

Rollo nº 000447/2016
Sección Séptima

SENTENCIA Nº 439

SECCION SEPTIMA

Ilustrísimos/as Señores/as:

Presidente/a:

Dª Mª DEL CARMEN ESCRIG ORENGA

Magistrados/as

Dª PILAR CERDÁN VILLALBA

Dª MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ

En la Ciudad de Valencia, a ochode noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario - 000596/2015, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandado - apelante/s BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. JAVIER FERNANDEZ y representado por el/la Procurador/a D/Dª MARIA CRISTINA LITAGO LLEDO, y de otra como demandante - apelado/s [REDACTED] SL, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. BENJAMIN JOSE PRIETO CLAR y representado por el/la Procurador/a D/Dª LAURA OLIVER FERRER.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Magistrado/a **D/Dª. MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA, con fecha 16 de diciembre de 2016, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "*FALLO: Que*

estimando la demanda formulada por la procuradora de los tribunales D.^a Laura Oliver Ferrer, en representación de [REDACTED] S.L., contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Cristina Litago Lledó, declaro la nulidad del derivado financiero implícito incluido en el contrato de Leasing de fecha 15 de febrero de 2008, con la anulación de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y nuevo cálculo de las mismas sin aplicación de las condiciones económicas que se contemplan en dicho derivado financiero, por lo que condeno a la demandada a devolver a la actora la diferencia del importe, y con expresa condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 2 de noviembre de 2016 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.-En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El objeto del presente recurso, es la disconformidad de la mercantil demandada BBVA SA con la sentencia que ha estimado la pretensión deducida por [REDACTED] SL de nulidad o anulabilidad contractual por vicio grave del consentimiento, prestado por dolo y por error, de una parte del contrato de arrendamiento financiero para la adquisición de unos paneles solares que la demandante precisaba para su negocio, y que incluía una permuta financiera de intereses, firmado con fecha 15-2-2008, con condena a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas consecuencia de dicho contrato.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, y lo hizo, en esencia, por entender que, no existió suficiente información facilitada al legal representante de la entidad Sr. [REDACTED]

La entidad bancaria discrepa y alega en esencia, vulneración del art. 24 de la CE y del art. 360 de la Lec en relación al art. 283 por denegación de prueba relevante, que consistía en la declaración del empleado que intervino en la comercialización y que reiteraba en esta segunda instancia, y error en la valoración de la prueba en orden a la existencia de error en el consentimiento,

y que si existió sería inexcusable.

La demandante se opuso al recurso de apelación por las razones que constan en el escrito unido a las actuaciones y que vienen a suponer defender la tesis de la sentencia.

SEGUNDO.- Respecto al primer motivo del recurso manifestar que ya este tribunal rechazó en Auto de fecha 13-5-2016 la práctica de la prueba interesada por la apelante sin que el mismo fuese además recurrido, sin que por tanto se haya provocado indefensión alguna al no aceptar la testifical por ella propuesta.

TERCERO.- Tras revisar nuevamente la prueba practicada en la instancia, en función de las pretensiones de las partes consideramos probados los siguientes hechos.

1º.- En fecha 15-2-2008, ante el Notario de [REDACTED] [REDACTED] SL y BBVA SA firmaron una póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero o leasing de bienes muebles. Se pretendía financiar con 576.000 € la compra de una instalación solar fotovoltaica, para obtener energía y distribuirla. El contrato incorporaba como anexo un derivado financiero o Swap que transformaba el tipo de interés fijo del leasing en un interés variable, que incrementaba la carga financiera del contrato principal. El arrendamiento se debía abonar en 180 cuotas, siendo el vencimiento pues a los 15 años, esto es en el año 2023. (folios 83 a 96, doc. 1 de la demanda)

2º.- En fechas del año 2009 la demandante intentó la cancelación del leasing por el elevado importe de las cuotas que se le giraban, momento en que el BBVA SA le informó de la imposibilidad de cancelar el leasing sin cancelar el derivado financiero implícito, además de que perdería los beneficios fiscales (folios 183 a 185, doc. 4 de la demanda).

3º.- En febrero de 2012 BBVA SA dejó de aplicar la cláusula del derivado financiero al creer que la demandante había accedido a dejarlo sin efecto, pero sin embargo en fecha 13-3-2015 la demandante recibió una carta del BBVA SA en la que le indicaba que le había estado liquidando el leasing sin aplicarle el derivado financiero por error por lo que le reclamaba el pago de 49.623,63 por el referido derivado (folio 186, doc 5 de la demanda).

Los costes ocasionados por el derivado financiero desde 12-3-2009 a 12-3-2015 ascenderían a 127.841,01 € con el derivado y a 45.680,18 sin el mismo (pag. 30 del informe pericial aportado por el

demandante (folios 187 239, doc. 6 de la demanda).

4º.- Información: No consta acreditado que los concretos empleados de la entidad que intervinieron en la formalización del producto informaran al legal representante de la demandante, Sr. [REDACTED]. El mismo carecía de cualquier conocimiento financiero sobre los swaps, pues aparte de pretender entrar en el negocio de energías renovables, se dedicaba principalmente a administrar una oficina de loterías. Desconocía la naturaleza y alcance del producto anexo al leasing, ni tampoco cuáles iban a ser sus efectos, ni consta si explicaron las características del producto o le pusieron ejemplos de su posible funcionamiento; tampoco consta si advirtieron que si el Euribor bajaba tendría liquidaciones negativas por el derivado financiero anexo al leasing, ni si se le facilitó documentación relativa al producto hasta el momento mismo de la firma. Tampoco consta que la entidad informase "del efectivo riesgo del negocio al cliente", que no contó con más información que la derivada del propio contrato. El BBVA no practicó un test de conveniencia de derivados de cobertura de tipos de interés.

CUARTO.- Sobre este tipo de contratos citar la reciente sentencia de la Sec. 9ª, (Roj:SAP V 2983/2016), N° de Recurso:1205/2016, N° de Resolución:766/2016, Procedimiento:CIVIL, Ponente: SALVADOR URBINO MARTÍNEZ CARRIÓN. Esta sentencia perfectamente aplicable al presente caso decía:

"Se va a partir de la doctrina jurisprudencial sobre este tipo de contratos, pues, como dice la STS de 8 de julio de 2014 , Pte: Seijas Quintana, se trata de "un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, ..., en el que se examina el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato".

Con relación a productos financieros complejos , y más concretamente con relación a un contrato de permuta financiera o contrato de swap de tipos de interés, la STS de 20 de enero de 2014 , Pte: Sancho Gargallo, del Pleno, sentencia n° 814/2013, expone el alcance de los deberes de información y asesoramiento y las diferentes consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de estos deberes de información.

Esa doctrina del Pleno del Tribunal Supremo ha sido reiterada en posteriores resoluciones; así: las SSTS de 7 de julio de 2014, Pte: Marín Castán, n° 384/2014 y n° 385/2014 ; STS de 8 de julio de 2014, Pte:Seijas Quintana, n° 387/2014 ; STS de 26 de febrero de 2015 , Pte: Marín Castán; STS de 15 de septiembre de 2015 , Pte: Sancho Gargallo, del Pleno; STS de 20 de octubre de 2015 , Pte: Sancho Gargallo; STS de 10 de noviembre de 2015 , Pte: Vela Torres; STS de 13 de noviembre de 2015 , Pte: Sarazá Jimena; STS de 11 de mayo de 2016 , Pte: Vela Torres; STS de 19 de mayo de 2016 , Pte: Sarazá Jimena; STS de 1 de junio de 2016 , Pte: Sancho Gargallo.

La STS de 7 de julio de 2014, Pte: Marín Castán, n° 384/2014, con cita de la STS de 21 de enero de 2014 y la STS de 18 de abril de 2013 -ésta anterior a la normativa Mifid- recuerda

que "el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa", y resume la doctrina expuesta en la STS de 21 de enero de 2014 , sobre el deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en los siguientes puntos:"1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".

Y añade unas precisiones: por un lado, que hay un servicio de asesoramiento financiero cuando el banco efectúa un ofrecimiento personalizado del swap al cliente, por lo que está obligado a efectuar el test de idoneidad; y por otro, que la circunstancia de que el swap fuera ofrecido a los clientes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 36/2003 , con el fin de informar de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento sea una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero".

CUARTO .- Los motivos de apelación van a examinarse conjuntamente. La sentencia de instancia argumenta lo siguiente al valorar la prueba practicada: que el Contrato Marco se firmó el 30.6.08, fecha en la que el Sr. Marcelino adquirió la condición de Administrador de Almaty Solar, S.L., y el documento de confirmación de la operación es de fecha 1.7.08, lo que indica que la fase precontractual fue brevísima, además de no constar que la hubiera con IDESA (folio 445). No hay prueba testifical que acredite que hubo las conversaciones precontractuales que se indican en la contestación (folio 445). La entidad bancaria no practicó test de conveniencia ni de idoneidad, pues el que las partes acompañan (doc. 6 de la demanda y 15 de la contestación, el primero sin firmar y el segundo firmado por el actor) es de fecha 8.9.09, posterior al contrato. El Contrato Marco no individualiza la contratación de un derivado concreto ni se recogen las condiciones básicas de su funcionamiento (folio 446). Ahora bien, aunque los datos anteriores evidencian que la entidad financiera no cumplió con sus obligaciones de información al cliente minorista, la razón fundamental por la que la sentencia desestima la demanda se basa en las condiciones personales del cliente, más

exactamente de su administrador; y así la sentencia tiene en cuenta (folio 448) que el socio único de Almaty Solar es Sarrea Capital, que es propiedad del Sr. Marcelino y su esposa, y cuyo objeto es la intermediación y coordinación en la prestación de servicios financieros y contables, consulting, asesoramiento contable, fiscal, financiero, inmobiliario e industrial; que el Sr. Marcelino es administrador de varias sociedades, es Licenciado en Económicas por la Universidad de Málaga y Diplomado por IESE de Navarra, ha sido Director de operaciones para España de PWC Consulting y responsable de la zona Norte de Consultoría de Price, y en 2007 contrató una permuta financiera con Caja Madrid; y sobre la base de esa formación del Sr. Marcelino entiende que no ha habido error al contratar.

QUINTO .- En cuanto a las características del cliente y/o formación del cliente , en el sentido de si por su formación y/o experiencia profesional podía tener un conocimiento exacto y correcto del producto contratado, el Tribunal Supremo, al analizar este tipo de contratos, ha considerado que como regla general, la normativa reguladora del mercado de valores establece un estándar muy elevado en la obligación de información que las empresas que desarrollan su actividad en este ámbito deben suministrar a sus clientes no profesionales, de ahí que, en la contratación de productos financieros complejos, haga falta un conocimiento experto y especializado en este tipo de productos para formarse adecuadamente la idea correcta de las presuposiciones básicas que llevan a contratar estos productos, sin que a tal fin sean suficientes, por ejemplo, los conocimientos propios de un licenciado en ciencias económicas o empresariales, o los de un empresario de otros sectores de la contratación (cfr. STS de 9 de diciembre de 2015 , Pte: Sarazá Jimena). Es decir, 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 experimentado en este tipo de productos (cfr. STS de 4 de febrero de 2016 , Pte: Sarazá Jimena, y STS de 29 de marzo de 2016 , Pte: Sarazá Jimena; STS de 19 de mayo de 2016 , Pte: Sarazá Jimena).

De forma concreta, cuando el cliente, una empresa de construcción, interviene asistido por su asesor laboral y contable , la STS de 18 de abril de 2013 , Pte: Sarazá Jimena, aunque no referida a un swap sino a la adquisición de participaciones preferentes de Lehman Brothers, declaró que "la condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10 . Lo acontecido supone tan solo que los demandantes se hicieron acompañar por alguien con más formación que ellos en su relación con las entidades bancarias y en el mundo de la contratación, pero eso no es bastante para eximir al profesional del mercado de valores de facilitar la información completa, clara y precisa que le exige la normativa aplicable".

La STS de 30 de octubre de 2015 , Pte: Vela Torres, no considera suficiente que el Administrador de la sociedad tenga formación de economista , y afirma de la entidad bancaria que "hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección de los clientes e información a los mismos. Omisión que no puede ser compensada o vacío informativo que no puede ser llenado por el simple hecho de que el administrador de ambas sociedades fuera economista, cuando no se ha probado que tuviera conocimientos financieros especializados o fuera experto en este tipo de productos complejos y de riesgo ".

Para la STS de 13 de noviembre de 2015 , Pte: Sarazá Jimena : "El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, 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 experimentado en este tipo de productos. Tampoco lo supone el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas . Hemos afirmado en la sentencia núm.

549/2015, de 22 de octubre de 2015 , que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad,

pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable".

Respecto a un cliente que actuó asistido por contable licenciada en ciencias económicas pero que carecía de conocimientos especializados en estos productos financieros complejos, dice la STS de 9 de diciembre de 2015, Pte: "La obligación de información que la normativa legal del mercado de valores establece para las empresas que desarrollan su actividad en este mercado es una obligación activa. La empresa de servicios de inversión, como es el caso del banco que propone a su cliente concertar un contrato de swap, tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes, cuando no tienen el carácter de profesionales de este mercado, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas.

Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional o a terceras personas. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante, y es significativo que quien fuera directora de la sucursal afirme que la administradora de Benilimp contrató el swap con base en esta confianza en su entidad bancaria y sus empleados. La empresa obligada a informar correctamente no puede objetar que el cliente que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero, o incluso por un empleado de la propia empresa (que en este caso carecía de formación financiera en este tipo de productos) y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia".

Tampoco, a estos efectos de información sobre el producto, consideró que la formación de un Administrador de la sociedad que tiene estudios de comercio y actúa junto a su hijo que los tiene de economía la STS de 4 de febrero de 2016, Pte: Sarazá Jimena: "el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros. El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil y que su administrador tuviera estudios de comercio, y su hijo de economía, no supone necesariamente ese carácter experto, como parece entender la Audiencia, 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 experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de comercio o de economía, son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable".

Lo mismo entendió respecto a un cliente minorista que era Abogado y economista la STS de 12 de febrero de 2016, Pte: Sancho Gargallo, Rec. 2450/12 : "la preparación profesional del

Sr. Cosme (licenciado en Derecho y Económicas, y haber trabajado en un despacho de abogados con asuntos internacionales), y el riesgo financiero de la sociedad (3.680.000 euros), no justifican que el administrador y la sociedad fueran inversores profesionales, según la clasificación que introdujo la reforma operada por la Ley 47/2007 (EDL 2007/212884) y que analógicamente nos sirve para deslindar cuando existía deber de informar y cuando no. Conforme al actual art. 78 bis, LMV, inversores profesionales son «aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos».

No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009". Para la STS de 11 de mayo de 201, Pte: Vela Torres, se parte de una premisa errónea cuando se considera que el cliente, por su formación como empresario e ingeniero, no necesita la información legalmente preceptiva.

Como excepción a lo anterior, y respecto a un analista de riesgos en sociedad de capital-riesgo, la STS de 16 de febrero de 2016, Pte: Sancho Gargallo, dijo: "No cualquier experiencia empresarial justifica que no opere la presunción de error vicio en caso de falta de suministro de información. Pero una experiencia como analista de riesgos en una empresa de capital riesgo, por un tiempo significativo (seis años), previa a la adquisición del grupo de sociedades que pasó a administrar y para las que contrató los swaps cuya nulidad se pide en este pleito, debe considerarse relevante para dejar sin efecto aquella presunción que establecimos en la reseñada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014. Por esta razón, consideramos que se ha conculcado la jurisprudencia antes expuesta sobre el error vicio, en la medida en que en este caso, la experiencia del administrador de las sociedades que contrató los swaps cuya nulidad se pide ahora, (seis años de analista de riesgos de una sociedad de capital riesgo), permite presuponerle un conocimiento y preparación suficiente para comprender los riesgos que asumía con la contratación de estos productos financieros complejos".

SEXTO.- En el caso presente, el administrador de la sociedad demandante tiene una formación académica como licenciado en Económicas, además de diplomado por una prestigiosa escuela de negocios, y ha tenido experiencia profesional como directivo de una empresa de consultoría, pero no se ha probado que tuviera conocimientos financieros especializados o fuera experto en este tipo de productos complejos y de riesgo.

Para presumir en el cliente un conocimiento del producto es necesario que cuente con la experiencia, conocimientos y cualificación que la Ley del Mercado de Valores presume en los clientes profesionales, conforme a lo dispuesto en el art. 78 bis, apartado 3, de la Ley del Mercado de Valores; por lo que, tratándose de personas físicas, o bien se trata de personas

que trabajan u ocupan cargos relevantes en entidades como las mencionadas en ese precepto (p.ej., instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, empresas de servicios de inversión, o entidades de capital riesgo, que fue el supuesto de la STS de 16 de febrero de 2016), o bien son empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (ex - art. 78 bis, apartado 3, subapartado c), de la LMV).

Y no hay prueba alguna de que el Sr. Marcelino, o su empresa, reúna las características antes indicadas o tenga conocimientos financieros especializados como inversor. De la misma forma que tampoco hay prueba alguna de que cuando contrató un swap en el año 2007, la entidad le diera información suficiente, clara y precisa sobre el producto.

Por tanto, ante la falta de información sobre los riesgos que asumía el cliente al contratar el swap, debe presumirse que prestó un consentimiento viciado por error, sin que ello se desvirtúe por la preparación profesional del administrador. Y ese error supone que si el cliente hubiera conocido adecuadamente los riesgos que conlleva el producto no lo hubiera contratado.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y, con él, estimar íntegramente la demanda."

Conforme a este criterio, en el presente caso no ha existido error alguno al valorar la prueba sobre la existencia o no del consentimiento y el error inexcusable, toda vez que no resulta probado que al representante de la demandante se le informase adecuadamente de los riesgos de asociar al leasing el derivado financiero y que ello podían alterar el importe del contrato. Y así la demandante no ha aportado ningún documento que acredite que se hiciera test de conveniencia, ni que se le efectuase simulación alguna de los riesgos que ello conllevaba. La demandada tan solo aportó un expediente interno que contenía datos fiscales y financieros de la demandante antes de concederle la financiación, pero ninguno que acreditase la debida información. Es más, ni siquiera dio cumplimiento a las propias normas internas de dicha entidad contenidas en el documento denominado "reglamento interno de conducta en los mercados de valores" (doc. 7 de la demanda), que incluye la obligación de transparencia e información a los clientes potenciales de los instrumentos financieros, de manera que se puedan comprender la naturaleza y riesgos de la operación e instrumento financiero que se les ofrezca.

En definitiva dando por reproducidos los argumentos de la sentencia apelada que ya analiza esta alegación previamente formulada en la contestación a la demandada, se desestima el recurso y se confirma la sentencia.

QUINTO.-La consecuencia de lo anterior es la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada (arts. 398.1 y 394.1 Lec).

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBVA SA contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016 por el Juzgado n.º 12 de Valencia en los autos de Juicio Ordinario n.º 596-15, confirmando el mismo.

Se imponen a la parte apelante las costas causadas por su recurso.

Y a su tiempo, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y debido cumplimiento.

Contra la presente resolución no cabe Recurso de Casación atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional, en el plazo de 20 días, si en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo 477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal

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

PUBLICACIÓN.- Doy fe: Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando celebrando audiencia pública la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial, en el mismo día de su fecha. Valencia a ochode noviembre de dos mil dieciséis.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el infrascrito Letrado de la Admón de Justicia, para hacer constar que, seguidamente, se notifique la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de LEXNET a los Procuradores Sres. **LAURA OLIVER FERRER y MARIA CRISTINA LITAGO LLEDO** , haciendo saber a las partes, que contra la presente resolución no cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional en el plazo de VEINTE DIAS si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de 2011, y en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal y la necesidad de constitución de depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 Euros , en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4506 abierta a nombre de éste Tribunal en el Banco de Santander, acreditando documentalmente dicho depósito.Doy fé.