

NOTIFICADO : 29/04/16

SENTENCIA NÚM.: 584/16

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA BEATRÍZ BALLESTEROS PALAZÓN

**En Valencia a veintisiete de
abril de dos mil dieciséis.**

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 001431/2015, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000811/2014, promovidos ante el **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA**, entre partes, de una, como apelante a representado por el Procurador de los Tribunales **AMPARO BALBASTRE LLORENS**, y asistido del Letrado **JOSE LUIS SANCHIS FIGUERAS** y de otra, como apelados a **CAIXABANK SA** representado por el Procurador de los Tribunales **MARGARITA SANCHIS MENDOZA**, y asistido del Letrado **MARTA MONTES JIMENEZ**, en virtud del recurso de apelación interpuesto por

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA** en fecha 14/09/15, contiene el siguiente **FALLO**: "Desestimar la demanda interpuesta por , contra **Caixabank S.A** imponiéndose las costas procesales a la parte demandante."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-

Se concertó en fecha de 27/6/2008 con Banco de Valencia SA (sucedida por CAIXABANK) un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap) y en el procedimiento insta, en primer lugar, su nulidad por concurrir error-vicio (art.1265 y 1266 código civil) en la prestación del consentimiento al no dar la entidad demandada la información preceptiva y, subsidiariamente, la resolución del contrato, ex-art. 1124 código civil por incumplimiento de tal obligación con resarcimiento de daños y perjuicios; solicitando del órgano judicial, con carácter principal, la declaración de nulidad del contrato y se condene a la demandada al reintegro de las cantidades abonadas hasta la fecha de la presentación de la demanda por importe de 383.898,30 euros con sus intereses legales; subsidiariamente, se declare la resolución del contrato y se condene a la entidad demandada a resarcir como daños y perjuicios la cantidad de 383.898,30 euros, con sus intereses legales.

La entidad demandada compareció y se opuso a la demanda, alegando la aplicación de la doctrina de los actos propios y confirmación del contrato; la caducidad de la acción; la condición de cliente profesional de la entidad actora y haber cumplimentados las explicaciones sobre el producto contratado.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia tras rechazar la caducidad de la acción, desestima la demanda por considerar que la sociedad actora era cliente profesional y por tanto el nivel informativo exigible a desplegar por el Banco era menor; no siendo necesario la práctica de los test; ostentar la entidad demandante un departamento financiero resultando conocedora y entender el swap y no haberse quejado del producto a lo largo de cinco años.

Se interpone recurso de apelación por la entidad actora invocando, en esencia y sumario, el error de valoración de la prueba, pues entiende conforme a la prueba practicada que la relación habida entre litigantes fue de asesoramiento; que Banco de Valencia nunca clasificó como cliente profesional a la entidad actora y no se lo comunicó; aún con esa calificación, no significaba poder dejar de cumplir la obligación informativa; no haber intervenido el director financiero en la contratación del swap y reiterando, con carácter subsidiario, el incumplimiento de la obligación informativa como causa de resolución del contrato, solicitando la revocación de la sentencia por otra que estimase la demanda.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso de apelación, debe ser analizada la caducidad de la acción que la parte demandada apelada vuelve a plantear en la oposición al recurso en aplicación del artículo 1301 del Código Civil por transcurso del plazo de cuatro años, cuyo cómputo inicia desde que se produce la primera liquidación negativa del contrato en fecha de 5/3/2009 y la demanda se presenta en fecha de 2/6/2014.

La Sala ha de ratificar el rechazo que de tal instituto ha efectuado la sentencia del Juzgado Primera Instancia. Este Tribunal en acciones como la ahora planteada y precisamente ante negocios semejantes de permutas financieras de tipos de interés, ya

dijo desde la sentencia de 11/7/2011 sobre el plazo signado en dicho precepto legal y su cómputo que; <<...no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil.>>, línea que además ha sido ratificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 12/1/2015 al expresar:

<<En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, 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, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características>>

En el caso presente, la fijación del día inicial del cómputo que defiende la parte demandada no resulta admisible ni con el precepto legal comentado ni con la interpretación actual del mismo por el alto Tribunal y, además, no puede concurrir la caducidad desde el momento en que el contrato que ligaba a las partes vencía en 5 de diciembre de 2015 y la demanda se presentó en tiempo anterior, 2/6/2014, por lo que evidentemente la acción de nulidad por vicio en el consentimiento no está caducada.

TERCERO.- Dado el motivo esencial que sustenta la argumentación del recurso de apelación, conforme al artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, el Tribunal efectuada la revisión de todo el contenido de los autos, las pruebas practicadas y visto el soporte de grabación audiovisual, si bien ratifica los FD Primero a Quinto de la recurrida, en cambio, no comparte los razonamientos de la Juez contenidos en el FD Sexto, pues apreciamos un claro error de valoración de prueba; la omisión de valoración de testimonios relevantes e igualmente una interpretación errónea de la normativa del mercado de valores.

En primer lugar, es necesario fijar por su relevancia en esta clase de contratación de productos o instrumentos financieros complejos y de riesgo, de quien partió la iniciativa para la contratación de la permuta financiera, porque en la demanda se dice que fue a instancia de la entidad bancaria y en contestación se niega tal alegación y tan esencial aspecto fáctico con consecuencias en la aplicación normativa no es tratado en la resolución recurrida. La Sala debe dar crédito a la parte demandante por las siguientes razones;

a) La entidad demandante no tenía antes de tal contratación producto idéntico, siquiera semejante a la permuta financiera y no era producto o instrumento financiero que se publicitase de forma general y pública a la clientela;

b) El testigo Sr. [redacted] Director de la oficina del Banco, donde se desarrolla la contratación del swap (omitido de forma total en la sentencia recurrida) reconoció en

el acto del juicio, claramente, que dicha contratación fue a iniciativa del banco, asumiendo aquel su labor comercializadora. Ciertamente dicho testigo declaró tener una fuerte amistad con el administrador de la entidad demandante, derivada, precisamente, a consecuencia de la relación con la entidad bancaria a lo largo de los años, (hasta el punto de admitir que el Sr. , le pedía consejos incluso acudiendo a su domicilio) pero, esto, en la tesitura del conjunto de la prueba, no puede conllevar a anular dicho testimonio, por parcialidad, tal como pretende la parte demandada—apelada, porque valorada esa declaración conforme a las reglas del artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y a pesar de tal amistad, lo cierto es que dicha persona es la única que intervino por parte de Banco de Valencia en la contratación del producto; pues la otra testigo , Directora de Zona de Banco de Valencia (y ahora con relación laboral con Caixabank), reconoció que no estuvo presente en la contratación del swap, por haber cambiado de zona en aquella época. El testigo , Director de Tesorería, no solo no intervino en tal contratación sino que además las afirmaciones dadas en tal sentido, las explicitó conocerlas por habérselo manifestado ; por lo que resulta de todo punto insuficiente su declaración, a tenor de la contestación dada por quien indica ser su fuente de conocimiento. Por otro lado, como luego se desarrollará, es de ver como las contestaciones de están en plena armonía con el resultado del conjunto probatorio, por lo que la Sala le da pleno crédito, en tal aspecto, al mentado testigo.

c) No hay prueba directa alguna que determine que en junio de 2007 la demandante solicitó de motu proprio una permuta financiera de tipos de interés

En consecuencia, estamos ante una iniciativa de la entidad bancaria y por tanto ante una recomendación personalizada conforme a los términos fijados por la sentencia del TJUE de 30/5/2013 (Caso Genil) cuyo dictados ha seguido el Tribunal Supremo desde la sentencia del Pleno de 21/1/2014 (reiterada en numerosa posteriores)

<<la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financiero". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.>>

Añadir que el asesoramiento, en el sector del mercado de valores, no exige, necesariamente, la existencia de un contrato de tal índole y naturaleza, porque lo relevante es la prestación de una información personalizada dirigida por la entidad comercializadora al cliente, ofreciéndole la contratación del producto de inversión. Así expresa la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25/2/2016 al decir :<<Para que

exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.>>

CUARTO.- La sentencia recurrida para su decisión, toma en especial consideración que la entidad demandante es “cliente profesional” y por tanto no resultaba necesario ni la práctica de los test y tampoco exigible a la entidad demandada la prestación de un nivel de información propio de minoristas.

La Sala, en primer, lugar debe dar razón a la parte apelante de que Banco de Valencia no clasificó a . , ni le comunicó tal calificación y, efectivamente, tal adjetivo es efectuado por la demandada en este proceso donde ha defendido esa calificación. Ello implica, de entrada, la vulneración del artículo 78 bis de la LMV, hasta el punto de que ni a la Directora de Zona, ; ni al director de la oficina (), les constaba tal calificación. Igualmente implica la vulneración del artículo 61.1 del RD 217/2008, dado que la entidad, una vez practicada la clasificación, debe necesariamente comunicársela al cliente quien ostenta derecho a una clasificación diferente para tener un mayor grado de protección. Entendemos que la demandada incumplidora de tales deberes legales, no puede ahora en el proceso ampararse que no tenía la obligación de rigor informativa con la demandante, por defender ser un cliente profesional, so pena de premiar a la parte incumplidora e implicar un fraude de las propias exigencias legales. Precisamente esa calificación y comunicación, tiende a que tanto la empresa de servicios de inversión y el cliente, conozcan previamente el grado o nivel informativo que se debe desplegar, desarrollar y recibir a la hora de comercializar los productos de inversión, por lo que si se omite dicho trámite y por tanto, el cliente desconoce su nivel de protección, no es dable, a posteriori, justificar el incumplimiento de las obligaciones legales por una calificación totalmente omitida a la hora de contratación y que afecta de manera tan relevante al aspecto esencial en esta clase de contratación en el sector del mercado de valores como es la información al cliente, pilar básico para su protección. Por ello, entendemos, aún concurriendo en dos de los requisitos del artículo 78 bis -3 c) de la Ley del Mercado de Valores (no está discutido por la actora) ante el incumplimiento por Banco de Valencia de dicha obligación, debió ser tratado como minorista en la información a prestarle a efectos de que aquella estuviese con plena razón de causa a la hora de contratar el swap.

En todo caso y a mayor abundamiento, la calificación de “cliente profesional” no elimina las obligaciones informativas que por deber legal viene obligada la entidad que recomienda al cliente el producto de inversión o instrumento financiero, porque a tenor del artículo 79 bis -6º de la LMV en relación con el artículo 72 del RD 217/2008, lo que excluye tal calificativo es la necesidad de la práctica del test de conveniencia, esto es, lograr la entidad advenir o verificar los conocimientos y experiencia financiera del cliente, dado que por los requisitos que conlleva su clasificación de cliente profesional se le supone. Pero ello, no excluye la práctica del test de idoneidad, en concreto para conocer las preferencias inversoras del cliente en relación con la asunción de riesgos y el perfil que en tal sentido asume el cliente para poder recomendarle el producto, concluyendo de forma tajante e imperativa el artículo 72 del RD 217/2008 que de no obtenerse esa información no puede recomendar instrumentos financieros.

Resulta incuestionable que Banco de Valencia no practicó el test de idoneidad a la entidad demandante y debió practicarlo para poder a su iniciativa “colocarle” a la demandante la permuta financiera.

Se dice por la demandada –apelada que ello no sería de aplicación porque al caso no juega la normativa Mifid en su transposición a la Ley del Mercado de Valores por la vinculación existente entre la permuta financiera y el contrato de préstamo hipotecario siendo aquel un producto de cobertura para estabilizar el coste financiero (variable) del préstamo, apoyándose en determinada consulta del Banco de España y una circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esta Sala ya ha rechazado idéntico razonamiento, dado que las permutas financieras están sometidas a la normativa de valores y que al caso, contrasta con la intensa defensa de la demandada en catalogar a la demandante de cliente profesional que solo tiene cabal sentido dentro de la normativa del mercado de valores. El artículo 79 quáter de la LMV refiere para tal exclusión a que el servicio de inversión, forme parte de un producto financiero que esté sujeto a otras disposiciones legislativas comunitarias en que se valore ya los riesgos de clientes o requisitos de la información. Al caso, el producto contratado de permuta financiera es autónomo y no está inmerso en otro producto financiero y que el mismo –como se dice– fuese de cobertura de tipos de interés del préstamo hipotecario, no rellena tal excepción legal ni significa su inclusión en otro producto financiero sino que ello no es más que la causa contractual. Igualmente sobre esta cuestión y ante idéntico planteamiento argumental, expresamente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 15/10/2015 (nº 535/2015) al decir <<. *Esta Sala ha considerado que el contrato de swap es un producto financiero, complejo y de riesgo, que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores (sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 110/2015 de 26 de febrero)*>>

QUINTO.- Paso siguiente es concretar la información que de este producto dio Banco de Valencia a la demandante. Vaya por delante que en los casos en que el ofrecimiento del producto parte de la entidad comercializadora, la información a desplegar debe ser necesariamente previa al contrato (momento de prestación del consentimiento) por así, lógicamente, fijarlo el legislador por disposición legal, (artículo 62 RD 217/2008 y artículo 79 bis LMV) y es proclamado de forma reiterada por las sentencias del Tribunal Supremo (ente otras, 10/9/2014; 12/1/2015 y 25/2/2016).

De la regulación exigente que la Ley del Mercado de Valores impone a las entidades que ofrecen esta clase productos a clientes, resalta el rigor exhaustivo en la prestación de tal información que como ya vino fijado por esta Sección Novena desde la sentencia de 6/10/2010, (enjuiciando un contrato de permuta financiera de tipos de interés) tiende a que el posible inversor concierte el contrato con pleno conocimiento de causa no solo del producto y su funcionamiento, sino de los riesgos que asume. Por tanto, ello exige una labor de la entidad previa a la perfección del contrato, tendente a que esa falta de simetría a nivel de conocimiento e información, concurrente entre los contratantes, quede salvada por el cumplimiento de tal deber y si nos encontramos en un producto de alto riesgo, la entidad demandada ha de comportarse con una diligencia exquisita a la hora de señalar, expresar y advertir al cliente antes de firmar el contrato, tal riesgo. Así impone el artículo 79 bis 2 y 3 de la LMV y el artículo 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero (no resulta aplicable el artículo 65 del mentado RD, reseñado en la sentencia recurrida) y que podemos sintetizar en que la información previa sobre los riesgos del producto debe ser clara, comprensible y con especificación detallada de las características del riesgo.

Podemos traer a colación en tal línea y por reciente la sentencia del Tribunal Supremo de 16/2/16 al decir: <<“El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3). El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

La única persona que intervino por parte del Banco en tal labor fue el testigo Sr. Director de la oficina, que afirmó (visto el soporte de grabación) no haber recibido formación sobre este instrumento financiero; ser un producto marcado dentro de los objetivos de la entidad bancaria; que no entregó ficha alguna; no hizo simulación de su desarrollo; no realizó test alguno y desconocía cómo funciona el swap, incluso desconocía tuviese una barrera que desactivaba su aplicación. Esta Sala, conforme ya anticipado supra y por mor del artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil, da pleno crédito al testigo, porque aparte de no concurrir otro testimonio directo sobre el devenir de la contratación del swap, es que sus contestaciones quedan adverbadas en el proceso, pues, efectivamente, no se ha aportado instrumento (folleto) alguno explicativo o informativo del producto que se entregase por la entidad demandante antes de firmar el contrato. No se ha aportado ficha informática sobre dicho producto; no consta explicación escrita alguna; tampoco simulación y no se aporta test.

El apoyo por la parte apelada, en la testigo resulta de todo punto insuficiente para justificar la completa y adecuada información, no solo porque la misma intervino en la operación del préstamo hipotecario concertado en noviembre de 2007 (es decir siete meses antes de la contratación del swap), sino porque, además, dijo que dio (en aquella época, es decir, noviembre de 2007) unas indicaciones genéricas sobre productos de cobertura, razón por la que de modo alguno por esa declaración pudo la entidad demandante tener pleno conocimiento de causa a la hora de suscribir el swap.

No podemos compartir la afirmación de la demandada apelada que la diligencia (impuesta legalmente) de la demandada en la prestación informativa quede perfectamente cumplida o expresada con la literalidad del contrato con indicación de determinados pactos habidos en el Anexo sobre “ser conscientes del riesgo de volatilidad” porque en primer lugar, la información, como sea expuesto supra ha de ser previa a la concertación del contrato de inversión y como aleccionan las sentencias del Tribunal Supremo de 7/7/2014, 3/2/2016 y la reciente de 29/3/2016, el contenido literal del contrato no es suficiente para enervar la información previa. La posición del alto Tribunal sobre esta clase de pacto predispuesto en que el cliente declara conocer las características del producto, entender el riesgo que asumía, y tener experiencia en la

contratación de productos de la misma naturaleza, es clara en su ineficacia al haber declarado, sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y advierte <<La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap.>>

En conclusión queda con la prueba practicada, justificado que Banco de Valencia incumplió el deber informativo exigido legalmente a la hora de promover y contratar el producto de inversión financiero con

SEXTO.- La falta de información clara, objetiva y suficiente sobre el esencial riesgo de este producto determina que la actora suscribe el contrato con ese desconocimiento, determinante del error-vicio (artículo 1265 y 1266 Código Civil), pues estamos en un producto de alto riesgo y no ostenta el suscriptor una correcta representación del riesgo, causa de poder producirse un error vicio en el consentimiento. (STS 15/12/2014 y 3/2/2016). Desde la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 21/1/2014, reiterada en numerosas posteriores, el alto tribunal alecciona que el incumplimiento de este deber informativo conlleva a la presunción del error vicio puede ser desvirtuada, si se justifica de forma plena que el contratante aún con ese déficit informativo era pleno conocedor de los riesgos del producto.

Al caso, no se desvirtúa tal presunción, pues el conocimiento que debía justificar la entidad demandada que poseía, a fecha de junio de 2007, como reitera el Tribunal Supremo, es el conocimiento por ser profesional en el mercado de valores o cliente experimentado en esta clase de productos (STS 22/10/2015; 19/11/2015 y 20/11/2015), y advierte << no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de comercio o de economía, pues resultan necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente>>

La Sala siguiendo dicha posición del Alto Tribunal debe efectuar las siguientes consideraciones

- a) El dato de que sea una entidad de relevante volumen de negocios en modo alguno implica ese conocimiento concreto y que el producto se acomodase a sus riesgos, pues el mero dato del carácter de empresario mercantil o sociedad mercantil no determina ese conocimiento (STS 12/1/2015).

b) A fecha de 26/7/2007, no tenía concertado producto idéntico (permuta financiera de tipo de interés) siquiera semejante, pues basta comprobar los oficios remitidos por varias entidades bancarias, para observar en el listado de productos concertados, dicha conclusión. Es evidente que la experiencia bancaria no resulta sinónima de experiencia en el mercado de valores.

c) Que tenga un departamento financiero a cargo de persona licenciada en ciencias económicas, no es suficiente para destruir tal presunción pues con independencia de que no consta que efectivamente el Jefe de tal departamento (Sr.) estuviese al momento de la contratación del producto, no se justifica la tenencia de ese especial o específico conocimiento en la materia del mercado de valores. (la sentencia del Tribunal Supremo de 13/11/2015 rechaza ese especial conocimiento, por tener la entidad suscriptora un experto contable).

d) La concertación de un producto semejante varios años después por parte de , resulta inviable para medir el error-vicio de un contrato celebrado varios años antes.

En conclusión, en tal tesitura, no se desvirtúa el error en el consentimiento y además concurre el requisito de ser excusable.

SEPTIMO.- Defiende la entidad demandada apelada que al caso concurre una confirmación del contrato por los actos propios de la entidad demandante, cuales son la falta de reclamación a lo largo de la vigencia contractual; el abono de las liquidaciones negativas y la cancelación anticipada del swap operada en fecha de 22/7/2015, después de celebrarse el juicio en la instancia.

Esta Sala en la interpretación del artículo 1311 del Código Civil viene reiterando que:<< Debe precisarse que la sanación del vicio del consentimiento exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita (en esta última vía conforme a la sentencia Tribunal Supremo 21/7/1997, “cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado”) que en el presente caso no ocurre por varias razones>>.

En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12/1/2015 al decir; <<La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.>>

No concurren al caso tales exigencias por las siguientes razones;

a) El reproche del tiempo transcurrido hasta la presentación de la demanda, carece de relevancia porque la acción se interpone en plena vigencia del contrato, pues éste expiraba temporalmente en diciembre de 2015 y la demanda se presenta en los Juzgados en 2 de junio de 2014.

b) La falta de reclamación escrita ante las liquidaciones producidas y su abono, tampoco enerva por si la acción entablada ni es significativo de tal confirmación del

contrato, atendida la fecha de interposición de la demanda y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12/1/2015, lo exigente no es que el cliente recabe información ante ese resultado, sino que la entidad practique la información en el momento fijado legalmente y como de forma mas reciente ha dictado el alto Tribunal en producto semejante al actual (sentencia 29/3/2016) las liquidaciones negativas en la ejecución de la permuta financiera no son válidas para tener presente o enjuiciar el error vicio en la prestación del consentimiento.

c) La cancelación del producto después de celebrarse el juicio en la instancia no elimina el enjuiciamiento del presente litigio conforme a los términos planteados, por mor del artículo 411 de la Ley Enjuiciamiento Civil y no sana el error que la parte que ha padecido el mismo y sufre las gravosas consecuencias de su vigencia, adopte las medidas para que las mismas cesen. Como igualmente estableció, en esta materia, la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 12/1/2015: << *No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas.*>>

OCTAVO.- Por las consideraciones expuestas precedentemente, la sentencia del Juzgado Primera Instancia debe ser revocada y la demanda presentada estimada en su acción principal y estando al contenido del primer punto del suplico, en respeto al principio de rogación y de congruencia,(ex-art 209 y 218 Lec) se declara en aplicación del artículo 1265 y 1266 del Código Civil, la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre y Banco de Valencia en 26 junio de 2008 por concurrir error vicio en la prestación del consentimiento, debiendo la entidad demandada en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, reintegrar a la cantidad abonada por liquidaciones negativas de 383.898,30 euros con los intereses legales devengados desde el momento del abono de cada liquidación.

NOVENO.- En orden de las costas procesales, la estimación de la demanda conlleva imponerlas a la parte demandada conforme al artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil, sin pronunciamiento de las causadas en la alzada dada la estimación del recurso de apelación conforme al artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por
, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 12 Valencia en proceso ordinario 811/2014, revocamos dicha resolución y

1º)Declaramos la nulidad por error-vicio en el consentimiento del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre

y Banco de Valencia SA (luego sucedida por Caixabank) en fecha de 27/6/2008:

2º) Condenamos a Caixabank a reintegrar a el importe de las liquidaciones por suma de 383.898,30 euros con los intereses legales desde cada cargo de liquidación.

3º) Las costas procesales de la instancia se imponen a la parte demandada; sin pronunciamiento de las causadas en la alzada, con la devolución del depósito constituido para recurrir

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

