

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA
Sección Segunda (Civil)

RECURSO: APELACIÓN CIVIL 1224/2017
Proc. Origen: Juicio Ordinario 025/2016
Juzgado Origen: Primera Instancia núm. 2 de Arcena

SENTENCIA NÚM. 172

Ilmos. Sres.:
MAGISTRADOS:
D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS
D. FRANCISCO BELLIDO SORIA (Ponente)
D. ANDRÉS BODEGA DE VAL

En Huelva, a tres de abril de dos mil dieciocho

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados indicados y bajo la ponencia del Ilmo. Sr. D. Francisco Bellido Soria ha visto en grado de apelación el juicio ordinario 025/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arcena (Huelva), en virtud de recurso de recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representado por el Procurador Sr. Nogales García, asistido por el Letrado sr. Parejo Domínguez, siendo parte apelada la mercantil [REDACTED] representada por la Procuradora sra. González Aragón y defendido por el Letrado sr. Pineda Niñez.

I.- ANTECEDENTES

1.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada en cuanto que no se opongan a los que siguen.

2.- Por el Juzgado de Primera Instancia indicado, con fecha veinticinco de mayo de dos mil diecisiete se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "Que estimando la demanda formulada por D. Silvia González Aragón, en nombre y representación de [REDACTED] S.A. contra BBVA, S.A., debo

Código Seguro de verificación: G1GQ12019G6V5SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificafirma/>. Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. FRANCISCO BELLIDO SORIA 04/04/2018 09:23:47

FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04

ANDRÉS BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32

FECHA

05/04/2018

ID FIRMA

PAGINA

1/11



G1GQ12019G6V5SL1T7TW==

declarar y declarar la nulidad de la estipulación sexta de la escritura pública de fecha 3 de noviembre de 2006 con número de protocolo 4.621 relativa al "Portafolio Financiero", condenando a BBVA, S.A. al pago a la actora de la cantidad de 41.352,54 euros más intereses legales, y las costas procesales causadas."

3.- Contra la anterior se interpuso recurso de apelación, por la entidad demandada, que fue admitido en ambos efectos, y, dado traslado a la parte contraria, fueron remitidos los autos a esta Audiencia, para su resolución.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia estimatoria de la demanda, solicitando se estime el recurso en base a los siguientes alegatos: 1.- La acción ejercitada está caducada conforme a lo alegado en el escrito de contestación a la demanda, que ahora se reitera.

2.- La normativa aplicada es errónea. No aplica la normativa relativa a instrumentos financieros y servicios de inversión, como ya se mantuvo en el escrito de contestación a la demanda, se trata de un derivado financiero en el préstamo con garantía hipotecaria, no es un swap o contrato financiero firmando después de un préstamo hipotecario por lo que se rige por la normativa bancaria y no se aplican los requisitos exigidos por la normativa del mercado de valores, en el que se fundamenta jurídicamente la sentencia.

3.- Consideración de la actora como no consumidor. Da por reproducidas las alegaciones que al respecto hizo en la contestación a la demanda, por lo que no puede ser aplicada en este caso la normativa de consumidores.

4.- Inexistencia de error en el consentimiento de la actora. Se remite a las alegaciones que al respecto hizo la demandada en el escrito de contestación a la demanda, con remisión al fundamento de derecho tercero del escrito de contestación.

La parte apelada se opone al recurso, alegando en primer lugar que el recurso no debió ser admitido a trámite al no haberse prestado el depósito dentro de los veinte días que se conceden para interponer el mismo, no siendo válido el prestado con posterioridad a dicho plazo.

En segundo lugar y en cuanto a la caducidad de la acción, se remite a la contestación a la demanda, sin rebatir los argumentos de la sentencia. En cualquier caso debemos estar a la consumación del contrato que en este caso tuvo lugar en diciembre de 2015, por lo que es obvio que no ha transcurrido el plazo hasta que se presentó la demanda.

En tercer lugar y sin alegar nuevamente argumento específico alguno frente a la sentencia, alega que esta se fundamenta en normativa errónea, sin alegar cual es la que considera aplicable, sin embargo en su informe de valoración la recurrente mantiene que el derivado implícito se trata de una permuta financiera de tipos de interés, un producto financiero complejo del que no fue informada la prestataria en cuanto a su características y efectos a la hora de la cancelación anticipada, por lo que debe ser anulado.

En cuarto lugar alega sin argumentación que no tiene la actora condición de consumidor, cuando se ha acreditado que se trata de una pequeña empresa que no

Código Seguro de verificación: G1GQ12019G6V5SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificafirma/>. Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. FRANCISCO BELLIDO SORIA 04/04/2018 09:23:47

FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04

ANDRÉS BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32

FECHA

05/04/2018

ID FIRMA

PAGINA

2/11



G1GQ12019G6V5SL1T7TW==

tiene carácter de profesional financiero y que por sí misma no está capacitada para contratar productos complejos de carácter financiero, por lo que la falta absoluta de información sobre el derivado implícito y sus efectos, que se introdujo por el banco en una escritura de novación de otra otorgada momentos antes es patente y por ello debe mantenerse la sentencia.

SEGUNDO.- Procede resolver en primer lugar el alegato de la parte apelada en referencia a que el recurso no debió ser admitido a trámite al no haberse prestado el depósito dentro de los veinte días que se conceden para interponer el mismo, no siendo válido el prestado con posterioridad a dicho plazo.

Sobre este particular se ha pronunciado el TS en auto de 19/04/2017 (ROJ ATS 3408/2017), citando la legislación aplicable, doctrina del TC y otras resoluciones del TS en relación a la constitución del depósito para recurrir, razonando al respecto que "La D.A. 15.ª LOPJ, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece, en el apartado primero que: «[...] la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios (...) precisarán de la constitución de un depósito a tal efecto [...]».

En el apartado 3.º se recoge que: «[...] Todo el que pretenda interponer recurso contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como depósito: a) 50 euros, si se trata de recurso de queja, b) 50 euros, si se trata de recurso de apelación o de rescisión de sentencia firme a instancia del rebulde, c) 50 euros, si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, d) 50 euros, si el recurso fuera el de casación, incluido el de casación para la unificación de doctrina, e) 50 euros, si fuera revisión [...]».

En el apartado 6.º se añade que: «[...] la admisión de recurso precisará que, al interponerse el mismo si se trata de resoluciones interlocutorias, al presentar el recurso o de queja, al interponer la demanda de rescisión de sentencia firme en la rebeldía o la revisión o al amonarse o prepararse el mismo en los demás casos (...), la cantidad objeto de depósito [...]».

Añadiendo el apartado 7.º que: «[...] no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa. De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada [...]».

La SSTC n.º 190/2012 de 29 de octubre de 2012 (recurso 8677/2010), recogiendo lo dicho en anteriores sentencias en SSTC 129/2012, 130/2012 y 134/2012 en, establece en relación a la falta de constitución del depósito para recurrir, que: «[...] se trata sin duda de un requisito de inexcusable cumplimiento, sin el cual la parte no tendrá derecho a que el procedimiento impugnatorio se sustancie en todas sus fases y, en todo caso, a que se resuelva en el fondo. En la apelación civil, a tenor de lo establecido en el segundo inciso del apartado 6 de la disposición adicional decimoginta, el requisito debe formalizarse antes de presentarse el escrito de preparación del recurso, de modo que la parte recurrente debiera aportar con éste, copia del resguardo del depósito ya efectuado en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial correspondiente. La consecuencia de no constituir el depósito será la no admisión a trámite del recurso.

según indica el párrafo primero del apartado 7 de dicha disposición adicional. Ahora bien, establecido lo anterior, es claro que la ley no pretende que la exigencia de este depósito acabe erigiéndose en un obstáculo excesivo al ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 24.1 CE). De modo que obliga al órgano judicial que ha dictado la resolución susceptible de ser impugnada a advertir a las partes de 'la necesidad de constitución de depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo' (apartado 6, párrafo primero in fine, de la disposición adicional decimoginta LOPJ). Y antes de decretar la inadmisión a trámite del recurso, se garantiza a la parte recurrente 'que hubiere incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito' la apertura de un plazo de dos días, añade la norma, 'para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa' (apartado 7, párrafo segundo). Sólo en caso de que la parte incumpla ese requerimiento, precisa la norma, 'se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso' (apartado 7, último párrafo, de la disposición adicional decimoginta LOPJ) [...]».

Esta sola se ha pronunciado en supuestos similares al que ahora es objeto de recurso. Así en los recursos de queja 43/2014 y 71/2014, se desestima el recurso y por tanto se confirma el auto que había dictado la Audiencia Provincial por el que acordaba no tener por interpuesto el recurso de casación, en un supuesto en el que la parte recurrente había constituido el depósito fuera del plazo de subsanación que al efecto le fue concedido: en igual sentido se ha pronunciado en el recurso de queja 38/2014, de fecha 16 de septiembre de 2014 y en Recurso de Queja 382/2014 de fecha 11 de marzo de 2015."

Por lo tanto habiéndose prestado el depósito incluso antes de poder haber sido requerida la parte apelante para subsanar la posible carencia del mismo, conforme establece la Disposición Adicional referida, es por lo que entendemos que este alegato previo sobre admisión del recurso debe ser rechazado, al cumplirse el requisito de la prestación el depósito para recurrir.

TERCERO.- Por lo que se refiere ahora a la caducidad de la acción de anulabilidad contractual por error/vicio en el consentimiento interpuesta en la demanda por haber transcurrido según la apelante el plazo de cuatro años del art. 1301 CC, debe decirse al respecto que según el TS estamos ante un plazo de caducidad, como recoge la sentencia de 03/06/2016, que por ello a diferencia de la prescripción no admite interrupción. En el mismo sentido sobre que estamos ante un plazo de caducidad podemos citar las SSTs de 20/04/2016 y 24/05/2016.

Siendo de caducidad el plazo de cuatro años y que no admite interrupción, debemos determinar si ha transcurrido para la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento que según la parte apelante deben comenzar a contarse desde la consumación del contrato como refiere el art. 1301 del CC, que entiende referido al momento de la suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en noviembre de 2006, por lo que la haberse interpuesto la demanda en 2015, han transcurrido de sobra el plazo de cuatro años de caducidad que se establece en el Código Civil para esta clase de acciones.

Aquel término (consumación del contrato) resultaba un tanto equívoco, dando lugar a problemas interpretativos, habiendo quedado totalmente aclarado con la STS de 12 de enero de 2015 (Pleno) que ha venido a solventar toda la problemática que suscitaba señalando que el contrato no se consuma "hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción".

Código Seguro de verificación: G1G6L201G3F6V5SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://www.sedelectronica.es/verificar-firma>. Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04 FECHA 05/04/2018

ID FIRMA ANDRÉS BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32 PÁGINA 3/11



G1G6L201G3F6V5SL1T7TW==

Código Seguro de verificación: G1G6L201G3F6V5SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://www.sedelectronica.es/verificar-firma>. Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04 FECHA 05/04/2018

ID FIRMA ANDRÉS BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32 PÁGINA 4/11



G1G6L201G3F6V5SL1T7TW==

Doctrina que el TS ha seguido manteniendo en recientes sentencias, pudiendo citar por todas la de 02 de marzo de 2018 (ROI, STS 636/2018), cuando sigue manteniendo que "La primera alegación, con relación a la caducidad de la acción, no puede ser estimada. Entre otras, en las SSTS 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015, se declara que el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de nulación del contrato por error vicio, no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error."

En este caso mantiene la sentencia que la acción no está caducada al entender que la actora tuvo conocimiento de los riesgos que implicaba el contrato cuando le cobran en enero de 2015 la cantidad reclamada en concepto de coste de amortización del derivado financiero, interponiendo la demanda en diciembre de ese mismo año, por lo que es claro que no ha transcurrido el plazo de caducidad antes expresado.

La Sala a la vista de la doctrina jurisprudencial citada, no puede tener como fecha de comienzo del cómputo del plazo de caducidad de cuatro años para interponer la acción de anulabilidad por error vicio en el consentimiento, la de suscripción de la escritura de novación del préstamo hipotecario e introducción del derivado financiero implícito, al ser claro que en esa fecha no tenía conciencia del error, sino que fue cuando recibió la comunicación del Banco con la liquidación del préstamo (doc. 5 de la demanda), en la que aparece la liquidación del derivado financiero implícito por cancelación anticipada, aclarándole luego el Banco en el informe de valoración de donde sale la cantidad reclamada por tal concepto que recibió la actora el 12/12/2014, siendo la liquidación definitiva de fecha 18 siguiente, con cargo en cuenta de la cantidad que ahora se reclama el 16/01/2015, por lo tanto habiendo tomado conocimiento de la existencia del error con el primer documento de liquidación recibido, como informó el propio Letrado de la parte actora en el acto del juicio en el que se le dice al cliente cuanto le cuesta el derivado financiero que recoge la novación del préstamo cuyo importe se carga en enero de 2015, es obvio que al haberse interpuesto la demanda en diciembre de ese año, la acción ejercitada no estaba caducada.

CUARTO. El alegato principal del recurso se refiere a que la sentencia aplica la normativa relativa a los contratos de permuta de intereses (swap), cuando lo contratado no ha sido eso sino un derivado financiero en el préstamo con garantía hipotecaria, por lo que se rige por la normativa bancaria y no se aplican los requisitos exigidos por la normativa del mercado de valores, en el que se fundamenta jurídicamente la sentencia, entendiendo que no hay error en el consentimiento remitiéndose a las alegaciones que al respecto hizo la ahora recurrente en el escrito de contestación a la demanda, con remisión al fundamento de derecho tercero del escrito de contestación, sin hacer valoración concreta alguna sobre lo razonado en la sentencia de primera instancia.

Son antecedentes de la cuestión debatida que la actora y Banco de Andalucía S.A. suscribieron préstamo hipotecario el 22/01/2004. Posteriormente la demandante y BBVA suscribieron escritura de subrogación y novación de préstamo hipotecario ya referido en el que esta última entidad bancaria se subrogaba en la posición acreedora que se otorgó en Sevilla ante el Notario D. [REDACTED] bajo el nº [REDACTED] de su protocolo, en el que se modificaron ciertas condiciones relativas fundamentalmente al capital que se fijó en 495.229,57 euros y tipos de interés, fijándose un interés fijo del 4,65% durante los seis primeros meses

FIRMADO POR		FECHA		05/04/2018
FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MÁZUELOS 04/04/2018 14:05:04				
ID FIRMA	w051_junitedandulucia.es	PÁGINA	5/11	

y terminado este el interés será variable basado en el Euribor, más un diferencial de 0,95 puntos.
En la misma fecha y Notaría con número protocolar inmediatamente siguiente, se nova la anterior escritura para aumentar el capital hasta los 575.000,00 euros, se establece un interés fijo del 4,70%, hasta el 28/02/2007 y un tipo de interés variable hasta la finalización del préstamo consistente en un derivado financiero implícito que determinará el interés basado en el Euribor a doce meses inferior al 4,32%, el tipo de interés aplicable sería el 4,70% y si es superior o igual a 4,32%, el interés aplicable sería el resultado de sumar al Euribor un diferencial del 0,80 puntos.

El contrato recogía en la cláusula 6 "Derivado Financiero", que el acuerdo entre las partes relativo al tipo de interés definido en el apartado anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato, frente a la opción de aplicar un tipo de interés variable de mercado (Euribor) se denominará derivado financiero. Dedicando el apartado 6.1 a determinar que el Derivado tiene carácter esencial en el contrato y el apartado 6.2 se denomina "Liquidación de DERIVADO FINANCIERO por la amortización anticipada o el vencimiento anticipado de este contrato" recogiendo en el apartado 6.2.1 que los supuestos contemplados en el apartado anterior (vencimiento anticipado o reembolso anticipado total o parcial), implican y conllevarán la cancelación total o parcial del Derivado Financiero, el Banco determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o un beneficio en la operación de cobertura, especificando en el apartado siguiente 6.2.2 lo que debe realizarse cuando se comunica la liquidación por el Banco al cliente del Derivado, hasta que quede firme la liquidación y se proceda por la parte que corresponda a su pago.

Al cancelarse el préstamo anticipadamente en diciembre del 2014, se cargó a la actora por la liquidación del derivado financiero el 15/01/2015 la cantidad de 41.352,54 euros.

En cuanto a la naturaleza financiera del derivado, consta acreditado que al presentar la actora solicitud de liquidación de préstamo por amortización anticipada se emitió informe de valoración del derivado implícito por la entidad BBVA que lo cataloga en su punto segundo como una **permuta financiera de tipos de interés**. Los derivados financieros están considerados por la jurisprudencia del TS como un producto financiero complejo que requiere una información suficiente de la entidad financiera al cliente, regulada tanto por la normativa MIFID como la PREMIID, como se razonará.

El TS se ha ocupado en la sentencia de 01/07/2016 (ROI STS 3147/2016), de caso similar al que nos ocupa incidiendo en los deberes de información de la entidad bancaria al introducir el derivado financiero implícito en el contrato de préstamo y las consecuencias de su falta, razonando con cita de otras sentencias que "El contrato de préstamo concertado por las partes en cuanto que incorpora una derivado implícito que afecta a la determinación de los intereses, y que luego estaba vinculado al coste de la cancelación o amortización anticipada del préstamo, requería respecto de estos extremos el cumplimiento de unos estándares debidos de información por parte del banco. El derivado constituye un producto complejo. De hecho, tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el art. 79 bis 8 a) así lo contempla, pues, cuando establece los requisitos para considerar un producto financiero no complejo, expresamente exige que no sea un producto derivado. Luego a sensu contrario, un derivado es un producto complejo.

FIRMADO POR		FECHA		05/04/2018
FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MÁZUELOS 04/04/2018 14:05:04				
ID FIRMA	w051_junitedandulucia.es	PÁGINA	6/11	

3. De este modo, aunque por la fecha del contrato, el 25 de septiembre de 2007, todavía no se había trasposto la normativa MiFID, estaba vigente la que hemos venido a denominar pre-MiFID, que ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información.

Así lo hemos declarado en muchas ocasiones, entre ellas en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, y 60/2016, de 12 de febrero: «También con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la solvencia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos apartados a la inversión que se realiza.

»El art. 79 LMF ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

»Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]».

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

Código Seguro de verificación:GF0GL201G96GV8SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws.121.juntadeandalucia.es/verificar/copia>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FRANCISCO BELLIDO SORIA 04/04/2018 09:23:47

FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04

ANDRES BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32

GF0GL201G96GV8SL1T7TW==



GF0GL201G96GV8SL1T7TW==

FECHA

05/04/2018

PÁGINA

7/11

Obviamente, como la finalidad de los deberes de información expuestos es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer, la intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto. A mayor complejidad, se requerirá una actividad informativa mayor, que disminuya conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos».

En este caso estamos ante un cliente minorista no experto financiero, pues se trata de una pequeña sociedad, otra cosa no se ha acreditado, por ello correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente, en este caso al administrador de la sociedad actora, sobre las características del derivado financiero y, sobre todo, de los concretos riesgos que conllevaba, así como de las implicaciones que podía tener respecto de la amortización anticipada del préstamo, en concreto, en relación con el coste de dicha cancelación.

A respecto de la información suministrada por la entidad financiera ha quedado probado con la testifical de la empleada que intervino en la operación (sra. [REDACTED] que hubo reuniones previas a la firma del contrato, en las que, según dijo, se explicó en que consistía el derivado y que tendría que pagar la cancelación y que podría suponer para la prestataria un coste en caso que fuese anticipada, pero que posiblemente ello no ocurriría, añadiendo que por escrito no se entregó nada a la entidad prestataria, añadiendo que había que intervenido en la operación la asesora jurídica del Banco que remitió la minuta de la escritura a la Notaría.

Por lo tanto, debemos concluir que respecto del derivado implícito, que la entidad financiera trasladó información verbal sobre el Derivado que no puede considerarse suficiente, entendiendo que el defecto principal de información radicaba sobre la liquidación del mismo y su incidencia en caso de amortización del préstamo sobre todo cuanto se produjera de manera anticipada, como se deduce de la escritura y del informe pericial presentado por la actora, ratificado en el juicio, sin que además la mentada testigo diese explicaciones suficientes sobre tal extremo, pues se limitó, como se ha dicho, a decir que la liquidación en caso de amortización pudiera ser negativa pero que era poco probable, información a todas luces insuficiente para los efectos de que el cliente no ayezado en cuestiones financieras, como aquí ocurre, pudiera hacerse una idea, siquiera aproximada de lo que supondría el coste de la amortización anticipada del contrato, todo ello sin perjuicio de que para la testigo la cláusula contractual era clara, en la medida en que el coste de la liquidación no podía preverse de antemano, pues el derivado estaba sujeto a una cotización, pero es claro, como ya hemos apuntado que la simple lectura de la cláusula 6.2 no consigue que el cliente no profesional pueda hacerse una idea de los costes concretos que podían llegar a la amortización anticipada del producto.

Por otra parte y por lo que se refiere al error vicio la sentencia antes citada con cita de otras viene a especificar que " el error vicio, conviene traer a colación la jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros complejos se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de

Código Seguro de verificación:GF0GL201G96GV8SL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws.121.juntadeandalucia.es/verificar/copia>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FRANCISCO BELLIDO SORIA 04/04/2018 09:23:47

FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04

ANDRES BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32

GF0GL201G96GV8SL1T7TW==



GF0GL201G96GV8SL1T7TW==

FECHA

05/04/2018

PÁGINA

8/11

presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea...Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valoró la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que integra protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría cometido lo que al contratar ignoraba; en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida...Es cierto que, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error...El error, que debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del derivado financiero, en concreto, los eventuales costes que puede generar en caso de cancelación anticipada...«Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contratada era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero» (Sentencia 359/2016, de 1 de junio).

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

Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cedente del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 609/2015, de 23 de noviembre). Esta argumentación referida a otro producto financiero complejo, es aplicable en el presente caso al derivado financiero incluido en el contrato de préstamo.»

Código Seguro de verificación:GFQJ201936GVSL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://s121.juntadeandalucia.es/verifirma2/ . Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.	
FIRMADO POR	FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MACULEOS 04/04/2018 14:05:04
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es
GFQJ201936GVSL1T7TW==	
PÁGINA 9/11	

Atendiendo a la doctrina expuesta y el resultado probatorio del proceso tanto personal como documental, deben mantenerse las conclusiones de la sentencia de primera instancia en cuanto a que la parte actora sufrió vicio en el consentimiento al contratar por no haber recibido información suficiente sobre los costes que suponía la cancelación anticipada del préstamo, ni siquiera de manera aproximada, lo que se podría haber hecho, según expuso el perito sr. Gálvez en el acto del juicio, por lo que deben mantenerse los razonamientos de la sentencia en relación a esta cuestión que entendemos lógicos y razonados, sobre todo cuando en el recurso no se atacan razonamientos concretos de la misma, limitándose a remitirse a sus alegatos en la contestación de la demanda.

En definitiva, el error es sustancial y relevante sobre los riesgos derivados de la liquidación anticipada del derivado financiero que vició de nulidad el contrato de préstamo en el que se incluyó este Derivado.

Dicho error conforme a la jurisprudencia del TS (por todas STS de 08/06/2017 (ROJ STS 2265/2017) debería llevar a declarar la nulidad del contrato y no de una cláusula o parte del mismo, pero nada de eso se interesa por las partes una vez recurrida la sentencia, por lo que debemos estar al principio dispositivo y confirmar la sentencia apelada.

QUINTO.- Por lo expuesto se desestima el recurso y se confirma la resolución apelada.

Las costas de esta instancia se imponen a la parte apelante al haber sido desestimadas todas sus pretensiones (art. 398 LEC).

Se acuerda la pérdida del depósito realizado para recurrir, conforme establece para los casos de desestimación del recurso la DA 1ª de la LOPJ.

FALLO

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, contra la sentencia dictada el veinticinco de mayo de dos mil dieciséis en el asunto a que se refiere el rollo de Sala arriba citado, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arcena y **CONFIRMARLA en su integridad**.

Las costas del recurso se imponen a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida del depósito realizado para recurrir.

Notifíquese a las partes con indicación de la necesidad de constitución de depósito en caso de recurrir la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la L.O.P.J. De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la L.E.C., contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo que debe interponerse en el plazo de veinte días ante esta Audiencia si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse conjuntamente con el recurso de casación recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal.

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

Código Seguro de verificación:GFQJ201936GVSL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://s121.juntadeandalucia.es/verifirma2/ . Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.	
FIRMADO POR	FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MACULEOS 04/04/2018 14:05:04
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es
GFQJ201936GVSL1T7TW==	
PÁGINA 10/11	

"En atención a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberá ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15.916 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".

Código Seguro de verificación: GFG6L201960VSHL1T7TW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la página: <http://www.clj.gub.cl/verificacion>. Este documento electrónico fue reconocido de acuerdo a la Ley 59.2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FRANCISCO BELIDO SORIA 04/04/2018 09:23:47	FECHA	05/04/2018
		FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS 04/04/2018 14:05:04		
		ANDRES BODEGA DE VAL 05/04/2018 14:24:32		
ID. FIRMA		vs051juntadendulucia as	PÁGINA	11/11
				
		GFG6L201960VSHL1T7TW==		