolución.

Así, es el Banco el 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

Codi Segur de Verificació: IKL74H1NK7ZKE057X40VTVBVZZWEEDI

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IA/P/consultaCSV/html>

Signat per Granero Peñaflor, Joari;

Data i hora 13/04/2016 16:31





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.

Si se observa la redacción del condicionado general de los contratos swaps aportados, el contrato no resulta "inteligible" para una persona que no tenga conocimientos expertos en este tipo de productos financieros complejos.

Por tanto, es exigible que Banco hubiera facilitado una información clara, detallada e imparcial sobre el producto que ofertó al cliente, que en este caso no se ha acreditado que se facilitara.

En el mismo sentido, se expresó la Sentencia del Tribunal Supremo del Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, "*la existencia de los 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*".

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Que la cliente sea hija de un empleado del Banco, no exonera al Banco de sus obligaciones de información, pues se trataba de un cliente minorista de acuerdo con la clasificación prevista en la normativa MiFID y, como indica la Audiencia Provincial en su sentencia, no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, incluso





los propios del departamento de contabilidad; son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo no fue excusable.

En definitiva, ha existido error esencial que ha viciado el consentimiento de la actora y el error vino causado por la información insuficiente que facilitó el BBVA a la actora; constando que se ofertaron los dos productos financieros (swap) como un sistema de cobertura de riesgo derivado del incremento de los tipos de interés exigibles por el préstamo hipotecario que había solicitado la actora. La demandada argumenta, como se ha dicho, que la actora era hija de un empleado de banca concedor del producto y que, en todo caso era minorista; pero la actora no tenía el perfil necesario como para poder entender el funcionamiento y las consecuencias de los productos contratados a lo que ha de unirse la falta de información objetiva facilitada por parte de la representación del BBVA.

Por tanto, es exigible que Banco hubiera facilitado una información clara, detallada e imparcial sobre el producto que ofertó al cliente, que en este caso no se ha acreditado que se facilitara.

Tampoco es correcta la afirmación de la demandada no justifica la existencia del nexo causal entre el error y la formalización del contrato, puesto que del incumpliendo de sus deberes de información, indujo a la actora a contratar unos productos financieros complejos y arriesgados e inadecuados a su perfil. Es lo que algunas sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo han calificado como "error heteroinducido".

En consecuencia, procede estimar la pretensión de declaración de nulidad por vicio del consentimiento con las consecuencias legales que derivan de la aplicación de los artículos 1265, 1266 en relación con el artículo 1303 del Código Civil estatal; por lo que declarada la nulidad, os contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen sido materia del contratos con sus intereses.

Por todo ello, en aplicación de la doctrina expuesta, se debe estimar íntegramente la demanda.

**SEXTO.-** Respecto a las costas, resulta de aplicación el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tanto; se deben imponer a la parte demandada, al haberse estimado íntegramente la demanda.

## FALLO

Que estimo íntegramente la demanda y, en consecuencia, indico los siguientes pronunciamientos:



