



Roj: **SAP M 3188/2022 - ECLI:ES:APM:2022:3188**

Id Cendoj: **28079370122022100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **305/2021**

Nº de Resolución: **104/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0066812

Recurso de Apelación 305/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 366/2017

DEMANDADO/APELANTE: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA)

PROCURADOR Dña. ANA LLORENS PARDO

DEMANDANTE/APELADO: **ESQUILVENT** SL

PROCURADOR Dña. ESTHER ANA GOMEZ DE ENTERRIA BAZAN

PONENTE: **ILMA. SRA. Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

SENTENCIA N° 104

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. JOSE MARIA TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a ocho de marzo de dos mil veintidós.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 366/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº 305/2021 en los que aparece como **parte demandada-apelante** BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA) representada por la Procurador Dña. ANA LLORENS PARDO, y de otra, como **parte demandante-apelada** **ESQUILVENT** SL, representado por la Procurador Dña. ESTHER ANA GOMEZ DE ENTERRIA BAZAN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18/11/2019.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. **Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 18/11/2019, cuyo fallo es del tenor siguiente: **FALLO:** Debo estimar y estimo íntegramente la demanda de juicio ordinario interpuesta por la mercantil **ESQUILVENT**, S.L. (con representación técnica de DOÑA ESTHER-ANA GÓMEZ DE ENTERRÍA BAZÁN); frente a la entidad financiera BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (actuando por medio de DOÑA ANA-MARÍA LLORENS PARDO), y en su virtud:

PRIMERO.- (i) Declaro la nulidad del contrato de cobertura perfeccionado por las partes el 14 de julio de 2010; y (ii) condeno a la entidad demandada a devolver a la actora todas las cantidades abonadas por ésta en aplicación del mismo, de igual manera que los intereses generados desde que aquellos abonos tuvieron lugar.

SEGUNDO.- Condeno a la entidad financiera demandada al pago de las costas devengadas por el presente proceso."

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA) se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte que se opuso, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 2 de marzo de 2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado, por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- Se interpone recurso de apelación por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. frente a la Sentencia estimatoria de las pretensiones de **ESQUILVENT**, S.L. instando la anulabilidad por vicio en el consentimiento del contrato de cobertura "Collar coste Cero", perfeccionado por las partes el 14 de julio de 2010; condenando a la entidad demandada a devolver a la actora todas las cantidades abonadas por ésta en aplicación del mismo, de igual manera que los intereses generados desde que aquellos abonos tuvieron lugar con las consecuencias previstas en el art. 1.303 CC, aclarando por auto de fecha 13/02/2020, que precisa que se devengan intereses compuestos, imponiendo las costas a la entidad demandada.

TERCERO.- CADUCIDAD DE LA ACCION

La representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., apela la desestimación de la caducidad de la acción de nulidad por el Juzgador de Instancia.

La sentencia del TS de fecha 18 de mayo de 2021, en el caso de un producto como en el que nos ocupa "Collar coste Cero", considera que en la determinación del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años, al que se refiere el art. 1301 del CC, de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento en los contratos de permuta financiera, tal cuestión ha sido definitivamente zanjada, tras la **sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero**, en la que se señala:

"A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato.



Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés [...].

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301. IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

La precitada doctrina es reiterada por las sentencias 720 y 722/2018, de 19 de diciembre; 3/2019, de 8 de enero; 108/2019, de 19 de febrero; 162/2019, de 14 de marzo; 238/2019, de 24 de abril; 288 y 290/2019, de 23 de mayo; 343/2019, de 13 de junio; 346 y 347/2019, de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio, 604/2019, de 12 de noviembre; 114/2020, de 19 de febrero; 271/2020, de 9 de junio; 272/2020, de 9 de junio; 274/2020, de 10 de junio; 523/2020, 526/2020 y 527/2020, de 14 de octubre; 588/2020, de 10 de noviembre y 670/2020, de 11 de diciembre, entre otras muchas.

Por ello, si tenemos en cuenta que la fecha de vencimiento del producto contratado es de 14/1/25, y la interposición de la demanda, en fecha 17/4/17, no se ha infringido lo dispuesto en el art. 1301 del CC en su aplicación por la Audiencia Provincial, lo que conduce a que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 218.2 DE LA LEC .

La representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., denuncia la vulneración del art. 218.2 de la LEC por falta de valoración de las pruebas practicadas, remitiéndose a resoluciones judiciales o arbitrales que anulan otras operaciones de la actora.

En esta alzada procede fijar previamente los siguientes hechos:

- **ESQUILVENT** SL, para la construcción de tres parques eólicos como financiación suscribió el 14 de julio de 2010, un crédito sindicado con la entidad demandada BBVA, BANCO SABADELL, CAIXABANK, BANESTO actualmente SANTANDER e ICO.
- Los citados bancos exigieron la suscripción de un contrato de cobertura de tipos de interés, suscribiendo **ESQUILVENT**, el mismo día que el contrato de crédito, un contrato de cobertura Collar Coste Cero con cada uno de los bancos citados.
- **ESQUILVENT** está participada de forma mayoritaria por VAPAT, **compañía propiedad de D. Gustavo** , formando parte de esta PARQUES EÓLICOS SAN LORENZO SLU, BAJOS EÓLICA SL, HORNIJA EÓLICA SL, CYL y **ESQUILVENT** SL, **siendo este señor quien en el tráfico mercantil representó** a todas esas compañías y la persona que suscribió en nombre de **ESQUILVENT** los contratos de cobertura de la misma tanto con Banesto -objeto de autos- como con CAIXABANK, como también el suscrito por CYL con CAIXABANK. La demandante esgrime que los contratos de cobertura suscritos por las diferentes compañías con cada banco son idénticos al de autos.
- El 11.11.2016 recayó un laudo arbitral declarando la nulidad de la suscripción del contrato "Collar Coste Cero" suscrito entre CYL Energía Eólica y CAIXABANK el 8.8.2011.
- El 6.3.207 otro laudo arbitral declaró la nulidad del Collar Coste Cero suscrito entre **ESQUILVENT** Y CAIXABANK (suscrito el mismo día 14.7.2010 y con iguales condiciones al de autos).
- El 14 de junio de 2018 otro laudo arbitral declaró la nulidad de los Collar Coste Cero suscritos por BAJOS EÓLICA SL Y HORNIJA EÓLICA SL el 26.3.2010 con CAIXABANK el 26 de marzo de 2010.
- El 18.2.2019 la AP de Madrid, Sección 18ª, estimando un recurso de apelación, declaró la nulidad del contrato "Collar Coste Cero" suscrito el 21 junio de 2007, entre PARQUES EÓLICOS SAN LORENZO y B. SABADELL.
- El 9 de mayo de 2019 la Sección 8ª de la AP de Madrid, confirmó la declaración de nulidad del Collar Coste Cero suscrito el 8 DE AGOSTO DE 2011 ENTRE CYL Energía Eólica y BBVA.
- El 20 de julio de 2021, la Sección 9ª de la AP de Madrid, confirmó la declaración de nulidad del Collar Coste Cero suscrito el 14 de Julio de 2010 entre BANCO BANESTO, S.A. y **ESQUILVENT**.



- El 24 de septiembre de 2021, la Sección 11ª de la AP de Madrid, confirmó la declaración de nulidad del CONTRATO DE COBERTURA Collar Coste Cero, suscrito el 14 de Julio de 2010 entre BANCO DE SABADELL, S.A. y **ESQUILVENT** y el CONTRATO MARCO de OPERACIONES FINANCIERAS de la misma fecha.

-El 6 de octubre de 2021, la Sección 18ª de la AP de Madrid, confirmó la declaración de nulidad del contrato de cobertura Collar Coste Cero, suscrito el 8 de agosto de 2011 entre CYL ENERGÍA EÓLICA SLU y BANCO DE SABADELL SA.

- Consta en autos que la CNMC, mediante denuncia formulada por VAPAT SLU, abrió expediente sancionador a los cuatro bancos citados, acordando en resolución de 13.2.2018 la imposición de sanción a los citados bancos por infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, al **apreciar una actuación concertada dirigida a la fijación del precio, por encima de las condiciones de mercado, de los Derivados utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés asociado a créditos sindicados en la financiación de proyectos**. Resolución objeto de recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

QUINTO.- FALTA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS POR REMISION A OTRAS RESOLUCIONES.

Sentado lo anterior, ante las alegaciones contenidas en el primer motivo de su recurso relativas a que sentencia apelada, sustenta sus conclusiones en sentencias y autos dictados en procedimientos anteriores, no efectuando valoración alguna de la prueba practicada a instancia de la demandada e incurriendo la misma en falta de motivación, puesto que existe prueba suficiente sobre que el Sr. Gustavo conocía el funcionamiento del producto que contrataba.

Debemos partir, tal y como hizo la sentencia de la sección 9ª de esta Audiencia de fecha 20 de julio de 2021, de las siguientes consideraciones aplicables al presente caso, como es el hecho que la propia parte apelante reconoce que el Sr. Gustavo obtuvo de los bancos financiación sindicada idéntica a la obtenida para **Esquilvent**, contratando cobertura de tipos de interés en el año 2007 (primer proyecto) mediante un Collar Coste Cero, operación idéntica a las realizadas el 26 marzo de 2010 para los parques eólicos de Bajoz y Hornija, como que en julio 2010 "se repitió el mismo esquema para el parque eólico de **Esquilvent** siendo innecesario negociar nuevos términos, suscribiéndose en todas las operaciones un collar coste cero".

Debemos considerar que el dictado de varias sentencias y laudos recaídos sobre los contratos Collar Coste Cero suscritos entre **ESQUILVENT** SL y otras entidades, la entidad demandada BBVA, y con otros bancos BANCO SABADELL, CAIXABANK, BANESTO actualmente SANTANDER e ICO, no tiene efecto de cosa juzgada alguna, respecto a la nulidad pretendida del Collar Coste Cero objeto de autos suscrito entre las partes litigantes el 14.7.2010, de hecho la sentencia no lo aplica.

Esto es, en el presente procedimiento deberá y así se hizo, dilucidarse primeramente si el consentimiento prestado por el Sr. Gustavo a la suscripción del Collar Coste Cero con Banesto el 14 de julio de 2010, padeció de vicio que conduzca a considerar nulo el mismo. Sin perjuicio de ello, dichas resoluciones precedentes, sí que pueden tener un efecto reflejo en el presente procedimiento en tanto en cuanto afirmasen un hecho que pudiese constituir materia en el presente, como lo sería el que en aquellas se considerase que los bancos que ofrecieron de forma sindicada la financiación a las empresas de VALPAT, al ofrecer un contrato de cobertura de tipos de interés se hubieren concertado para ofrecer un valor al Floor que incorporase un margen o spread de forma oculta, esto es, lejos del valor de mercado.

Efecto reflejo que el TS viene considerando, en ST como la de 20 de junio de 2017, con cita de otras como las de 25 de mayo y 30 de diciembre de 2010, o las de 11 de enero de 2012 y 31 de mayo de 2017, considerando que la jurisprudencia "admite que, además de la cosa juzgada en sentido positivo, las sentencias firmes puedan producir en un ulterior proceso un efecto distinto, conocido como efecto "indirecto o reflejo", que es que deriva de contener la afirmación de un hecho destinado a integrar el supuesto de una relación jurídica en la que es parte un tercero y constituye la materia de un posterior proceso".

Criterio también contenido en la sentencia del TS de 25 de mayo de 2010: " admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada , produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados en el caso de que sean determinantes del fallo...Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y...".

SEXTO.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN, Y EN LO QUE AFECTA AL VICIO DE CONSENTIMIENTO. DOCTRINA.

La representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., denuncia error en la valoración de la prueba, al no haber incumplimiento de obligaciones de información, ni vicio de consentimiento excusable sobre las características esenciales de la cobertura, y que aunque lo hubiera habido, las características de la actora excluyen el posible error, dado que reunía las características para ser calificada como profesional a efectos de MIFID, pues contaba con conocimientos y experiencia previa, asesores y la presencia de GAMESA en su accionariado. Sosteniendo que la sentencia yerra al justificar el supuesto vicio de consentimiento en un supuesto desconocimiento del margen, que figuraba en los Term Sheet, y el supuesto coste de cancelación que **ESQUILVENT** conocía de sus operaciones anteriores, y le fue informado para la elaboración de sus cuentas anuales. Alegando que todo caso si el supuesto desconocimiento era del margen o del valor negativo inicial y no de la posibilidad de liquidaciones negativas, ni del coste de cancelación posterior, lo que procedería, en todo caso, sería una indemnización por la diferencia entre el valor de mercado y el contratado, pero no la declaración de nulidad porque el collar cumplió la finalidad pretendida por las partes: estabilizar el coste de la financiación entre el CAP y el FLOOR.

Para resumir la cuestión referida a los deberes de información exigibles en la contratación de productos como el que nos ocupa es útil referir la STS, sección 1ª del 19 de noviembre de 2019 que viene a contemplar el alcance del deber de información en este tipo de productos en los siguientes términos:

"Deber de información.

Como hemos declarado en la reciente STS 542/2019, de 16 de octubre, la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, como resultaba de la normativa pre-MiFID (art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo).

En este sentido, la STS 32/2016, de 4 de febrero, precisa que: "[...] siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía". De igual forma, se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre.

En las SSTS 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras, se precisa cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los swaps, cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

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

"Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

"El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe



informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

3.4.- Excusabilidad del error.

El requisito cuestionado de la excusabilidad del error, pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 del CC, cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los arts. 7 y 1258 del CC. Habrá de ser apreciado a través de la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso sometido a conocimiento judicial. Su función radica en impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien alega un error, que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser, en tales casos, amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual emitida.

La excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna, para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica a los efectos de obtener un real y equitativo equilibrio contractual.

Ahora bien, como destacaba la STS 542/2019, de 16 de octubre, en la apreciación de tal requisito, alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, posibilitando de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

Es precisamente en situaciones de asimetría convencional, sobre el conocimiento de la naturaleza y características de un producto financiero complejo, aleatorio y de riesgo, como es el collar concertado, cuando, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, pretenden que los adquirentes alcancen especial conocimiento de las obligaciones que asumen.

No es de extrañar, entonces, que la STS de 29 de octubre de 2013, admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, derivado de que "el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran [...] los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". De igual forma, las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014, 458/2014, de 8 de septiembre, 60/2016, de 12 de febrero y 542/2019, de 16 de octubre entre otras.

En este sentido, señala la STS 6/2019, de 10 de enero, que:

"Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, 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, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 559/2015, de 27 de octubre)".

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, declara:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

.....Se ha declarado, por esta Sala, que la carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera. Ello por sendas razones, primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (SSTS 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, entre otras muchas). En este caso, no consta, de la lectura de las sentencias de ambas instancias, que tal información, sobre las características y riesgos del contrato de swap suscrito, se hubiera llevado a efecto, más allá de los términos del contrato, lo que no es suficiente.

Por otra parte, se ha declarado por este tribunal, que el deber de información constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios, en este caso



a los funcionarios municipales, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015; 676/2015, de 30 de noviembre; 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre.

Por lo que respecta al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, en contra de lo sostenido por la resolución de la Audiencia, dijimos en la STS 195/2016, de 29 de marzo, que no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap. La mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre).

La formación necesaria del contratante, para conocer la naturaleza, características y riesgos de los swaps, es la propia del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos complejos (SSTS, 549/2015, de 22 de octubre; 676/2015, de 30 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre o 378/2019, de 1 de julio),...".

SÉPTIMO.- VALORACION DE LA PRUEBA RESPECTO A LA CONCURRENCIA DE ERROR EN LA PRESTACION DEL CONSENTIMIENTO POR LA DEMANDANTE

Ya hemos referenciado, que en todas las ocasiones en que se ha dilucidado la misma cuestión que ahora nos ocupa, la contratación del Collar Coste Cero en la operación de Project Finance en que la demandada era agente de la sindicación, se ha concluido tanto por los árbitros como por los tribunales, que no se ha cumplido el deber de información, y se ha causado así el error que justifica la anulación de las operaciones así concebidas, criterio que la Sala comparte ahora.

En la alegación segunda del recurso se mantiene que habría errado la juez al declarar la nulidad, del contrato Collar, ya que el Sr. Gustavo conocía la existencia y el efecto de un floor en el producto contratado, de modo que el hecho de que se añadiera un margen al mismo, no evita que se hubieran realizado liquidaciones negativas. Y para ello consideramos relevante siguiendo el razonamiento de la sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2021, por la Sección 11^a de esta Audiencia, pero aplicada a las circunstancias del presente caso, que nos lleva a no apreciar por esta la Sala error alguno en la sentencia apelada los siguientes hechos probados. **Se ha acreditado que la demandada se pudo de acuerdo con los otros Bancos intervinientes en la operación para fijar los límites del Collar como si fuera a precio de mercado, incurriendo así palmariamente en mala fe en la contratación en perjuicio de su cliente al que no explicó la carga económica previsible que asumía, ni el coste de cancelación del producto, ni las previsiones sobre la evolución de los tipos de interés, ni tampoco desde luego el acuerdo alcanzado con los demás Bancos para subir el tipo del floor. Este déficit de información no se evita por el hecho de que el representante o los gestores de la actora hubiera hecho otras operaciones semejantes antes y después de esta operación, contratos también sometidos a la petición de nulidad como hemos visto, ni porque pudiera conocer el funcionamiento básico de una cobertura como la pactada, pues tal conocimiento básico no exime al Banco de su deber de información ni desde luego de actuar con transparencia, lo que aquí no se ha hecho, siendo así que en ningún momento desde la contratación se ha llegado al floor fijado sino que los intereses se han situado lejos del mismo con el alto coste financiero que ello ha supuesto.**

Frente a ello se mantiene en el recurso que las partes negociaron y acordaron que la cobertura contratada llevaría un spread de 25 puntos básicos, habiendo hincapié en el contenido de los Term Sheets circulados por las entidades bancarias (Doc. 37 y ss. de los de la contestación a la demanda), la Sala considera el motivo de pleno rechazo. Los Term Sheet no son más que preacuerdos de términos y condiciones. Consta en el documento "**Condiciones Básicas de Financiación**" aportado a autos como nº 13 de los de la contestación a la demanda, remitido por empleado de SABADELL al Director Financiero de **ESQUILVENT**, se trata de modificaciones iniciales, enunciativas y no limitativas en las que se plasma la forma de financiación futura mediante diversos contratos como la Deuda Senior o el Contrato Global de Garantías (" cubrirá todas las garantías y contrato de Cobertura de tipos de interés").

Es decir de la mera plasmación en dicho precontrato de un spread aplicable de "25 pb sobre el tipo aplicable a dicho producto de cobertura sin margen de mercado", en modo alguno cabe concluir el carácter definitivamente obligacional de ello cuando en el contrato definitivo de cobertura no se contiene tal compromiso.



Consideramos relevante en esta alzada, para descartar error alguno en la valoración de la prueba sobre la naturaleza y efectos del Collar Coste Cero, que la demandada y los otros Bancos, que firmaban la operación **se concertaron ilícitamente para alterar el precio del floor en perjuicio del cliente y en beneficio propio, conteniendo una reserva mental que viciaba toda información suministrada a la demandante, incluso aunque contara con asesores, pues desconocía el acuerdo de las entidades bancarias**, que fue ocultada a la información que se daba al cliente, privándole de la necesaria transparencia en la información que le fue transmitida, para la comprensión y alcance del producto que se estaba contratando por **ESQUILVENT**. Y por ello resulta bastante diferente que constara con asesores o que antes hubiera contratado este tipo de producto, pues en ambos supuestos les fue sustraído un dato fundamental, cuál era la introducción de un margen oculto de 87pbs sobre la cotización en condiciones de mercado de su floor, sin el cual, la experiencia en otros productos o el especial conocimiento de terceros, no podían reportar la información exacta sobre el alcance del derivado, en base a los datos que se contaban aportados por la entidad bancaria.

Resulta imposible desconocer la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 13 de febrero de 2018 (folios 1962 y ss tomo VII), precisamente por estos hechos, que declara acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE "consistente en una actuación concertada dirigida a la fijación del precio, por encima de los precios en condiciones de mercado, de los derivados utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés asociado a créditos sindicados en financiación de proyectos..." imponiendo a la aquí demandada una sanción por importe de 19.800.000 euros. La propia Sala razona sobre este particular en el siguiente modo, "Al comprometerse a ofrecer el derivado en condiciones de mercado los bancos se obligan a ofrecer el derivado en las mejores condiciones ajustadas a la situación del mercado de referencia en esos momentos (fair value), de manera que el instrumento de cobertura no tenga coste para el cliente. Que no tenga coste para el cliente quiere decir que este no tendría que pagar una prima por la cobertura de tipos de interés, ni tampoco adquirir un instrumento de cobertura con valor negativo para él en el momento de la contratación.....en acuerdo entre los bancos investigados, oferentes de la cobertura para subir apreciablemente el tipo del floor por encima del precio en condiciones de mercado (una vez fijado el del cap) provoca que el valor del collar para el cliente en el momento de la contratación sea negativo, no cero..." (folio 72 de la Resolución).

La concertación de precios, tiene como principal objetivo el aumento de los beneficios en un caso como el presente, y el notable perjuicio al cliente, privado de conocer la verdadera trascendencia económica que el derivado tiene para su patrimonio, y por tanto los compromisos que este asumiendo, de ahí las importantes sanciones que se imponen. La misma Sala de la CNMC expresa esta opinión, " Con estos derivados los bancos no se limitan a ofrecer una cobertura a los clientes frente a la subida de tipos de interés...sino que adicionalmente logran protegerse a sí mismos de una bajada en el tipo de interés del crédito sindicado que reduciría sus ingresos por intereses. Este beneficio adicional que reciben los bancos por el derivado complejo les permite ofrecérselo al cliente a coste cero o a precio de mercado. Por eso si pactaran un tipo fijo del swap o un tipo del floor superior al que asegura un coste nulo para el cliente los bancos obtendrían un doble beneficio por el que además, estarían recibiendo ingresos del cliente" (folio 77 de la Resolución).

Resultando de pleno rechazo los alegatos vertidos en el recurso de no tratarse de un margen oculto, sino negociado cuando en el contrato de cobertura no consta pactado el spread que se aplicó, ni ningún otro. Si analizamos las testificales a las que tanto alude el apelante, resulta más que evidente que tal ausencia de información sobre citado margen. Así analizándolas concretamente las declaraciones de los testigos, vemos que D. Bienvenido , no intervino en el caso; D^a María aclaró que no facilitó información alguna a **Esquilvent** sobre los riesgos del derivado, desconociendo quien prestó dicha información al Sr. Gustavo , reconociendo que el margen o spread no aparecía en las confirmaciones y desconocía que fuera incluido. D. Dimas por la empresa GAMESA, confirmó tal falta de asesoramiento por el o por su entidad GAMESA en la contratación del derivado y sobre todo el desconocimiento del discutido margen de 25 puntos. D. Edmundo , además de sus escasos recuerdos, confirma que no recuerda haber hablado con el cliente, luego mal pudo informarle. D. Enrique , trabajador del departamento de Tesorería del BBVA, confirmo que no comprobó ningún documento firmado por el cliente por el que aceptaba con el margen de 25 pb, tan solo le constaba en los Term Sheets, confirmando que no suministro información alguna a la demandante sobre el reseñado margen. Y recordemos que los Term Sheets, fueron calificados como meros precontratos dependientes de un contrato definitivo, según consta en el documento "Condiciones Básicas de Financiación" aportado a autos como nº 13 de los de la contestación a la demanda, remitido por empleado de SABADELL al Director Financiero de **ESQUILVENT**.

Lo cierto es que tanto D. Feliciano como el Sr. Gustavo , rechazaron en sus declaraciones la introducción del margen en la relación contractual, y su desconocimiento sobre información alguna relativa al mismo.

En cuanto a que se hubiere contratado el Collar "en condiciones de mercado" , hacemos nuestra la conclusión a la que llega la sección 9 de la AP de fecha 20 de julio de 2021, que concluye "Así, la Sala no comparte la tesis de



haberse concertado el contrato de cobertura "en condiciones de mercado" ya que - según se aduce- cualquier cobertura o producto bancario "lleva asociado un margen como parte de precio" cuando lo cierto es que cualquier margen de intermediación o sobrecoste debe de constar asumido contractualmente, no constando en el contrato de cobertura, tal y como asume la propia parte apelante, que se conviniese que al valorar el Floor se incluyese un margen. Es decir, según la tesis de la parte ahora apelante el banco, atendiendo a tales condiciones de mercado, podría incorporar el margen que tuviese por conveniente, olvidando interesadamente que la validez y cumplimiento de los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes contratantes - art 1256 C. Civil-, que es lo que en definitiva parece defenderse". Entendemos por ello que en base a este mismo razonamiento que no es discutible, debe rechazarse el alegato de haberse convenido el Collar Coste Cero en condiciones de mercado.

Al igual que razona la sentencia de la sección 11 de esta Audiencia no se puede aceptar que no se haya alterado la voluntad de la demandante con la introducción de tal margen pues "habría contratado el Collar Coste Cero en todo caso para cumplir con su obligación", pues "una cosa es la contratación de una cobertura y otra es que en la misma se introduzca de forma subterfugio u oculta un margen en claro detrimento de los intereses del cliente".

Y por ello y como ya indicaron sentencias precedentes e indicamos en párrafos anteriores, con independencia de las resoluciones recaídas respecto a otros Collar Coste Cero suscritos por **ESQUILVENT** o por otras empresas pertenecientes a VAPAT, del aporte probatorio obrante en autos se desprende que el consentimiento prestado por el Sr Gustavo el 14.7.2010 al suscribir el Collar objeto de autos estaba viciado por error, ya que la parte contraria le ocultó maliciosamente que se incorporaba un margen al valor del Floor. Es decir, la ausencia de información adecuada no determina por sí la existencia de error vicio, lo que causa y provoca tal error es que el consentimiento vendría viciado por la falta de conocimiento de un elemento esencial del contrato pues, como ya se ha tratado, **Esquilvent** desconocía la aplicación al valor del Floor de un margen. Error que solo puede ser calificado como esencial; y excusable, en cuanto que no pudo ser evitado con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, pues medió ocultación de información sobre el alcance real del derivado por parte de la entidad demandada, a la demandante, sustrayendo a su formación decisoria un dato relevante. Pues el Sr. Gustavo difícilmente habría concertado el collar, si hubiere conocido que lo pactado encerraba un significativo margen en favor de la demandada, lo que la hubiera podido llevar a otra resolución, contraria al compromiso obligacional contratado.

En consecuencia apreciado el concurso de error en el consentimiento prestado se llega a iguales consecuentes anulatorias que la sentencia dictada en Primera Instancia respecto del **contrato de cobertura "Collar coste Cero"**, perfeccionado por las partes el 14 de julio de 2010 .

OCTAVO.- DEVENGO DE INTERES DE LAS SUMAS A QUE SE CONDENA A BBVA

Se alega por la representación de BBVA, la improcedencia de la condena al pago del tipo de interés compuesto tras la estimación de una acción de nulidad, como subsidiario del anterior pronunciamiento. Así el Juzgador de Primera Instancia por auto de aclaración de 13/02/2020, precisa que se devengan intereses compuestos por recogerse la capitalización diaria en el CMOF (documento 9 de la demanda).

El apelante alega que la sentencia no puede declarar la nulidad del contrato y pretender luego que se aplique para la determinación de los intereses una cláusula del contrato anulado. Y que en cualquier caso, la cláusula de la capitalización tampoco sería aplicable, pues cuando el CMOF alude a la capitalización diaria se refiere al "tipo de interés de demora", y aquí no hay mora de BBVA en el cumplimiento de una obligación. **ESQUILVENT** entiende que la aplicación de un tipo de interés compuesto, consistente en que los intereses remuneratorios se acumulan al capital, resulta de aplicación cuando, "por pacto en el mismo contrato" o conforme a una "convención posterior" pueda entenderse que tal era la voluntad de los contratantes. Tal acuerdo podría ser inferido, tanto de lo dispuesto en el CMOF (ver documento nº 9 de la demanda, término definido "Tipo de Interés de Demora") que establece que los intereses se capitalizarán diariamente, como de la cláusula 8 del Crédito Senior (documento nº 8 del escrito de demanda), siendo recogido en el Laudo arbitral de don Lorenzo , entendiendo que era lo más adecuado para compensar la pérdida del valor del dinero en el tiempo mediante la capitalización de intereses, así habrá de ser la restitución de las prestaciones recíprocas

De los párrafos precedentes se deriva la declaración de la nulidad del contrato, lo que implica que se ha de volver necesariamente a la situación material anterior a su celebración por aplicación de lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil, y no cabe la aplicación de clausula contenida en el mismo, que es igualmente nula, por ello en estricta aplicación del mencionado precepto los intereses no serán los compuestos, sino los legales, con revocación de este pronunciamiento.

NOVENO.- INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO PORQUE EL COLLAR TUVIERA UN MARGEN INICIAL. INEXISTENCIA DE DAÑO Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD



Descartando la apelante, que la existencia de margen en el collar pueda ser determinante de su nulidad, sostiene que debería analizarse si concurre incumplimiento contractual generador de obligación de indemnizar daños y perjuicios y cuáles serían estos.

Entendemos que ante el pronunciamiento anterior, no procede entrar en el estudio de la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios como remedio para el caso de incumplimiento contractual, ya que se confirma en la presente resolución la estimación de la acción principal de declaración de nulidad del Collar Coste Cero por concurrencia de error en el consentimiento.

DÉCIMO.- IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN INSTANCIA

Por la representación de BBVA por último se cuestiona la improcedencia de la imposición de costas en instancia, pues si se acogiera la improcedencia de la capitalización de intereses, la estimación de la demanda no sería íntegra por lo que no procedería la condena en costas, y por las dudas de derecho respecto a la caducidad de la acción ante el cambio en la jurisprudencia del TS.

Comenzando por las dudas de derecho respecto al cambio de criterio jurisprudencial respecto a la caducidad, como ya hemos referido cuando hemos tratado esta cuestión, tal cuestión fue definitivamente zanjada, tras la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, por lo que hubiera podido desistir de tal planteamiento en base a tal doctrina la entidad BBVA mucho antes de que se dictara la sentencia apelada en fecha 18/11/19, lo que no hizo persistiendo en plantear tal excepción de caducidad en esta alzada, por lo que se descarta la no imposición de costas por unas dudas ampliamente superadas tiempo atrás.

En cuanto a la estimación parcial por desestimar la pretensión relativa a la cualidad de los intereses, que en esta alzada hemos considerados deben ser los legales, y en primera instancia los compuestos. Hemos de reseñar que se ha confirmado en esta alzada la estimación de la acción principal, declarando la nulidad del contrato de cobertura perfeccionado por las partes el 14/7/10, condenando a la entidad demandada a devolver a la actora todas las cantidades abonadas por esta en aplicación de dicho contrato. Únicamente por esta Audiencia se ha revocado, no el devengo de intereses de dichas sumas, condena que se reconoce como procedente y se confirma, sino la cualidad de los mismos, de modo que deben ser los legales y no los compuestos que se admiten en la sentencia apelada, por ello consideramos que estamos ante una estimación sustancial de la demanda en Primera Instancia, tal y como apreció el TS en la sentencia de fecha 31 de enero de 2018.

Como recuerda la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre, con cita de otras muchas, para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho.

Lo que implica que la estimación de la demanda, aun no siendo total, es repetimos sustancial, lo que supone que se mantiene la condena en costas a la demandada en primera instancia.

DECIMOPRIMERO.- COSTAS DE ALZADA

En cambio, dado que se ha producido la estimación parcial del recurso de apelación, respecto del motivo referido a la cualidad de los intereses a devengar, en esta alzada procede la no imposición de costas.

DECIMOSEGUNDO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA contra la Sentencia dictada en autos civiles Procedimiento Ordinario 366/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid con fecha 18 de noviembre de 2019, y **REVOCAMOS PARCIALMENTE** la misma en el sentido de:

1º.- **Estimar sustancialmente** la demanda presentada por **ESQUILVENT**, S.L, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.



2º.- Se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia excepto el pronunciamiento relativo a los intereses, precisando que se devengarán intereses legales, por las cantidades a cuyo pago se condena a la entidad demandada, correspondiente a las sumas abonadas por el actor en aplicación del contrato Collar Coste Cero declarado nulo.

3º.- No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas en esta alzada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en los artículos 469 y 477, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, previa constitución del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-0305-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.