

Roj: SAP A 490/2014
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 5
Nº de Recurso: 405/2013
Nº de Resolución: 112/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA VISITACION PEREZ SERRA
Tipo de Resolución: Sentencia

A.P. de Alicante (5ª.) Rollo 405-B/13

1

SENTENCIA NÚM. 112

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. José Luis Úbeda Mulero

Magistrado: D^a. Visitación Pérez Serra

Magistrado: D^a. María Teresa Serra Abarca

En la ciudad de Alicante, a nueve de abril de dos mil catorce.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. Expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por la Procuradora D^a. Carmen Vidal Maestre y dirigida por la Letrada D^a. Noelia González Mozas, y como apelada la parte demandada ALGAR MOTOR S.L., representada por el Procurador D. Enrique de la Cruz Lledó, con la dirección del Letrado D. Jordi Ruiz de Villa Jubany.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Alicante, en los referidos autos, tramitados con el núm. 2695/2010, se dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sr^a. Vidal Maestre en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra ALGAR MOTOR S.L., DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A LA DEMANDADA DE TODAS LAS PRETENSIONES CONTRA ELLA CONTENIDAS EN LA DEMANDA, CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS A LA PARTE ACTORA.

Asimismo, que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda reconventional interpuesta por el Procurador Sr. De la Cruz Lledó en nombre y representación de ALGAR MOTOR S.L., contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.:

*1.-DEBO DECLARAR Y DECLARO NULOS LOS CONTRATOS DE **SWAP** O PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERES CON OPCION KNOCK-OUT SOBRE ACCIONES, CON Nº DE REFERENCIA B00002118286 y B00002117533 SUSCRITO EN FECHA 20 DE JUNIO DE 2.007, CON ANULACIÓN DE LOS CARGOS, ABONOS Y LIQUIDACIONES EFECTUADOS COMO CONSECUENCIA DEL MISMODEBIENDOLAS PARTES RESTITUIRSE RECÍPROCAMENTE LAS PRESTACIONES ENTREGADAS EN VIRTUD DE DICHO CONTRATO, Y EN SU CONSECUENCIA,*

2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO A BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., A RESTITUIR A ALGAR MOTOR S.L., LA SUMA DE 41.688,92 €, MÁS LOS INTERESES CORRESPONDIENTES CONFORME AL FUNDAMENTO DE DERECHO DECIMO DE LA

PRESENTE TODO ELLO CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS A LA PARTE DEMANDADA DE RECONVENCIÓN."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora, habiéndose tramitado el mismo por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida por la Ley 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente Rollo de apelación número **405/2013**, señalándose para votación y fallo el pasado día 1 de abril de 2014, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente la Il^{ta}.m. Sra. Magistrada D^a. Visitación Pérez Serra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se iniciaron estos autos por demanda en la que la entidad bancaria pretendía la declaración de vigencia de los contratos a los que luego se aludirá y del incumplimiento por la demandada, con la consiguiente condena de esta al pago de la suma de 980.375'16 #, en concepto de principal y otros 1.536'32 # por intereses, pretensiones a la que se opuso dicha demandada que, a su vez, planteó reconvencción solicitando la declaración de nulidad de esos contratos y la condena del banco al pago de 41.688'92 #, importe de las liquidaciones efectuadas.

Como ya consta en los antecedentes de hecho, el Juez de instancia desestimó íntegramente la demanda y acogió la reconvencción, con los correspondientes pronunciamientos sobre las costas, decisión que fue recurrida por la entidad actora.

Antes de abordar los motivos que se sustentan en el recurso, es conveniente reseñar en lo necesario el contenido de los contratos y las consecuencias económicas que para cada una de las partes se derivarían de los mismos.

La contratación que dio lugar a estos autos consiste en esencia en una permuta de tipo fijo contra variable, más la venta de una opción sobre acciones, y se llevó a cabo por iniciativa de la entidad actora y en el marco de la relación de confianza que se tenía con la persona de la entidad bancaria con la que habitualmente se gestionaban las necesidades de la empresa; no se firmó el contrato marco de operaciones financieras, y prueba de ello los correos que con posterioridad a los contratos se remitieron a la empresa; la persona que firmó no tenía poderes más que para cuestiones que no excedieran de 60.000 # y carecía de experiencia en la contratación de este tipo de productos; la presentación de estos, como se aprecia en los folios 825 a 830, lleva por título "propuesta de cobertura 3 años EUR3m."; ni esa presentación ni en la conversación telefónica que plasmó la contratación (documento 1 de la demanda) se hacía referencia a la posibilidad de pérdidas, ni menos aún en la cuantía que posteriormente resultó y que es la reclamada en la demanda, cercana al millón de euros; circunstancias que, con detalle se reseñan en el fundamento de derecho segundo de la sentencia al que expresamente nos remitimos en aras a evitar reiteraciones.

SEGUNDO.- Prescindiendo del contenido de la alegación previa, la primera del recurso se dedica a poner de manifiesto diversas circunstancias que considera erróneamente valoradas en la sentencia y de las que, en su criterio, se desprende que no debió declararse la nulidad de los contratos mencionados.

Con carácter general se hace necesario recordar al respecto que esta Sala viene manifestando de forma reiterada, que la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal "ad quem" examinar el objeto de la "litis" con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el juzgador "a quo" y que por lo tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación. Ahora bien,

tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el juzgado de instancia y éste tiene ocasión de poder percibir con inmediación las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes.

En definitiva, el principio de inmediación, que aparece en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y con mayor énfasis en la nueva debe conducir "ad initio" por el respeto a la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente. Pero aún más, esta sala viene haciendo hincapié que en modo alguno puede analizarse o, mejor, impugnarse la valoración probatoria del juzgador de instancia mediante el análisis de la prueba de forma individualizada sin hacer mención a una valoración conjunta de la prueba que es la que ofrece el juzgador.

Así se alude en primer lugar a la entidad económica de la mercantil demandada así como a la participación de la persona que suscribió los contratos en su nombre en otras sociedades, y a su experiencia en la contratación y relación con entidades bancarias, circunstancias que con ser ciertas no obstan a la conclusión a la que se llega en la sentencia, y no existe, en consecuencia, error alguno en la valoración que se plasma en la misma, pues lo esencial es que la entidad actora no probó y a ella le correspondía, haber ofrecido información previa completa de tales productos, respecto de los cuales no tenía experiencia alguna la persona que los contrató, y tampoco consideró acreditado el Juez de instancia, por lo que, en conclusión, no se rebate adecuadamente por la parte apelante la inexistencia de información precontractual precisa y completa acerca de los productos comercializados por la actora, tal y como la sentencia reseña.

También se argumenta que en los correos que se remitieron antes del inicio de estos autos no se hacía referencia a la nulidad de los contratos en cuestión, pero obvia la parte mencionar que esos documentos fueron redactados por uno de sus empleados, y por tanto no empecen a la acción de nulidad entablada.

Asimismo se suscita en este motivo que la aceptación de liquidaciones positivas implica un acto propio contra el que no es válido actuar, y al respecto debe indicarse que uno de los requisitos imprescindibles para aplicar esa doctrina es que el acto en cuestión se ejecute con pleno conocimiento y eso es precisamente lo que falta en el caso que nos ocupa, y además se intenta sustituir la apreciación que del contenido de la testifical de don Pedro Juan se efectúa en la sentencia, desprendiéndose que se otorgó credibilidad a las manifestaciones de esa persona en el sentido de que solicitó información y se le dijo que hasta el final del contrato no se sabría cuál era el importe a abonar por cada contratante.

Por último, alega que el firmante de los contratos tuvo que reconocer la existencia de reuniones previas y la entrega de las presentaciones de los productos, argumentación inconsistente ya que fue la mercantil demandada la que aportó esos documentos y admitió la reunión con el comercial de la actora, procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo.

TERCERO.- Se aborda en el segundo motivo el proceso de contratación para concluir, una vez más, con la alegación de error en la valoración de la prueba. El Juzgador de instancia, en una de sus intervenciones en la vista de este juicio ordinario, expuso que en realidad este tipo de procedimientos son sencillos, pues lo único que ha de probarse es que se informó debidamente al cliente del producto que iba a contratar y comprobadas las actuaciones, la Sala ha de compartir la conclusión a la que se llegó en la instancia, esto es, la inexistencia de esa imprescindible información.

Es cierto que existió una reunión y que don Pedro Juan recibió los documentos que se acompañaron a la demanda reconvenzional, pero de esos documentos no se desprende que la entidad actora cumpliera con la obligación que le impone la normativa aplicable.

Esta Sección 5ª en sentencia n° 467, de 26-11-2012 en la que se alegaba por el banco demandado que no tenía obligación de recabar la firma del cliente manifestando quedar informado de la adquisición y sus características principales, argumentaba que: en efecto, hasta la Ley 47/2007 no se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico los deberes de información derivados de la Directiva 2004/39 CE, de 21 de abril, MIFID, con posterioridad a la fecha en la que se suscribe el contrato de autos, pero se obvia que antes de dicha reforma también competían a las entidades bancarias deberes de transparencia y de información representados por el Código de Conducta aprobado por el Real Decreto 629/1993, cuyo art. 5 del Anexo establecía 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". Y en el apartado 3 disponía que "La información a la clientela debe ser clara, 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". Argumentos que se reiteran en otra sentencia de 22 de octubre de 2013, n° 345.

La falta de esa información es patente en el caso que nos ocupa, en especial respecto de las graves consecuencias económicas que para la empresa podían tener este tipo de productos, en relación al error, otra sentencia de esta Sala, n° 273, de 8 de julio de 2013, indica que "El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales"; también en supuesto similar, la S.A.P. Barcelona de 8-2-2013 afirma que "Tampoco consideramos que el error resulte imputable a los demandantes ni hubiera sido posible que lo evitaran utilizando una diligencia media. No podemos ignorar que la relación que se establece entre los usuarios de servicios bancarios con sus oficinas, y con sus empleados es la propia de una relación de confianza, lo que les lleva a confiar más en el criterio esos empleados de las entidades financieras que en el propio. En ese contexto no podemos considerar que los demandantes no hayan cumplido un estándar medio de diligencia en su conducta al contratar, que nos pueda llevar a imputarles a ellos el error al que fueron inducidos por la demandada".

Debe resaltarse que no se firmó el CMOP con carácter previo y ha de reiterarse que ni la presentación de los productos ni la conversación telefónica en la que en definitiva se produjo la contratación son concluyente a los efectos que pretende la parte apelante, y desde luego, si esta hubiera cumplido rigurosamente las obligaciones legales no hubiera recomendado concretamente este tipo de producto.

La pericial practicada a instancias de la demandada resalta que "una permuta financiera o **swap** estructurado con derivados en forma de opciones barrera tipo Knock-out se considera un producto complejo y de riesgo elevado, cuya operativa requiere un conocimiento financiero específico y no general... es decir, el inversor debe tener formación o experiencia profesional específica en mercados financieros estructurados".

Añade ese informe que "La complejidad es altamente inadecuada siendo la incorporación de la venta de acciones una práctica incompatible con el concepto contable de cobertura." No pueden, por tanto, acogerse las argumentaciones de la parte apelante.

CUARTO.- En el tercer motivo se viene a defender la información suficiente de los empleados de la apelante, cuestión ya abordada en fundamentos anteriores y la adecuación

de los productos para estabilizar los costes financieros de la mercantil demandada, concluyendo con la inexistencia de error alguno en la suscripción de los productos o en todo caso en su carácter de inexcusable.

Ya se ha hecho referencia a las conclusiones de la pericial y en este punto conviene insistir en que en absoluto quedó demostrada la adecuación de los productos y la necesaria información a la demandada, y además se obvia el evidente conflicto de intereses que concurre en la contratación de estos productos, al asegurarse el Banco la adquisición de acciones propias a un precio determinado, cuestión sobre la que nada se expone en el recurso.

El perito de la demandada, en cambio, sí aborda esta circunstancia y lo hace indicando, folio 50, "la fuerte asimetría en los resultados de este instrumento. En el mejor de los casos el cliente se lleva la prima implícita de la opción (37.728 euros). Por el contrario, si el precio de BBVA cae violentamente las pérdidas pueden alcanzar los 498.100 euros como así ha sucedido".

Defender, como hace la apelante, que se trataba de un producto adecuado y que se suscribió con pleno conocimiento, cuando se ocultan al cliente circunstancias esenciales no tiene posibilidad alguna de éxito.

QUINTO.- En el último motivo se exponen argumentaciones sobre el desconocimiento de la evolución de los tipos de interés, y al respecto, debe indicarse que aunque efectivamente así se considere, ello no altera el déficit de información; dicho en otros términos, es cierto que no está demostrado plenamente el conocimiento de la evolución de los tipos de interés que podían tener en aquel año las entidades financieras, (conocimiento tampoco descartable dada la proliferación en aquellos momentos de este tipo de productos) pero lo que se reprocha a la entidad apelante es que esa posibilidad, aún con el carácter de improbable o remota, no se expusiera antes de la contratación, pues las gravosas consecuencias que para la demandada podían tener exigían que se contemplara antes de la contratación precisamente el escenario más negativo, ya que sólo así se podría adoptar una decisión adecuada al tipo de producto ofrecido, sin que baste la mera referencia a la posibilidad de liquidaciones negativas y positivas.

Como bien contraponen la apelada, no es admisible que se considere adecuado un producto que a cambio de disminuir unas décimas el tipo de interés se arriesgue la empresa a unas pérdidas de la entidad de las aquí reclamadas, por lo que, en conclusión, y dando aquí por reproducido en lo necesario la extensa fundamentación de la sentencia apelada, procede la desestimación del recurso.

SEXTO.- Las costas de la alzada se imponen a la parte apelante, aplicando lo que establece el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Alicante de fecha 5 de febrero de 2013 en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose

otra al Rollo de apelación. Contra ella cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto respectivamente en los arts. 477.2.2º y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que podrán formalizarse ante esta Sección de la Audiencia en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.