

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE BILBAO

BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 8 ZENBAKIKO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR, 10-4ª PLANTA - CP./PK: 48001

TEL.: 94-4016680 FAX: 94-4016980

NIG PV / IZO EAE: -
NIG CGPJ / IZO BJKN :-

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 723/2018 - C

SENTENCIA N.º 113/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D.ª MARIA JOSE GALINDO OLEA

Lugar: Bilbao

Fecha: catorce de mayo de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: -

Abogado: -

Procurador: -

PARTE DEMANDADA BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Abogado: -

Procurador: -

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto tuvo entrada en este Juzgado demanda de Juicio Ordinario interpuesto - S.L.U., - S.L.U., - S.L.U.; - S.L. y - S.L., frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba suplicando que se dicte sentencia en la que **CON CARÁCTER PRINCIPAL**, se declaren nulos por vicio en el consentimiento los referidos contratos de préstamo de 31 de enero de 2008 suscritos entre la entidad financiera BBVA y las - y se condene a la demandada a restituir a las demandantes íntegramente las cantidades por ellos satisfechas en concepto de cuotas de amortización e intereses de los contratos de préstamo declarados nulos así como en concepto de comisión de apertura, con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos, descontando de la suma de estas cantidades el capital recibido por los prestatarios en concepto de préstamo, también con sus correspondientes intereses legales; operaciones liquidatorias de la nulidad que se realizarían en ejecución de sentencia.

CON CARÁCTER SUBSIDIARIO se declare nulo por vicio del consentimiento o alternativamente por dolo incidental el derivado financiero implícito contenido en las cláusulas 4^a.2, 4^a.3 y 4^a.4 de las pólizas de préstamo suscritas entre BBVA y las demandantes el 31 de enero de 2008 y, en consecuencia, se declare el derecho de las entidades prestatarias a cancelar anticipadamente el contrato de préstamo, sin asumir los costes de cancelación del derivado a los que se refiere la cláusula 4^a.4.

CON CARÁCTER MÁS SUBSIDIARIO se declare no incorporada a los referidos contratos de 31 de enero de 2008 la Cláusula 4^a.4 sobre costes de liquidación del derivado financiero por la amortización o vencimiento anticipado del contrato de préstamo o, alternativamente, se declare nula la misma cláusula por suponer una frustración de las legítimas expectativas del prestatario sobre el coste de la amortización anticipada del crédito.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite se emplazó a la demandada quien en tiempo y forma contestó a la demanda oponiéndose a la misma en base a las alegaciones que constan en el escrito unido a las actuaciones. Señalado día para la celebración de la Audiencia Previa a la que comparecieron ambas partes, éstas propusieron la prueba de la que intentaron valerse el día del juicio, en la que se practicó con el resultado que obra en el disco grabado y unido a las actuaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - demandan en el presente procedimiento a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y pretenden, con fundamento legal en la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, art. 79 bis, art. 5 Anexo RD 629/1993, arts. 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y 1303 del Código Civil, arts. 1, 5.5 y 7 de Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación, obtener los siguientes pronunciamientos:

CON CARÁCTER PRINCIPAL, se declaren nulos por vicio en el consentimiento los referidos contratos de préstamo de 31 de enero de 2008 suscritos entre la entidad financiera BBVA y las mercantiles

S.L. y se condene a la demandada a restituir a las demandantes íntegramente las cantidades por ellos satisfechas en concepto de cuotas de amortización e intereses de los contratos de préstamo declarados nulos así como en concepto de comisión de apertura, con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos, descontando de la suma de estas cantidades el capital recibido por los prestatarios en concepto de préstamo, también con sus correspondientes intereses

legales; operaciones liquidatorias de la nulidad que se realizarían en ejecución de sentencia.

CON CARÁCTER SUBSIDIARIO se declare nulo por vicio del consentimiento o alternatively por dolo incidental el derivado financiero implícito contenido en las cláusula 4ª.2, 4ª.3 y 4ª.4 de las pólizas de préstamo suscritas entre BBVA y las demandantes el 31 de enero de 2008 y, en consecuencia, se declare el derecho de las entidades prestatarias a cancelar anticipadamente el contrato de préstamo, sin asumir los costes de cancelación del derivado a los que se refiere la cláusula 4ª.4.

CON CARÁCTER MÁS SUBSIDIARIO se declare no incorporada a los referidos contratos de 31 de enero de 2008 la Cláusula 4ª.4 sobre costes de liquidación del derivado financiero por la amortización o vencimiento anticipado del contrato de préstamo o, alternatively, se declare nula la misma cláusula por suponer una frustración de las legítimas expectativas del prestatario sobre el coste de la amortización anticipada del crédito.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la demandada.

Alega la parte demandante que el 31 de enero de 2008 -S.L.U. representada por su administradora Dña. -, - S.L.U., representada por su administrador único, D. -; - S.L.U., representada por su administrador, D. -; - S.L. y - S.L., ambas representadas por su administrador único, D. -, instaladas todas ellas en el parque solar -, realizaron simultáneamente y en unidad de acto cinco contratos de préstamo con BBVA S.A. (préstamos Nº -, Nº -, Nº -, Nº - y Nº - respectivamente, todos ellos documentados en pólizas intervenidas ante la Notaria del Ilustre Colegio de Aragón, Dña. -(Asientos nº -, -, -, - y - respectivamente, del Libro Registro de Operaciones de la referida Notaria).

Los cinco contratos, con contenido idéntico, fueron nominados como “Póliza de Préstamo con derivado financiero implícito” y tenían por objeto financiar la adquisición de una instalación de una planta solar fotovoltaica por parte de las sociedades prestatarias constituidas unos meses antes, el 9 de julio de 2007 (- S.L.); 10 de julio de 2007 (- S.L.U., - S.L.U. y - S.L.U.) e incluso el mismo día del otorgamiento (- S.L.) a tal fin.

En cada uno de los cinco contratos de préstamo el capital prestado ascendía a 784.000 € (Pacto I), debiendo devolverse en 13 años desde la firma del mismo, en 144 cuotas mensuales, siendo la primera de ellas el 28 de febrero de 2009 (se pactó un período de carencia de un año) y la última el 31 de enero de 2021 (Cláusula 2ª).

En concepto de comisión de apertura los prestatarios hubieron de satisfacer a la entidad prestamista el 1,50% del importe concedido (Cláusula 1ª), cantidad que ascendió en cada uno de los contratos a 11.760 €.

Según disponía la Cláusula 3ª de las referidas pólizas de préstamo. En caso de **cancelación anticipada** del préstamo por parte del prestatario *el banco percibiría una comisión del 0,00% sobre la cantidad a amortizar.*”

El interés nominal pactado fue un **tipo fijo del 5,05%** nominal anual (Cláusula 4ª.1.2.2. “El tipo de interés aplicable al principal del préstamo será del 5,05% nominal anual.”)

Como garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo se aportaron además de afianzamientos personales, la cesión por las prestatarias a BBVA del derecho a percibir directamente las cantidades derivadas del contrato tipo de suministro que se formalizara entre ellas y la suministradora Endesa, así como la pignoración de ciertos valores, en la forma que consta en las respectivas pólizas.

En la cláusula 4ª.2 se incluye un **derivado financiero implícito**, que se define del modo siguiente:

“4.2.1. Por derivado financiero se entiende la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 4ª.1 anterior (tipo fijo el 5,05%) y la estructura de amortización prevista en este contrato.”

“4.2.2. A los efectos previstos en la estipulación 4.4 de este contrato, el interés de mercado al que se refiere el art. 4.2.1. es el Euribor.”

Si bien el derivado financiero implícito no tiene ninguna incidencia sobre el tipo de interés nominal pactado, por cuanto que será siempre el 5.05%, resulta una enorme carga para los prestatarios en caso de que decidan cancelar anticipadamente el préstamo o en caso de vencimiento anticipado del mismo, puesto que la cancelación o el vencimiento anticipado del préstamo conlleva necesariamente la cancelación del derivado como se deriva de la Cláusula 4ª.3 de la póliza de préstamo.

La liquidación de derivado financiero y con ello la determinación del coste de la cancelación de cada uno de los préstamos se hará con arreglo a un valor de mercado que será determinada con arreglo a lo previsto en la cláusula 4.4º del contrato.

A continuación la parte demandante transcribe la cláusula 4.4ª de los tres contratos de préstamos suscritos el 31 de enero de 2008.

Alega que los prestatarios no dispusieron de ninguna información sobre el coste de liquidación del derivado financiero y por ende del coste de cancelación o del vencimiento anticipado del préstamo. No hay o no se les informó de la existencia de ningún mercado en el pudieran evaluar la evolución de los precios del derivado financiero, no se determinan tan siquiera de modo genérico cuáles son las operaciones del cálculo del valor de mercado, no se les informó tampoco de los riesgos propios de un derivado financiero, ni de las circunstancias de las que puede depender la evolución de su valor.

Respecto a la evolución del valor del derivado financiero implícito, como el derivado financiero implícito implica permutar un tipo de interés variable (en este caso el Euribor según la cláusula 4.2.2) por un interés fijo, el 5,05%, el valor de mercado del derivado financiero será mayor cuanto mayor sea esta diferencia entre el tipo fijo y el variable, esto es, más bajo esté el Euribor.

El riesgo de la evolución del precio del mercado financiero, que en modo alguno resulta comprensible de la mera lectura de la cláusula 4ª.4, no fue explicado con carácter previo al contrato por la entidad demandada a los prestatarios.

Ante el interés de las prestatarias de cancelar anticipadamente el préstamo manifestado a la entidad BBVA en mayo de 2017, la entidad les comunicó a cada una de ellas que el precio de liquidación del derivado financiero ascendía a fecha 15 de mayo de 2017 a 27.280,44 €, para cada uno de ellos, siendo el capital pendiente de amortizar en ese

momento 325.359,32 €, es decir, el coste de cancelación representaba en aquel momento un 8,38% del capital a amortizar.

En consecuencia, las demandantes, pese a tener una creencia fundada en la cláusula tercera del contrato de que el coste de amortización anticipada del préstamo sería cero, en el momento en el que han manifestado a la demandada su voluntad de cancelar el préstamo han sabido de manera sorpresiva, por mor de la referida cláusula 4ª.4 que el coste de cancelación de los referidos contratos de préstamo es absolutamente desproporcionado y, en consecuencia, se han visto cautivos de sus respectivos contratos de préstamo.

Reitera la parte demandante que la referida cláusula 4ª.4, por su redacción, no permite conocer a las prestatarias de los cinco contratos cual es el coste de la liquidación del derivado financiero implícito.

Que con carácter previo a la realización del contrato tampoco se aportó a los prestatarios ninguna información sobre los riesgos y las implicaciones de la contratación de un derivado implícito sobre la cancelación del contrato de préstamo. La demandada venía obligada a cumplir con las obligaciones de información y evaluación previstas en los 79 y 79 Bis de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y por el Real Decreto 629/1993, obligaciones de información que incumplió.

En resumen, las entidades prestatarias concertaron las respectivas pólizas de 31 de enero de 2008 con desconocimiento absoluto, por falta de información al respecto de la entidad prestamista, de que la contratación del derivado financiero implícito conllevaría un elevadísimo coste que tendrían que asumir en caso de cancelación o de vencimiento anticipado del préstamo.

Que los derivados son un producto financiero complejo como se desprende del art. 79.bis.8 a) II.i. de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. El carácter complejo de los derivados financieros ha sido puesto de manifiesto también por la STS 450/2016, de 1 de julio.

Que es un hecho notorio que los contratos de préstamo pertenecen a la categoría de los contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido redactado previa y unilateralmente por la entidad financiera, sin que sus cláusulas hayan sido negociadas individualmente con cada cliente. Por tanto, las cláusulas de las pólizas de crédito suscritas por las cinco demandantes, son condiciones generales de la contratación, de acuerdo con el art.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Que el derivado financiero implícito pueda obedecer a una petición expresa de los prestatarios queda desvirtuado por el hecho de que del derivado no se desprende ninguna ventaja para los mismos, en cuanto que no tiene por finalidad cubrir el riesgo de devolución del tipo de interés del préstamo ya que este tipo de interés es fijo. Su inclusión en los contratos no obedece más que al interés de la entidad prestamista de asegurarse un beneficio adicional, por cierto, calculado unilateralmente por ella o por las entidades que ella misma designa, para el caso de amortización o vencimiento anticipado.

Que debido a la inexistente información sobre el riesgo que representaba para los prestatarios la inclusión de un derivado financiero en las pólizas de préstamo de 31 de enero de 2008, los mismos desconocían que tendrían que asumir un elevadísimo coste

por la cancelación del derivado financiero implícito, en caso de cancelación o de vencimiento anticipado del préstamo. Por el contrario, los prestatarios creían legítimamente, a consecuencia de la cláusula tercera de la póliza, que la amortización anticipada del préstamo no conllevaría ningún tipo de comisión, ni penalización. El error padecido por las demandantes respecto al coste de cancelación con antelación del derivado financiero y por ende del préstamo tiene el carácter de esencial y de excusable.

Las entidades prestatarias demandantes, a través de sus administradores, Dña.- y D. - manifestaron en mayo de 2017 su voluntad de cancelar las pólizas de préstamo de 31 de enero de 2008. En respuesta a dicha voluntad de cancelación fue cuando recibieron los informes de valoración del derivado financiero fechados el 16 de mayo de 2017, que ascendía a 27.280,44 €, poniéndolo prontamente en conocimiento de las dos sociedades restantes, cuya administración ostenta D. -, sin que hasta ese momento hubieran tenido constancia del error en el que incurrieron respecto del coste de liquidación del derivado financiero en caso de cancelación anticipada del préstamo.

Las entidades demandantes en un intento de solucionar extrajudicialmente este litigio enviaron al BBVA requerimientos el 27 de julio de 2017 en los que solicitaban que se tuviera por nulo el derivado financiero implícito contenido en las referidas pólizas de préstamo y que, en consecuencia, se reconociera el derecho de las demandantes a amortizar anticipadamente dicho préstamo sin tener que asumir los costes de cancelación del derivado financiero implícito. Por su parte, BBVA remitió respuesta a cada una de las reclamaciones, derivando dichas reclamaciones al Defensor del Cliente del Grupo BBVA. Desde dichas comunicaciones no se ha recibido respuesta alguna ni por parte del BBVA ni del Defensor del Cliente del Grupo BBVA, a pesar de haber transcurrido más de nueve meses.

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) se opone a la demanda, alegando que las sociedades demandantes interesadas en la explotación del negocio fotovoltaico, disponiendo de un plan de viabilidad elaborado por -, que preveía una financiación a tipo fijo de 5,25%, acudieron en el año 2007 al BBVA solicitando información acerca de las condiciones en las que BBVA podía ofrecerles financiación.

Dada la naturaleza del negocio fotovoltaico las demandantes eran conscientes de la necesidad de suscribir una operación a tipo fijo ya que no estaban dispuestas a implicarse en una inversión de estas características sin garantizarse que los ingresos les permitieran pagar al menos la mayor parte del coste de la financiación, ya que eran conscientes de que al estar el sector energético altamente intervenido por los poderes públicos y las tarifas reguladas, las empresas no tienen margen de maniobra para poder intervenir en los precios.

Conocidas las necesidades de sus clientes, BBVA les explicó las alternativas de financiación existentes y les explicó que para poder ofrecer un tipo fijo que pudiera ser inferior al plan de viabilidad aportado, se podría firmar una póliza de préstamo a tipo fijo con derivado implícito en la que el derivado financiero incluido en el contrato es el que permite establecer un tipo de interés fijo durante toda la vida de la operación financiera, no generando flujos para una u otra parte, de este forma se les podía ofrecer un tipo fijo al 5,05% durante toda la vida de la operación.

Sin un derivado implícito el Banco no habría podido conceder una financiación por un importe de 784.000 € por plazo de 13 de años a un tipo del 5,05%, circunstancia conocida y deseada por los demandantes, si bien que ahora niegan en su demanda.

Asimismo, se les explicó que si bien el derivado implícito no afectaba a sus obligaciones como prestatarios, se les dijo que la cancelación anticipada de la operación conllevaría la cancelación tanto del préstamo como la cancelación del derivado, que sí tendría un coste a precio de mercado que asumían ellos, lo que podría suponer un ingreso o un coste, pues eso es lo que significa a precio de mercado.

Por parte de la entidad se facilitaron todos los datos informaciones y explicaciones precisas y pertinentes, sin perjuicio del sobrado perfil que presentan las personas que actuaron como negociadores en nombre de las cinco operaciones, con demostrada capacidad para entender las operaciones suscritas, que por otro lado no presentan mayor dificultad que entender que por medio de un derivado implícito, que no contratan los clientes sino que lo contrata la entidad, se permite conceder un préstamo a tipo fijo en mejores condiciones que un tipo fijo sin derivado implícito pero que en caso de cancelar anticipadamente la operación habrá un coste de cancelación, no de préstamo que es 0%, sino del derivado financiero y que el coste de cancelación será a precio de mercado lo que podía suponer una pérdida o una ganancia para los prestatarios.

Que el derivado implícito es el que permitía fijar el tipo de interés ofertado del 5,05% quedó perfectamente claro a lo largo de toda la negociación, que se prolongó desde julio de 2007 a enero de 2008, momento en el que se firmaron los contratos. Por eso resulta sorprendente que en la demanda se hagan afirmaciones con las que constan en las páginas 4 y 5 de la demanda que se repiten en la página 10 en el sentido de que la formalización de la operación de préstamo con derivado implícito solo beneficiaba a BBVA, cuando es notorio que los prestatarios no habrían podido disfrutar de un tipo fijo del 5,05% notablemente inferior al que aportaban de partida del 5,25% de no haber existido el derivado implícito.

Con el fin de desmentir tales afirmaciones carentes de verdad y de rigor, aportará informe pericial encargado a la firma -, que pondrá de manifiesto que los principales beneficiados por la forma en que se articuló la operación fueron ellos. Si no hay amortización anticipada, la operación funciona con un tipo fijo de interés hasta el término pactado, sin interferencia del derivado de cobertura establecido al inicio del contrato, de modo que solo la interrupción anormal del contrato principal determinará la cancelación del derivado de cobertura subyacente establecido por igual plazo, y la consecuente liquidación concurrente del derivado por su vencimiento extemporáneo.

Todo lo expuesto se explicó convenientemente a los demandantes, que estuvieron plenamente conformes con la operación y que aparece perfectamente detallado en las pólizas de préstamo si bien pasados los años sostienen lo contrario para deshacer una operación que no ha resultado tan rentable como las previsiones iniciales.

Conviene hacer un breve análisis de la finalidad y contexto en el que se formalizaron los préstamos litigiosos que permitirá entender los motivos por los que optaron por las operaciones que hoy quieren deshacer.

Las sociedades demandantes se constituyeron con el único objeto de llevar a una explotación fotovoltaica, es decir, dedicada a la producción y distribución de energía solar mediante la explotación de plantas solares y así lo recoge el objeto social de cada una de ellas. Dada la naturaleza de dicho negocio, esencialmente financiero, pues el coste de producción se corresponde básicamente con el coste de la financiación, mediante el que se adquieren e instalan las placas fotovoltaicas, y los ingresos, son la tarifa que pagan las eléctricas, más la subvención pública a este tipo de energía "limpia", todo ello regulado por lo que era esencial para las empresas de este tipo, **"fijar"** sus costes financieros, para evitar que cualquier posible subida de tipos originase un desequilibrio en sus cuentas, pues los ingresos están ya predeterminados, al no tener posibilidad de incrementar sus ingresos, ni vía incrementos de producción, ni vía incremento de tarifas. La búsqueda de un tipo fijo encaja perfectamente con el negocio fotovoltaico descrito en el que los productos fotovoltaicos venden la energía a un tipo fijo, la llamada tarifa regulada sin perder de vista que el año 2008 en el que se firman las operaciones litigiosas el Euribor BOE llegó a alcanzar casi un 5%

De acuerdo con lo expuesto las operaciones que formalizaron las demandantes, pese a que ahora lo nieguen, encajaban perfectamente con sus expectativas y se suscribieron a petición suya y si se introdujo un derivado implícito fue como consecuencia de la petición de la contraparte de asegurarse un tipo de interés fijo durante la vigencia del préstamo y porque las condiciones eran más beneficiosas para ellas en el momento de su contratación,

Sin embargo, un cambio legislativo en el año 2010, el RDL 14/2010, que supuso una relevante bajada en el precio que se había establecido en el BOE para ese tipo de energía y un cambio en la evolución de los tipos de interés ha originado una disminución de la rentabilidad prevista con este tipo de inversiones motivo por el que ahora al querer desvincularse de dichos contratos teniendo que asumir el coste de cancelación del derivado convenientemente explicado, documentado y pactado. Para evitar el cumplimiento de dicho compromiso buscan desvincularse de dichos contratos alegando un incumplimiento por parte del Banco de sus obligaciones de información.

En cuanto a la información precontractual y contractual facilitada a las demandantes, reitera BBVA que la iniciativa de contratar estas operaciones partió de las demandantes y las negociaciones se iniciaron en julio de 2007, momento en el que acudieron al Banco con el proyecto de viabilidad que les había elaborado - con el fin de, siempre sobre la base de un tipo fijo, qué posibilidades de financiación les podía ofrecer la entidad.

Conocidas las necesidades de sus clientes, BBVA les explicó las alternativas de financiación existentes y les explicó que para poder ofrecer un tipo fijo que pudiera ser inferior al plan de viabilidad aportado, se podría firmar una póliza de préstamo a tipo fijo con derivado implícito en la que el derivado financiero incluido en el contrato es el que permite establecer un tipo de interés fijo durante toda la vida de la operación financiera, no generando flujos para una u otra parte, de esta forma se les podía ofrecer un tipo fijo al 5,05% durante toda la vida de la operación.

Sin un derivado implícito el Banco no habría podido conceder una financiación por un importe de 784.000 € por plazo de 13 de años a un tipo del 5,05%, circunstancia conocida y deseada por los demandantes, si bien que ahora niegan en su demanda.

En consecuencia, BBVA informó, con anterioridad a la formalización notarial del contrato acerca de las características y condiciones del préstamo así como de la cláusula del derivado implícito en incluido en el mismo, que se tomó en consideración para determinar el tipo de interés pactado por los contratantes y de las consecuencias de la cancelación anticipada de la operación

Además de la información precontractual facilitada por los empleados del BBVA durante todo el tiempo que duró la negociación, en la misma escritura intervenida que instrumentó el contrato de préstamo consta toda la información necesaria para el conocimiento del derivado implícito, su carácter de condición esencial y la explicación detallada de que su cancelación puede implicar un coste para el cliente y cómo debe calcularse éste. Sobre todo cuando el coste de cancelación a precio de mercado responde a una previsión legal, art. 9 Ley 41/2007, por lo que no hubo falta de información.

Le informó que las condiciones por las que quería optar exigían la contratación de un derivado implícito y que su función consistía literalmente en convertir una operación a tipo fijo en vez de a tipo variable. Si hubiera sabido la parte demandante la drástica caída que sufriría el Euribor posteriormente, igual hubiera elegido otra opción. No obstante, la falta de realización de las expectativas del cliente no puede asimilarse, como se pretende ahora de adverso, a una falta de consentimiento o a un error invalidante del mismo.

La póliza detalla perfectamente tanto la presencia de un derivado financiero como las consecuencias derivadas de la cancelación anticipada del préstamo. Es decir, dispusieron de toda la información para conocer la existencia del derivado implícito y las consecuencias económicas de la cancelación anticipada. Así se lo manifestó el Defensor del cliente del Grupo BBVA en su respuesta de 6 de octubre de 2017 a la reclamación de 27 de julio de 2017.

Sobre el perfil de las personas que llevaron a cabo la negociación de las operaciones, alega BBVA que en la demanda se insta la declaración de nulidad de 5 operaciones de préstamo suscritos por cinco sociedades y la negociación de las cinco operaciones fue llevada a cabo por dos personas, D. - y D. -. El primero en nombre de los hermanos - (- S.L.U., - S.L.U., - S.L.U.) y D. - en nombre de su hijo D. - (- S.L. y - - S.L.), limitándose la intervención de D. - y Dña - y de D. - a la firma de los contratos en las condiciones previamente negociadas. No obstante, como en realidad se estaban negociando las condiciones para un mismo parque solar había constante intercambio de información entre D. - y D. - ya que ambos compartían los mismos intereses.

Ambas son personas con muy amplia experiencia empresarial y que poseen acreditados conocimientos económicos y financieros, y que empezaron a negociar con el banco varios meses antes a la firma de las pólizas.

Conociendo el perfil empresarial de los negociadores no cabe ninguna duda de que entendieron perfectamente las condiciones de los contratos litigiosos y que negociaron hasta obtener las condiciones más favorables, analizadas las características del negocio fotovoltaico que iniciaban. No cabe duda de que leyeron las pólizas antes de firmarlas

por lo que no tiene ninguna credibilidad que aleguen ahora desconocer tanto la existencia y finalidad del derivado implícito en la fijación de tipo de interés fijo pactado, como las consecuencias de la cancelación anticipada de la operación .

Especialmente destacable de entre las sociedades de las que forma parte D. - es su cargo gerente en la sociedad - S.A. empresa que ha facturado este último ejercicio de 2017 más de 21 millones de euros. Dicha empresa se fundó en 1984 vinculada al mundo contrapesos, maquinaria pesada y derivados de cemento, es proveedora de contrapesos de cementos para lavadoras, ascensores...., con participación en proyectos tan importantes como en la línea férrea de alta velocidad que unirá las ciudades de Medina y La Meca o su participación en la construcción del futuro centro de investigación científica en Suecia Fuente Europea de Neutrones por Espalación (ESS). Basta echar un vistazo a su página web para darse cuenta de la envergadura de la empresa con sucursales internacionales en Italia y recientemente en Polonia y cuya cara visible es D. -.

D. - es una persona de reconocido prestigio empresarial en la zona como en -siendo Vocal de la Cámara de Comercio e Industria de -. A nivel personal tiene un importante patrimonio con amplias posiciones en fondos de inversión y una importante cartera de valores valorada en más de 700.000 €.

Asimismo, destacar que con anterioridad a la suscripción de los contratos litigiosos, D. - formalizó en el año 2006 como representante de - S.A. una póliza idéntica a las que ahora se cuestionan sin haber planteado en ningún momento reclamación o duda o disconformidad con la misma, sino que debió ser una operación plenamente satisfactoria a razón de que formalizaron posteriormente las hoy operaciones litigiosas.

En resumen, tanto D. - como D. -, son unos experimentados empresarios, muy acostumbrados a la contratación de financiación bancaria en sus diversas modalidades (préstamos, leasing, etc.) algo consustancial a la actividad empresarial y, por supuesto, plenamente conocedores de lo que es un tipo fijo y un tipo variable, así como de sus diferencias y posibles consecuencias durante la vida de la financiación y perfectamente conscientes de lo que significa una cancelación de un producto a precio de mercado. Sorprende que personas con dicho perfil empresarial y tal grado de responsabilidad empresarial puedan afirmar que un derivado implícito no tiene ninguna incidencia sobre el tipo de interés nominal pactado o que BBVA les obligara a contratar el derivado implícito en su exclusivo beneficio. BBVA no impuso la contratación del derivado implícito. Todo lo contrario: BBVA ofreció como alternativa para poder ofertar un tipo fijo inferior al 5,25% contratar un préstamo con derivado financiero implícito para mantener fijos los gastos de financiación como ellos demandaban.

Solicita que previos los trámites legales se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada de contrario, absolviendo a BBVA de la totalidad de pedimentos contenidos de la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Las partes litigantes están de acuerdo en que el 31 de enero de 2008

- S.L.U. representada por su administradora Dña. -, - S.L.U., representada por su administrador único, D. -; - S.L.U., representada por su administrador, D. -; - S.L. y - S.L.,

ambas representadas por su administrador único, D. -, instaladas en el parque solar -, suscribieron simultáneamente y en unidad de acto cinco contratos de préstamo con BBVA S.A. (préstamos N° -, N° -, N° -, N° - y N° -, respectivamente, todos ellos documentados en pólizas intervenidas ante la Notaria del Ilustre Colegio de Aragón, Dña. -, Asientos nº -, -, -, - y - respectivamente, del Libro Registro de Operaciones de la referida Notaria.

En dichos contratos, denominados “**PÓLIZA DE PRÉSTAMO CON DERIVADO FINANCIERO IMPLICITO**”, que se acompañan a la demanda (docs. 1, 2, 3, 4, y 5), las litigantes

CONVIENEN

I. Celebrar el presente contrato que se regirá por lo estipulado en las cláusulas que seguidamente se exponen, en virtud del cual el **Banco** concede a la otra parte contratante, **el prestatario**, un préstamo de carácter mercantil por importe de 784.000 euros, cuyas características financieras y estructura de amortización han sido solicitadas expresamente por el prestatario e incorporan de forma implícita una operación de DERIVADO FINANCIERO (tal como aparece definido en la cláusula 4.2 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 tendría 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 4.4 de este contrato.

II. **El prestatario** se obliga a reembolsar al **Banco** el capital prestado y la cantidad que resulte, en su caso, por la cancelación anticipada del DERIVADO FINANCIERO, así como los intereses, comisiones, tributos y gastos, incluso los de carácter judicial, que graven dichas operaciones, hasta su total pago, con arreglo a las siguientes

CLÁUSULAS

Primera.- Entrega

La entrega del total importe del préstamo se realiza mediante su ingreso en la cuenta nº..... que el prestatario mantiene abierta en el Banco, sucursal nº - de - reconociendo el prestatario haber recibido dicho importe.

En concepto de apertura del préstamo y sobre el importe total concedido se devengará una comisión del 1,50%, de una sola vez, en la fecha de firma de este contrato, con un mínimo de 120,20 euros.

El prestatario declara que el préstamo se destinará íntegramente a satisfacer necesidades derivadas de la instalación de planta solar fotovoltaica de 112 Kwp suscrito con - S.A.

Segunda.- Duración y amortización

El préstamo tendrá una duración de 13 años desde esta fecha, por lo que vencerá el día 31 de ENERO de 2021 y se amortizará gradualmente mediante reembolso del principal en 144 cuotas mensuales, calculadas de acuerdo con el sistema francés de amortización cuya fórmula se recoge en el anexo de esta escritura.

La fecha de pago de la primera cuota será el día 28/FEBRERO/2009 y el pago de la última cuota se realizará el día 31/ENERO/2021, coincidiendo con el vencimiento final. Estas cuotas de amortización del principal, así como los intereses, deberán satisfacerse el día de sus respectivos vencimientos.....

Además de las cantidades anteriormente indicadas, ambas partes establecen un período de carencia de amortización de capital e intereses durante los 12 primeros meses de vigencia del préstamo. Los intereses devengados durante dicho período anual se liquidarán de una sola vez el 31.01.2009.

Tercera.- Amortización anticipada

No obstante la amortización del principal recogida en la cláusula anterior, el préstamo concertado podrá ser objeto de amortización anticipada, si así conviniera al prestatario, previa comunicación al Banco con un preaviso de siete Días Hábiles a la fecha en que haya de hacerse efectiva. Dicha amortización podrá ser total o parcial. Las cantidades anticipadas serán aplicadas, en primer lugar y por el siguiente orden, a la satisfacción de intereses, al pago de la liquidación por cancelación del Derivado Financiero, tributos, comisiones y gastos devengados y, en segundo lugar, a la amortización del principal, según el orden natural de las fechas de amortización previstas. En caso de amortización anticipada a solicitud del prestatario, el Banco percibirá, en el momento de efectuarse la misma, una comisión **del 0%**, sobre la cantidad a amortizar.

La amortización anticipada no dará derecho a la devolución de los intereses, tributos, gastos y comisiones satisfechos.

Cuarta.- Intereses y liquidación del Derivado Financiero

4.1. INTERESES ORDINARIOS

4.1.1. Períodos de Interés

A efectos de devengo y liquidación de intereses, el Préstamo se dividirá en sucesivos períodos de interés (en adelante los “**Períodos de Interés**”), que tendrán una duración de 1 mes cada uno.

Cada Período de Interés comenzará el 31 de los meses comprendido entre ENERO 2008 y ENERO 2021 y ambos inclusive, y finalizará el día en que comience el siguiente Período de Interés (la “Fecha de Finalización del Período de Interés”).

4.1.2. Tipo de Interés

4.1.2.1. Devengo y liquidación de intereses

El principal del Préstamo pendiente de amortizar devengará día a día, a favor del Banco, intereses al Tipo de Interés que se establece en el presente Contrato.

Dichos intereses se liquidarán y serán exigibles, sin necesidad de requerimiento, en la Fecha de Finalización de cada Período de Interés (en adelante, también, la **Fecha de Liquidación de Intereses**”).

4.1.2.2. Tipo de interés aplicable

El Tipo de Interés aplicable al principal del préstamo será del 5,05% nominal anual.

4.2. Derivado Financiero

4.2.1. Por “DERIVADO FINANCIERO” se entiende la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 4.1 anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato.

4.2.2. A los efectos previstos en la estipulación 4.4 de este contrato, el interés variable de mercado a que se refiere el apartado 4.2.1. es el Euribor.(Euro Interbank Offered Rate), es decir, el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea, consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de 12 meses y publicado dos Días Hábles Target antes del comienzo de cada Período de Interés, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. Por “Día Hábil Target” se entenderá cualquier día de la semana, excluidos sábados, domingos y los días festivos fijados como tales en el calendario del sistema de pagos en euros Target (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System). Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el Euribor al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada».....

4.3. El carácter de condición esencial del Derivado Financiero.

El tipo de interés que se recoge en el apartado 4.1 anterior y la estructura de amortización pactada en la cláusula Segunda han sido acordadas con el Prestatario en respuesta a una solicitud concreta del mismo. En atención a ello tiene el carácter de condición esencial de este contrato. Cualquier alteración de plazos e importes derivada de una cancelación anticipada (ya sea como consecuencia del vencimiento anticipado del contrato o por la amortización prevista en la estipulación Tercera), total o parcial, del presente préstamo conllevará la cancelación, total o parcial, del Derivado Financiero en el importe equivalente a la cantidad amortizada fuera del plazo previsto en la cláusula Segunda, dando lugar a una pérdida o a una ganancia que se cargará o abonará, respectivamente, en la cuenta del prestatario en la forma prevista en las cláusulas Cuarta y Novena de este contrato, lo que el Prestatario reconoce y acepta expresamente de conformidad con la declaración establecida al final del presente Contrato.

4.4. Liquidación del DERIVADO FINANCIERO por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato.

4.4.1. En los supuestos contemplados en la estipulación 4.3 anterior (vencimiento anticipado y amortización anticipada total o parcial) que implican y conllevan al cancelación, total o parcial del Derivado Financiero, el Banco determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o un beneficio.

4.4.2. Ante cualquier supuesto de cancelación del Derivado Financiero, el Banco comunicará al prestatario el importe que, según los cálculos del Banco, debería éste cobrar del prestatario (expresado con signo positivo) o abonar a dicho prestatario (expresado en signo negativo) por la cancelación anticipada del Derivado Financiero (en lo sucesivo **el Importe Resultante**).

Si el prestatario estuviera de acuerdo con los cálculos realizados por el Banco, el Importe Resultante se abonará o cargará, según corresponda, en la cuenta referida en la estipulación Primera con la fecha valor correspondiente a aquella en que se haga efectiva la citada amortización anticipada a instancias del prestatario o el mencionado vencimiento anticipado por el Banco (la fecha de Cancelación), excepto si la mencionada cuenta no tuviera saldo suficiente para atender la totalidad de la citada cantidad resultante, en cuyo caso la parte no satisfecha se adeudará en una cuenta especial, denominada “CUENTA DE LIQUIDACIÓN DEL DERIVADO FINANCIERO”, la cual devengará a favor del Banco y hasta su completo pago los intereses moratorios previstos en la cláusula Quinta.

Si el prestatario no estuviera de acuerdo con el cálculo del Importe Resultante de la cancelación anticipada del Derivado Financiero realizado por el Banco, lo notificará a éste por escrito, en la Oficina 0759 de EJE A DE LOS CABALLEROS-MURO antes de las 20.00 horas de Madrid del tercer Día Hábil a aquel en el que el Banco le hubiera comunicado dicho cálculo. Si el Banco no recibiera notificación alguna en dicho plazo se entenderá que el prestatario ha aceptado el cálculo realizado por el Banco.

En caso de disconformidad, el Banco solicitará al BANCO ESPAÑOL DE CREDITO (BANESTO), en adelante la “**Entidad de Referencia**”, que le comunique el importe que cobraría (expresado con signo positivo) o que pagaría (expresado con signo negativo) en la Fecha de Cancelación, por llevar a cabo una operación de la misma naturaleza que el Derivado Financiero, que mantuviera el valor económico que para el Banco tendría en dicha fecha el Derivado Financiero implícito en la estructura de intereses de amortizaciones recogida en el presente contrato, de no haberse producido el supuesto de cancelación de que se trate. Si por cualquier circunstancia la **Entidad de Referencia** no pudiese emitir el citado informe, se solicitará el mismo con carácter subsidiario a CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA) y, en su defecto o si concurrieren las mismas causas de imposibilidad a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO.

4.4.3. Determinado el **Importe Resultante** de la cancelación anticipada del **Derivado Financiero** en la forma prevista en el apartado 4.4.2 anterior, las partes procederán a su pago, según hubiera resultado un salo acreedor o deudor para cada una de ellas, en la forma prevista en dicho apartado.

DECLARACIÓN FINAL

“EL PRESTATARIO DECLARA QUE HA SOLICITADO AL BANCO LA PRESENTE OPERACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS QUE SE CONTEMPLAN EN LA MISMA, EN PARTICULAR LAS RELATIVAS AL DERIVADO FINANCIERO IMPLÍCITO EN EL PRÉSTAMO, RECOGIDAS EN LAS ESTIPULACIONES CUARTA. EL PRESTATARIO DECLARA ASIMISMO QUE HA REALIZADO SU PROPIA

VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN OBJETO DE ESTE CONTRATO SOBRE LA CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE SUSCRIBIR EL MISMO, RECONOCIENDO EXPRESAMENTE QUE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO SE AJUSTAN CON SUS OBJETIVOS DE FINANCIACIÓN Y QUE LOS RIESGOS ASOCIADOS AL MISMO SE ADAPTAN A SU PERFIL. ASIMISMO MANIFIESTA QUE HA SIDO INFORMADO DE LAS CONDICIONES Y RIESGOS ASOCIADOS A EVENTUALES ESCENARIOS CAMBIANTES DE TIPOS DE INTERÉS, POR LO QUE ES CAPAZ DE EVALUAR LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES FINANCIEROS DEL CONTRATO Y QUE, EN CONSECUENCIA, ENTIENDE, ASUME Y ACEPTA PLENAMENTE LOS TÉRMINOS, CONDICIONES Y RIESGOS INHERENTES AL MISMO Y A LA OPERACIÓN QUE CONSTITUYE SU OBJETO. ESPECIALMENTE, TANTO EL PRESTATARIO COMO LOS FIADORES ASUMEN Y ENTIENDEN LAS CONSECUENCIAS DE UNA EVENTUAL CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL DERIVADO FINANCIERO IMPLÍCITO EN ESTE PRÉSTAMO, AL QUE SE REFIERE LA ESTIPULACIÓN CUARTA Y ACEPTAN EXPRESAMENTE ESTE EXTREMO, ASÍ COMO LA FORMA DE CÁLCULO DEL MENCIONADO IMPORTE, REFLEJADA EN LA ESTIPULACIÓN 4.4, QUE DECLARAN ENTENDER ÍNTEGRAMENTE.

Tanto el Banco como los fiadores y prestatarios, éstos últimos, obligándose solidariamente entre sí, aceptan el presente contrato en los términos, condiciones y responsabilidades que se establecen en el mismo, recibiendo el prestatario un ejemplar del documento contractual y un folleto, en el que se especifican la fecha de valoración y la tarifa de comisiones, condiciones y gastos aplicables.”

TERCERO.- Sobre la legislación aplicable, la parte demandante considera que el Derivado Financiero Implícito incorporado al Contrato de Préstamo litigioso es un producto complejo. Que por la fecha de realización del contrato, 31 de enero de 2008, y por ser el derivado de tipo de interés un instrumento financiero (art. 2.3 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) la entidad prestamista venía obligada a cumplir con las obligaciones de información y evaluación previstas en los arts. 79 y 79 Bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en la versión posterior a la modificación introducida por la Ley 47/2007, en vigor desde el 21 de diciembre de 2007 diciembre, y también venía obligada por lo dispuesto al respecto en el Real Decreto 629/1993, sobre normas de actuación en el mercado de valores y registros obligatorios, obligaciones de información que incumplió.

Por el contrario, la demandada considera que la legislación que la parte actora invoca no es aplicable al supuesto que nos ocupa. Que en el presente caso no estamos en presencia de un contrato de permuta de tipos de interés independiente de un crédito, que por ello podría quedar sujeto a la supervisión de la CNMV, sino un PRÉSTAMO CON DERIVADO IMPLÍCITO, sujeto a la supervisión del Banco de España, por lo que no le es aplicable la normativa relativa al mercado de valores sino la normativa bancaria.

En el caso de autos, el contrato de préstamo se suscribió el 31 de de enero de 2008, por que le es de aplicación la Ley de Mercado de Valores 24/1988 modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre de 2.007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, que entró en

vigor el 21 de diciembre de 2007, y también el Real Decreto 629/1993, sobre normas de actuación en el mercado de valores y registros obligatorios, derogado por el Real Decreto 217/2008. El art. 2 de la Ley 47/2007 establece:

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

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

El art. 79 bis.8.a) 2º ii) de la misma Ley establece:

No se considerarán instrumentos financieros no complejos los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley.

Por si hubiera alguna duda sobre esta cuestión, la STS 450/2016, de 1 de julio, que se refiere a un supuesto como el que nos ocupa, en el que para la financiación de su participación en los gastos de adquisición, instalación y montaje de una planta de energía solar, el interesado concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo que incluía un derivado financiero, establece en el F.D. TERCERO:

“2. El contrato de préstamo concertado por las partes, en cuanto que incorporaba un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses, y que luego estaba vinculado al coste de la cancelación o amortización anticipada del préstamo, requería respecto de estos extremos el cumplimiento de unos especiales deberes de información por parte del banco. El derivado constituye un producto complejo. De hecho, tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el art. 79 bis 8 a) así lo contempla, pues, cuando establece los requisitos para considerar un producto financiero no complejo, expresamente exige que no sea un producto derivado. Luego a sensu contrario, un derivado es un producto complejo”.

Lo que ratifica en STS 366/2017, de 8 de julio.

Pues bien, el R.D 629/1993, de 3 de mayo, estableció en sus artículos 4, 5 y 16, la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes determinada documentación.

El art. 5 del anexo, establece que: 1). Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos

(...).

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el citado Real Decreto 629/1993, establecía en el art. 9 que las entidades deberían informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos.

Por lo que se refiere a la Ley 47/2007, el art. 79 bis, enunciado como Obligaciones de información, exige a la entidad financiera (art. 79 bis.2) que toda información dirigida los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa un actuar con claridad, imparcialidad y no engañosa y, por tanto, la información que ha de practicarse, ha de implicar que el cliente pueda, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, es decir, que el cliente ha de conocer tales aspectos y decidir si acepta o no la operación.

CUARTO.- Sentado lo anterior, la parte demandante ejercita con carácter principal acción de nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de préstamo de 31 de enero de 2008 suscritos por las demandantes y BBVA de conformidad con lo establecido en el art. 1300 del Código Civil, alegando que debido a la inexistente información sobre el riesgo que representaba para los prestatarios la inclusión de un derivado financiero en las pólizas de préstamo de 31 de enero de 2008, los mismos desconocían que tendrían que asumir un elevadísimo coste por la cancelación del derivado financiero implícito, en caso de cancelación o de vencimiento anticipado del préstamo. Por el contrario, los prestatarios creían legítimamente, a consecuencia de la cláusula tercera de la póliza, que la amortización anticipada del préstamo no conllevaría ningún tipo de comisión, ni penalización. El error padecido por las demandantes respecto al coste de cancelación con antelación del derivado financiero y por ende del préstamo tiene el carácter de esencial y de excusable.

Que el error es esencial para las prestatarias dado que el coste de cancelación del derivado financiero implícito era una condición esencial, pues debido a la expectativa de una rápida generación de ingresos a consecuencia de la explotación de la planta solar fotovoltaica cuya financiación era el objeto del préstamo, sus previsiones eran las de cancelar anticipadamente el préstamo y con ello cancelar también el derivado financiero antes de la fecha de vencimiento prevista para el 31 de enero de 2021.

Que el error padecido por las demandantes respecto a los costes de cancelación del derivado financiero, vinculados a la cancelación simultánea del préstamo es excusable, puesto que la demandada se veía obligada a informar de manera suficiente sobre el riesgo de que el valor de mercado del derivado implícito fuese muy elevado, de qué circunstancia dependía ese riesgo y como podía afectar dicho riesgo al coste de la cancelación, de manera que las prestatarias tuvieran una referencia aproximada de cuánto podría costarles la cancelación y el riesgo que con ello asumían.

Por tanto, la consecuencia del error vicio del consentimiento ha de ser la nulidad total del contrato de préstamo en que se incorpora el derivado financiero implícito, con la consecuencias restitutorias inherentes al art. 1303 del Código Civil.

El art. 1300 del Código Civil establece que los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley

Por tanto, no se ejercita acción de nulidad de pleno de derecho, sino acción de nulidad relativa o anulabilidad.

El art. 1261 del Código Civil establece como requisitos esenciales para la validez de los contratos: 1º) Consentimiento de los contratantes. 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º) Causa de la obligación que se establezca.

El art. 1262 del mismo Texto Legal, refiriéndose al primero de los requisitos, dice que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato

Disponiendo el art. 1265 que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Y el art. 1266 establece en su párrafo primero que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

En la ya citada STS 450/2016, de 1 de julio, el contrato de préstamo que incluye un derivado financiero, al que se refiere, consta en el F.D: PRIMERO:

“El contrato de 25 de septiembre de 2007 contenía la siguiente cláusula sobre el derivado financiero concertado:

«4.2. Derivado Financiero

»4.2.1. Por “Derivado Financiero” se entiende la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 4.1 anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato.

»4.2.2. A los efectos previstos en la estipulación 4.4. de este contrato, el interés variable de mercado a que se refiere el apartado 4.2.1. es el Euribor (Euro Interbank Offered Rate), es decir, el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea, consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de 12 meses y publicado dos Días Hábles Target antes del comienzo de cada Período de Interés, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. Por “Día Hábil Target” se entenderá cualquier día de la semana, excluidos sábados, domingos y los días festivos fijados como tales en el calendario del sistema de

pagos en euros Target (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System). Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el Euribor al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada».

La cláusula 4.4 era la relativa a la cancelación del derivado financiero, y es del siguiente tenor literal:

«4.4. Liquidación del Derivado Financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato.

» 4.4.1. En los supuestos contemplados en la estipulación 4.3 anterior (vencimiento anticipado y amortización anticipada total o parcial) que implican y conllevan la cancelación, total o parcial, del Derivado Financiero, el Banco determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o beneficio.

»4.4.2. Ante cualquier supuesto de cancelación del Derivado Financiero, el Banco comunicará al prestatario el importe que, según los cálculos del Banco, debería éste cobrar del prestatario (expresado con signo positivo) o abonar a dicho prestatario (expresado con signo negativo) por la cancelación anticipada del Derivado Financiero (en lo sucesivo, el Importe Resultante).

Si el prestatario estuviera de acuerdo con los cálculos realizados por el Banco, el Importe Resultante se abonará o cargará, según corresponda, en la cuenta referida en la estipulación Primera con la fecha valor correspondiente a aquella en que se haga efectiva la citada amortización anticipada a instancias del prestatario o el mencionado vencimiento anticipado por el Banco (la Fecha de Cancelación), excepto si la mencionada cuenta no tuviere saldo suficiente para atender la totalidad de la citada cantidad resultante, en cuyo caso la parte no satisfecha se adeudará en una cuenta especial, denominada “Cuenta de Liquidación del Derivado Financiero”, la cual devengará a favor del Banco y hasta su completo pago los intereses moratorios previstos en la cláusula Quinta.

»Si el prestatario no estuviera de acuerdo con el cálculo del Importe Resultante de la cancelación anticipada del Derivado Financiero realizado por el Banco, lo notificará a éste por escrito, en la Oficina 6668 de Manacor-Estacio, antes de las 20.00 horas de Madrid del tercer Día Hábil a aquel en el que el Banco le hubiera comunicado dicho cálculo. Si el Banco no recibiera notificación alguna en dicho plazo se entenderá que el prestatario ha aceptado el cálculo realizado por el Banco.

»En caso de disconformidad, el Banco solicitará a Banco Español de Crédito (Banesto), (en adelante, la “Entidad de Referencia”), que le comunique el importe que cobraría (expresado con signo positivo) o que pagaría (expresado con signo negativo) en la Fecha de Cancelación, por llevar a cabo una operación de la misma naturaleza que el Derivado Financiero, que mantuviera el valor económico que para el Banco tendría en dicha fecha el Derivado Financiero implícito en la estructura de intereses y amortizaciones recogida en el presente contrato, de no haberse producido el supuesto de cancelación de que se trate. Si por cualquier circunstancia la Entidad de Referencia no pudiese emitir el citado informe, se solicitará el mismo con carácter subsidiario a Caja de Ahorros y Pensiones

de Barcelona (La Caixa) y, en su defecto o si concurrieren las mismas causas de imposibilidad, a Banco Santander Central Hispano.

» 4.4.3. Determinado el Importe Resultante de la cancelación anticipada del Derivado Financiero en la forma prevista en el apartado 4.4.2. anterior, las partes procederán a su pago, según hubiere resultado un saldo acreedor o deudor para cada una de ellas, en la forma prevista en dicho apartado».

Esta cláusula 4.4 relativa a la cancelación del derivado financiero, es de idéntico contenido a la cláusula 4.4 de los contratos de préstamos litigiosos, transcrita anteriormente.

Se establece en el F.D.TERCERO de la misma Sentencia:

4. Correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente, en este caso al administrador de la sociedad XXX, S.L., sobre las características del derivado financiero y, sobre todo, de los concretos riesgos que conllevaba, así como de las implicaciones que podía tener respecto de la amortización anticipada del préstamo, en concreto, en relación con el coste de dicha cancelación.

Ha quedado probado con la testifical de Leonor, directora de la oficina del banco que intervino en la concertación de este producto, que hubo alguna reunión previa a la firma del contrato. Consta también, por la documentación aportada con los escritos de alegaciones (documento nº 1 de la demanda), que entre la información previa se encontraba el folleto informativo y la oferta, ideada expresamente para quienes deseaban participar en el proyecto de inversión en energía solar fotovoltaica Generación Fotovoltaica, S.L. entre los que se encontraba Benigno.

En este folleto-oferta de financiación se ofrecía a los inversionistas, en el marco de precio total de la inversión de 669.600 euros, una financiación bancaria de 619.200 euros. El precio de la financiación que se ofrecía variaba, según se optara por un leasing o un préstamo a interés fijo (al 5,39%) o por un leasing o préstamo con un interés que se denominaba fijo bonificado. Este último interés, respecto del que se constituyó el derivado, consistía, tal y como está ofertado en lo siguiente: el tipo a aplicar era el 5,05% para toda la vida del leasing (o préstamo), siempre que el Euribor no superase el 5,25%; sólo en este caso (si superaba el 5,25%), el interés aplicable sería el Euribor a 12 meses más el 0,20%.

En dicho folleto-oferta, se volvía a explicar a continuación en términos muy claros y con una letra en la que la información relevante se resaltaba en negrita, las dos posibilidades que se ofertaban (o tipo fijo de 5,45%, o tipo fijo de 5,10% si el Euribor no superaba el 5,25%, y en este caso se aplicaría el Euribor más el 0,20%), y se comparaba con otras posibilidades, que el banco no ofrecía, como era el tipo variable referenciado al Euribor más un diferencial del 0,60%. En ese caso se hacía referencia a un Euribor a 12 meses al 4,50%.

En este caso, lo expuesto en la oferta, sobre la que versó la reunión previa que tuvo el cliente con Leonor, se adecuaba a una explicación clara y comprensible de cómo operaba el derivado y, en concreto, los efectos o consecuencias del mismo respecto de

la determinación del interés aplicable al préstamo concertado, sin perjuicio de que los tipos de referencia variaron en el contrato firmado, en el siguiente sentido: se aplicaría el Euribor a 12 meses correspondiente a la fecha de inicio del periodo de interés, siempre que fuera igual o inferior al 5,50%; y, caso de ser mayor, el Euribor a 12 meses más el 0,25%.

Por lo tanto, debemos concluir que respecto del derivado implícito había existido información suficiente, adecuada para su grado de complejidad, que no era mucho.

Pero el defecto de información radicaba sobre la liquidación del derivado y su incidencia en caso de amortización del préstamo. Leonor reconoció, durante su interrogatorio, que la información oral suministrada con carácter previo a la firma del contrato no alcanzó a este extremo. Sin perjuicio de que para ella la cláusula contractual era clara, en la medida en que el coste de la liquidación no podía preverse de antemano, pues el derivado estaba sujeto a una cotización. El folleto informativo-oferta nada explicaba al respecto. Y la mera lectura de la cláusula 4.4 no permite hacerse una idea de los costes concretos que podían llegar a representar en caso de amortización anticipada.

5. Jurisprudencia sobre el error vicio. Antes de analizar la incidencia del incumplimiento del deber de información reseñado (sobre el coste de cancelación del derivado en caso de amortización anticipada del préstamo) sobre el error vicio, conviene traer a colación la jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros complejos se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»El art. 1266 CC dispone 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.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»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»

6. *En este caso debemos entender que la falta de información afectaba a un elemento, los eventuales costes de la cancelación anticipada en caso de amortización del préstamo, que podía tener la consideración de esencial, respecto del cual el defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto que, de conocer ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero.*

Es cierto que, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error, que debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del derivado financiero, en concreto, los eventuales costes que puede generar en caso de cancelación anticipada. La imposición a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el derivado financiero contratado por las partes, del deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. «Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero» (Sentencia 359/2016, de 1 de junio).

7. *En otras ocasiones hemos admitido que, como en el presente, el error pudierarecaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba.*

Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (por ejemplo, Sentencia 90/2016, de 19 de febrero).

Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle.

Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre). Esta argumentación referida a otro producto financiero complejo, es aplicable en el presente caso al derivado financiero incluido en el contrato de préstamo.

De este modo, el error sustancial y relevante sobre los riesgos derivados de la liquidación anticipada del derivado financiero vició de nulidad el contrato de financiación en el que se incluyó este derivado. Se trata de un error inexcusable, porque existía un deber de información sobre este extremo que no consta fuera cumplido por la entidad financiera.

8. En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación formulada por el demandante, revocar la sentencia de primera instancia y declarar la nulidad por error vicio del contrato de 25 de septiembre de 2007, e imponer a las partes la obligación de restituirse los pagos derivados de dicho contrato.

En el caso de autos, **D. -** que contestó al interrogatorio como persona conocedora de los hechos, en representación de BBVA, declaró que era el Director de la oficina cuando se firmaron las pólizas. Intervino en la comercialización y negociación de las pólizas. - y -son dos de los clientes del declarante, son dos familias muy importantes en el mundo empresarial. Presentaron el Proyecto del parque fotovoltaico de -, con una inversión de unos 5 millones de euros, prácticamente traían todo hecho, era un proyecto llave en mano, les quedaba por solucionar el tema de la financiación. El proyecto que presentaban era adecuar la amortización del préstamo con la generación y venta de la luz. Les ofreció el declarante interés a tipo fijo y a tipo variable. La familia - ya tenía experiencia. Durante los 10 a 12 primeros años no les iba a rendir nada, a partir del 13 iban a tener ingresos, era como un plan de pensiones. Como clientes muy buenos, les ofrecieron la financiación, eligieron tipo fijo del 5,05% con lo cual se aseguraban las cuotas, las 144 cuotas, mediante un derivado implícito. Son clientes de elevada rentabilidad para el Banco, son 2 de los 5 grupos importantes de -, tenían por todo esto gran capacidad de negociación. Las negociaciones eran verbales y por la cuantía de los préstamos la negociación fue larga, duró meses. Ellos solicitaban las mejores condiciones económicas, tenían fijado todo en el proyecto de ingeniería que presentaron, el único aleatorio era el tipo de interés. El Euribor iba subiendo y era lo que querían establecer. El Banco podía ofrecer un tipo fijo de 5,05% y 144 cuotas del mismo importe, pero con ese derivado, ellos conocían esto, tenían experiencia. Se comentaban todos los riesgos. Ellos empiezan a preguntar por la comisión de apertura, etc., son empresarios. Lo primero es que los Clientes presenten el proyecto y el declarante explica el tipo de financiación, el Banco evaluaba los riesgos como vandalismo, que los Clientes aseguraban, y el cambio del precio por el Gobierno, como sucedió después que lo bajó. A demanda de los Clientes les dio opciones como ha dicho anteriormente, ellos querían un préstamo a tipo fijo, querían fijar la cuota, las condiciones las ponen los Clientes, el Grupo. Les ofreció un 5,05 % y con derivado. Si quieren amortizar el préstamo

anticipadamente tienen que asumir la pérdida o ganancia en esa fecha. Los tipos caen. Si quieres amortizar antes tienes que asumir el derivado. No recordaba ningún documento de simulación. Estuvo el declarante en esa Oficina desde 2006 a 2012, y no fueron las demandantes a nada. La negociación pudo durar de 3 a 4 meses. La comisión por estudio fue 0% € y también 0% € la comisión por amortización anticipada. El Banco también ve que los Clientes tienen mucha solvencia, por eso las condiciones son tan buenas. Los Clientes lo tenían perfectamente analizado, tienen hasta Departamento de I + D, son grandes empresarios. Tenían el tipo del 5,05 % con el derivado, también estaba el Notario. En esa fecha el Euribor subía y las previsiones eran al alza, a los Clientes les preocupaba, por eso querían un tipo de interés fijo. Sabían que si cancelaban el préstamo anticipadamente, tendrían que asumir el coste, positivo o negativo, al precio de mercado del derivado, esto no les preocupaba, esa cancelación es voluntaria de las demandantes.

Por lo que se refiere a D. -, Apoderado de la demandada, declaró que era Gestor, su intervención fue mínima, fue ratificar las pólizas con un poder.

El representante legal de la codemandante - S.L.U., D. -, declaró que era el firmante de una de las pólizas. El declarante fue a pedir condiciones a varias entidades bancarias. Se le ocurrió a la familia. De hecho, les pidieron un campo para poner placas fotovoltaicas, luego no las pusieron, entonces se preguntaron por qué no las ponían ellos. Faltaba financiación para el proyecto hecho por una ingeniería. Los tipos de interés estaban subiendo, quería un tipo fijo para no tener sobresaltos. Les habló el Banco de un tipo de interés y no hablaron de derivado, llevaron la póliza al Notario casi sin poder verla, tuvieron que discutirla en el Notario, y había premura en firmarla porque la -les decía que si no firmaban el Gobierno no les pagaría las primas de ese año. Luego el Gobierno del PSOE bajó el precio y luego el del PP. Todos los años tenían que poner dinero. Entonces fueron al Banco a renegociar, le daban largas, habló con -, entonces le hablan del derivado. No le dejaron leer la póliza, la llevaron al Notario. Llevan muchos años negociando con el BBVA, era su Banco de referencia. El declarante es Gerente de - S.L. El Notario leyó las condiciones de la Póliza. El declarante no sabe lo que es un derivado. Nunca ha querido operar con cosas que no conoce. BBVA gestiona sus carteras. Negociaron la operación al 5,05% de interés fijo, la comisión de amortización era 0% € pero cuando fueron a renegociar no le hicieron caso, y luego cuando fue su cuñado dijeron que quitar el derivado costaba unos veintitantos mil o treinta mil euros, entonces es cuando decidieron interponer la demanda. Nunca le ha interesado este tipo de financiación porque es para especialistas. Les dieron las condiciones de la póliza, fueron las mejores de los tres bancos que solicitaron y se le agradecen a la demandada. No les dijeron nada del derivado. No recuerda coste de cancelación, ha visto que ponía 0%. No hicieron ninguna simulación. La póliza la llevaron al Notario, éste lee el tipo de interés, plazo de devolución, algún gasto.

Debe señalarse que está acreditado (doc. 12 contestación, fs. 366 y ss.) que D. - en nombre y representación de - S.L. suscribió el 8 de marzo de 2006 con BBVA S.A. una Póliza de Préstamo con Derivado Financiero Implícito, por importe de 388.500 €, con una duración de 7 años, hasta el 8 de marzo de 2013, con un tipo de interés aplicable para toda la duración del préstamo del 3,95% nominal anual, siendo el clausulado de dicha Póliza prácticamente de igual contenido que el de las pólizas de préstamo litigiosas. El Sr. - declaró en el juicio en relación con este préstamo, que es uno de los muchos

suscritos con la demandada, se pagaron las cuotas, cuando su Abogado le dijo que había un derivado fue su sorpresa. Está acreditado que este préstamo se amortizó en el plazo pactado, aportándose (doc. 19, f. 479) las notas de cargo de las tres últimas cuotas, por lo que hubo cancelación anticipada, desconociéndose como se comercializó este préstamo con un derivado financiero implícito.

D. -, avalista solidario, además de otras personas, de los contratos de préstamo con derivado implícito N° - (f. 56 vto.) y N° - (f. 71 vto.) suscritos por - S.L. y - S.L., respectivamente, ambas representadas por su administrador único, D. -, hijo de D. -, declaró que es amigo de -. En un principio les fue una Compañía que montaba parques eólicos, querían arrendarles la finca, lo estudiaron pero luego al lado había una balsa con aves protegidas y la Diputación General de Aragón dijo que no se podía. La Compañía desistió y entonces con- decidieron montarlo. Fueron a otros Bancos, aunque BBVA es siempre su Banco de referencia, con el que más trabajan. Llevaron el estudio de la Ingeniería. Firmaron la póliza pensando que los números del proyecto daban pero luego el Gobierno recortó. Cuando llegaron al acuerdo con BBVA, el declarante siempre ha dicho al negociar con BBVA comisión 0% de amortización anticipada y así se quedó, confió plenamente en la entidad. El tipo fijo que ofrecieron otras entidades no tenía mucha diferencia. No tiene experiencia en pólizas complejas, es un hombre del campo. No ha tenido capacidad de negociación en la financiación No tenía idea que existía un derivado.

El testigo D. -, empleado de BBVA que intervino en el desarrollo de dichos contratos, declaró que llegó a esa oficina en el año 2011, cuando estos contratos ya estaban en marcha. En 2014 tuvo relación con D. - y D. - por sus empresas. En 2014 se interesaron por la modificación de esos contratos, les dijo el declarante que no se podía hacer, entonces se trató de cancelar y hacer otra financiación con los tipos de entonces. No se hizo nada. En 2016 se volvió a tratar de lo mismo. El declarante se fue en 2018, los préstamos seguían y pagándose. Ellos querían bajar, querían nuevas condiciones. En este caso llevaban los contratos un derivado y para saber el precio de cancelación tenía que pedir cotización al mercado. La primera vez que solicitaron cancelación, el coste era alto. No demandaron entonces ni hasta ahora. En la póliza de préstamo ponía que llevaba un derivado implícito. Son clientes importantes de la esa oficina. Habían tenido otras pólizas con derivados tanto D. - como D. -. De lo que sabe el declarante, las inversiones que hacen no son de las que el Banco llama de perfil conservador. Primero pidieron la modificación de las condiciones a la baja de interés, el declarante les ofreció al alternativa de cancelar, como ha dicho, dijeron ellos que el importe era importante. Era el único coste porque la comisión de cancelación era 0%. Se contrató un producto por la subida de tipo de interés que a partir de un momento bajó.

Está acreditado por el Informe -referido a D. - (doc 5, fs. 282 a 287) y a D. - (fs. 289 a 296), así como (doc. 6, fs. 298 y ss)) del informe de auditoría de cuentas anuales de la empresa - S.L., del ejercicio 2017, del Informe de Riesgos de BBVA de dicha mercantil (doc. 7, 332 y SS.), de la que es Gerente D. - (docs. 8 y 10, fs. 345 y 346 y fs. 355 y ss.) y de los proyectos en los que participado dicha mercantil (doc. 9, fs. 348 y ss.), que ambos tienen un relevante perfil empresarial, lo que no acredita que tengan conocimientos especializados en este tipo de productos complejos y de riesgo, constando (f. 355) la formación de D. - en la Universidad de- es de Ingeniería Técnico

Industrial, Especialidad Estructuras, sin que conste referencia alguna en relación con la formación del Sr. -.

Por lo que se refiere al coste de cancelación del derivado financiero implícito incorporado a cada uno de los préstamos litigiosos, a fecha 15/05/2017 ascendía a la cantidad de 27.280,44 € (docs. 6, 7 y 8 demanda, fs. 84 a 86) y en fecha 27/03/2019 a la cantidad de 7.284,97 €, según valoración aportada por la demandada (fs. 482 a 484).

Valorando las pruebas practicadas y teniendo en cuenta la citada STS 450/2017 de 1 de julio, se considera probado que en las conversaciones y negociaciones previas a la contratación de los préstamos litigiosos mantenidas por D. - y D. - con el Director de la Oficina - del BBVA, en -, D.-, el Sr. -explicó e informó de forma clara, comprensible y suficiente acerca de la incorporación a los contratos del derivado financiero implícito y la finalidad del mismo a los efectos de determinación del interés fijo del 5,05%, aplicable al préstamo, que era inferior al 5,25% que se aplicaba en el proyecto redactado por - S.L..presentado por la parte demandante.

Por el contrario, no se ha acreditado que la demandada informase sobre la liquidación del derivado en el supuesto de que la parte demandante estuviera interesada en dicha cancelación anticipada, como ha sucedido, declarando en el juicio el Sr. - que no recordaba ningún documento de simulación, los clientes sabían que si cancelaban el préstamo anticipadamente, tendrían que asumir el coste, positivo o negativo, al precio de mercado del derivado, esto no les preocupaba, esa cancelación es voluntaria de las demandantes. Debido a este déficit de información, las mercantiles demandantes no pudieron hacerse un cabal juicio del riesgo que suponía la cancelación anticipada del derivado financiero implícito incorporado a los contratos de préstamo por desconocer cuál podría ser el coste de la misma, padecieron un error sustancial y excusable que les indujo a dar un consentimiento viciado, por lo que conforme a lo dispuesto en los artículos 1265 y 1300 del Código Civil, procede declarar la nulidad de los cinco Contratos de Préstamo con Derivado Financiero Implícito suscritos por las sociedades mercantiles demandantes y BBVA el 31 de enero de 2008, por importe cada uno de ellos de 784.000 €.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 1303 del Código Civil, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses.

En consecuencia, se condena a la demandada a restituir a las demandantes íntegramente las cantidades por ellas satisfechas en concepto de cuotas de amortización e intereses de los contratos de préstamo declarados nulos así como en concepto de comisión de apertura, con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos, descontando de la suma de estas cantidades el capital recibido por los prestatarios en concepto de préstamo, también con sus correspondientes intereses legales, operaciones que se liquidarán en ejecución de sentencia.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, procede imponer las costas a la demandada.

Por lo expuesto,

FALLO

Estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dña. - en nombre y representación de - S.L.U., - S.L.U., - S.L.U., - S.L. y - S.L. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.:

Declaro nulos por vicio en el consentimiento los cinco Contratos de Préstamo con Derivado Financiero Implícito suscritos el 31 de enero de 2008 por las mercantiles -.

En consecuencia, se condena a la demandada a restituir a las demandantes íntegramente las cantidades por ellas satisfechas en concepto de cuotas de amortización e intereses de los contratos de préstamo declarados nulos así como en concepto de comisión de apertura, con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos, descontando de la suma de estas cantidades el capital recibido por los prestatarios en concepto de préstamo, también con sus correspondientes intereses legales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

El plazo indicado para recurrir esta resolución queda **ampliado en otros VEINTE DÍAS hábiles más**, al resultar aplicable en este caso lo previsto en el apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4749 0000 00 0723 18, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15.ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación

de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los **plazos** establecidos en esta resolución se encuentran **suspendidos**, al no tratarse de un asunto urgente.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Bilbao, a catorce de mayo de dos mil veinte.