

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE  
SECCION OCTAVA  
TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA



Fiscal  
Laboral  
Contable  
Jurídico

Francisco Luis García Cerrillo  
Departamento Jurídico - Abogado

C/ Antonio Machado, 79  
03204 Elche (Alicante)  
abogado@rscgrupoasesor.com

Tel.: 96 616 07 12  
Fax: 96 616 07 11

ROLLO DE SALA N.º 309 ( M 108 ) 15.

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO N.º 253 / 14.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 3 DE ALICANTE, con sede en ELCHE.

Apelante/s: L

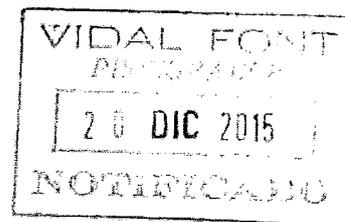
Procurador/es: JOSE LUIS VIDAL FONT

Letrado/s: FRANCISCO LUIS GARCIA CERRILLO

Apelado/s: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador/es: FRANCISCA CARALLERO CABALLERO

Letrado/s: A1



**SENTENCIA NÚM. 299/15**

Iltmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a diecisiete de diciembre del año dos mil quince.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Istmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante, con sede en Elche; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por D.

..., apelante por tanto en esta alzada, representado por el Procurador D. JOSÉ LUÍS VIDAL FONT, con la dirección del Letrado D. FRANCISCO LUÍS GARCÍA CERRILLO; siendo la parte apelada BANCO

BILBAO ARGENTARIA, SA, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> FRANCISCA CABALLERO CABALLERO, con la dirección de la Letrada D.<sup>a</sup> ANA BARANDA GARCÍA.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

**PRIMERO.-**En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante, con sede en Elche, se dictó Sentencia, de fecha 7 de abril del 2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que desestimo la demanda formulada por D. [redacted] z contra la entidad BBVA S.A. No se efectúa condena en costas*"

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 20 / 10 / 15, en que tuvo lugar.

**TERCERO.-**En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

### **PRIMERO.-**

El día 31 de mayo del 2007, las partes concertaron préstamo con garantía hipotecaria (instrumentado en escritura pública) en cuya virtud la entidad bancaria concedía a los prestatarios un préstamo por importe de 950.000 € y que incorporaba "...de forma implícita una operación de *DERIVADO FINANCIERO* (tal y como aparece definido en la cláusula 3.2 de

*este contrato (...) de forma que la amortización o vencimiento anticipado, total o parcial, del préstamo supone necesariamente la cancelación anticipada, en los mismos términos, del DERIVADO FINANCIERO. Esta cancelación tendrá un valor de mercado, susceptible de producir una pérdida o una ganancia, que deberá ser objeto de cargo o abono en los términos previstos en la cláusula 3.3 de este contrato". La cláusula 3.2 se titula "Derivado Financiero", indicando que se entiende por tal "la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 3.1 anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato". El tipo de interés previsto en la cláusula 3.1 era del 5,85 % nominal anual. En la cláusula 3.3 ("liquidación del DERIVADO FINANCIERO por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato") se señala el procedimiento a seguir por el banco para determinar el valor de mercado en términos tales como "...el banco comunicará al prestatario el importe que, según los cálculos del Banco, debería este cobrar del prestatario (expresado con signo positivo) o abonar a dicho prestatario (expresado con signo negativo) por la cancelación anticipada del derivado financiero (...) la valoración del derivado financiero (...) se realizará de acuerdo con la práctica seguida por profesionales de mercados financieros, que a tal fin tiene en cuenta las variables de mercado existentes al tiempo de cálculo (tales como tipos de interés vigentes, plazos y estructuras de flujos pendientes, tipos de descuento calculados de acuerdo a las referencias de cotizaciones ofrecidas por los operadores de mercados financieros, tipos de cambio y series históricas) y los métodos de valoración y cálculo matemático-financieros habitualmente utilizados por los citados profesionales de los mercados financieros de derivados para la valoración de posiciones de riesgo en dichos productos y, consecuentemente, determinación de su valor de mercado".*

La parte actora, que reconoce que el destino del préstamo era el ejercicio de actividades empresariales y que, por tanto, no actuaba como consumidor, ha deducido, alternativamente, varias pretensiones de nulidad respecto de la cláusula financiera 3.2 antedicha: a) de nulidad por abusiva, al no superar los controles de incorporación y transparencia; b) de nulidad por vicio del consentimiento y c) de nulidad por carencia o indeterminación de su objeto.

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda, en base a los siguientes razonamientos, dichos sean en síntesis:

- a) Excluye la condición de consumidor de la parte actora;
- b) El actor no dispuso de información suficiente sobre el alcance y riesgos que implicaba la cláusula, no constando que se le informara sobre las consecuencias de la misma, en especial en los escenarios más adversos;
- c) Existió, pues, error invalidante, de conformidad con el art. 1266.1 CC, que recayó sobre un elemento esencial del contrato, producido por una insuficiente y "*absolutamente defectuosa información*";
- d) Pero el error fue inexcusable, pues el actor era socio único y administrador de una mercantil dedicada a la asesoría empresarial, fiscal, contable y jurídica, así como administrador de otras sociedades; de ahí que "*...tenía unos conocimientos suficientes, no ya para conocer el alcance concreto de la estipulación, sino para advertir su vaga redacción y complejo contenido e indagar en él (...) no es excusable que suscribiera sin interrogar ni exigir mayor información que evitara el error en cuestión*".

Frente a dicha decisión se alza el otrora demandante, reiterando las alegaciones vertidas en la primera instancia.

## **SEGUNDO.-**

Partiendo de las consideraciones jurídicas vertidas en la resolución recurrida, el núcleo del debate se ha de centrar en determinar si el error padecido por el demandante fue o no inexcusable, pues ha sido éste el único motivo por el que se ha desestimado la pretensión declarativa de nulidad, por vicio del consentimiento.

Disentimos del parecer del magistrado de instancia.

La redacción de la cláusula del derivado financiero (inserta en un préstamo con garantía hipotecaria) es un paradigma de inconcreción y ambigüedad, colofón de la insuficiente información que fue facilitada al cliente con relación al funcionamiento de aquél. Así entendemos las vagas fórmulas de cálculo que en dicha cláusula se contienen ("*la valoración se realizará de acuerdo con la práctica seguida por profesionales de mercados financieros, que a tal fin tiene en cuenta las variables de mercado existentes al tiempo de cálculo (tales como tipos de interés vigentes, plazos y estructuras de flujos pendientes, tipos de descuento calculados de acuerdo a las referencias de cotizaciones ofrecidas por los operadores de mercados financieros, tipos de cambio y series históricas)*) y los métodos de valoración y cálculo matemático-

*financieros habitualmente utilizados por los citados profesionales de los mercados financieros de derivados para la valoración de posiciones de riesgo en dichos productos y, consecuentemente, determinación de su valor de mercado")* que, desde luego, impiden conocer de qué modo y forma se realizará, llegado el momento, la valoración del derivado. Valoración que es de la máxima importancia, en lo que al funcionamiento del producto se refiere, pues determinará si se ha de producir una pérdida o una ganancia, en caso de amortizaciones, totales o parciales, o vencimiento anticipado del préstamo.

Ya hemos dicho que la sentencia de primera instancia parte (y coincidimos con ello) de la deficiente, insuficiente e incorrecta información precontractual facilitada al cliente, con relación a la cláusula que nos ocupa. El deber de información aplicado a la fase precontractual en relación con este producto financiero exige que el cliente, ante la evidente asimetría informativa que presentan las partes, conozca los riesgos que comporta y el coste de la cancelación porque estos aspectos son determinantes a la hora de decidir si se contrata o no, y si la información suministrada no es veraz y suficiente puede determinar que el cliente incurra en error al contratar.

Una vez confirmado el defectuoso cumplimiento de la obligación de información precontractual, porque la única facilitada sobre el funcionamiento del derivado fue manifiestamente incompleta e inexacta, y confirmado también (porque no es objeto de apelación) que concurre el requisito de esencialidad, preciso para el error invalidante en el ámbito del art. 1266 del Código Civil, hemos de abordar, pues ello constituye el núcleo de la controversia, si dicho error merece o no la calificación de excusable, a la vista de las circunstancias del caso.

Es preciso para ello examinar la conducta de las dos partes en conflicto y si determinar si el error padecido es o no imputable a quien lo invoca. Es un error excusable, en la medida en que el demandante no tenía un conocimiento previo de este producto financiero y no le es imputable el error, ya que es la propia entidad bancaria la que incumplió flagrantemente su obligación de informar convenientemente sobre las condiciones reales y el verdadero alcance del contrato, pudiendo afirmarse, en consecuencia, que fue un error provocado por el propio banco. Desde esta perspectiva, el error es excusable porque la entidad financiera no cumplió correctamente el deber de información y es este incumplimiento el que condujo al cliente a un error esencial.

Consideramos, además, que el error es excusable si no ha podido ser evitado con el empleo de una diligencia media. Ciertamente es que el actor es administrador y socio de una mercantil cuyo objeto social es la asesoría en una serie de ámbitos. Pero no menos lo es que no se ha acreditado que estuviera familiarizado con este tipo de productos. A mayor abundamiento, la confusa y ambigua redacción de la cláusula se pone de manifiesto, con toda su fuerza, cuando la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo y promovió demanda ejecutiva en la que, entre otros conceptos, reclamaba más de ochenta y ocho mil euros en concepto de "*saldo de liquidación del derivado financiero*", sin que ni en dicho procedimiento, ni en el que ahora nos encontramos, se haya efectuado la más mínima alegación de qué sistemas, procedimientos, métodos, operaciones, se han realizado para fijar dicha cantidad; es decir, que no existe forma alguna de determinar si los cálculos pueden o no tener acogida en el tenor de la cláusula ni, por tanto, de afirmar que se han realizado de conformidad con ella, de lo que resulta, en definitiva, que el cliente debe acatar el cálculo como si de un acto de fe se tratara. Es, en conclusión, manifiesto el desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, la complejidad técnica la cláusula y la proximidad de la entidad financiera a las fuentes de información y todos estos aspectos inciden directamente en la apreciación del carácter excusable del error. Siendo fundamental, reiteramos, el flagrante incumplimiento del deber de información sobre el funcionamiento de la cláusula en cuestión.

Por lo dicho, estimaremos el recurso y revocaremos la sentencia de instancia, con los pronunciamientos a ello inherentes.

### **TERCERO.-**

En materia de costas será de aplicación el art. 398.2, que dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. En cuanto a las costas de la primera instancia, de conformidad con el art. 394.1, habrán de imponerse a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, sin que este tribunal aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.

### **CUARTO.-**

De conformidad con el art. 208.4 LEC, toda resolución incluirá la mención de si es firme o cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir.

Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 466 y Disposición Final 16ª LEC, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario de infracción procesal, de los que conocerá, en su caso, el Tribunal Supremo, siempre que dicha sentencia sea recurrible en casación, por encontrarse en alguno de los casos previstos en el art. 477.2 LEC. Tales recursos deberán interponerse (téngase en cuenta que la modificación introducida en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE del día 11 de octubre, suprime el trámite de preparación de todos los recursos devolutivos, que habrán, por tanto, de ser directamente interpuestos, en plazo y forma, de conformidad con la Disposición transitoria única, Procesos en trámite) ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, constituyéndose previamente depósito para recurrir por importe de 50 euros por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en Banesto indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre).

#### **QUINTO.-**

De conformidad con la Disposición Adicional décimoquinta, número 8, de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, en caso de estimación total o parcial del recurso, procederá la devolución de la totalidad del depósito constituido por la parte para poder interponerlo.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán,

quien expresa el parecer de la Sala.

### III - PARTE DISPOSITIVA

**FALLAMOS:** Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [redacted] Zcontra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, con sede en Elche, de fecha 7 de abril del 2015, en los autos de juicio ordinario n.º 253 / 14, **debemos revocar y revocamos dicha resolución** en el sentido de dictar otra que, con estimación de la demanda interpuesta por aquél contra BANCO BILBAO ARGENTARIA, SA, declara la nulidad de la cláusula financiera 3.2 del contrato de préstamo hipotecario instrumentado en escritura de 31 de mayo del 2007, imponiendo a la parte demandada las costas de la primera instancia y sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre las mismas.

Procédase a la devolución de la totalidad del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido total o parcialmente estimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco-José Soriano Guzmán. Firmado y Rubricados".

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados. De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta