

	LAURA RUBERT RAGA	Referencia	0481/17
Cliente			
Letrado	IGNACIO GRAU GRAU		12060
Procedimiento	194/19	AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 6ª	
Notificación	02/07/2019	Resolución	28/06/2019
Procesal			

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA
SECCIÓN SEXTA**

Rollo nº 000194/2019

SENTENCIA N.º 304

Ilmos. Sres.:

Presidente:

DON JOSÉ ANTONIO LAHOZ RODRIGO

Magistradas:

DOÑA MARÍA MESTRE RAMOS

DOÑA MARÍA-EUGENIA FERRAGUT PÉREZ

En la ciudad de Valencia, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, han visto el presente recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 7 de enero de 2019 dictada en AUTOS DE JUICIO ORDINARIO 914-2017 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia Doce de los de Valencia, entre partes, como apelante-demandada LA ENTIDAD MERCANTIL BBVA SA representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. MARÍA CRISTINA LITAGO LLEDO, asistida del Letrado D. CARLOS GARCÍA DE LA CALLE V, como APELADA-DEMANDANTE LA ENTIDAD MERCANTIL representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. LAURA RUBERT RAGA, asistida del Letrado D. IGNACIO GRAU GRAU.

Es Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA MESTRE RAMOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de fecha 7 de enero de 2019 contiene el siguiente Fallo:

“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por contra Banco Bilbao Argentaria S.A SA se condena a la demandada a indemnizar a la actora mediante la devolución de todas las cantidades percibidas y que se perciban hasta sentencia

por el derivado financiero con los intereses legales que se indican en el fundamento de derecho séptimo. El importe derivado se hallará restando, a los importes de cada liquidación, las cuotas de los préstamos correspondientes, recalculadas a Euribor a un mes sin diferencial en el contrato de 2007 (anexo 3, cláusula 1.2.2 del documento 3) y a Euribor a un año con un diferencial de 1.25 en el contrato de 2008, (tal y como establece las condiciones particulares del contrato, folio 19/20 del documento 4). No procede condena en costas.”

SEGUNDO.- Notificada la Sentencia, ENTIDAD MERCANTIL BBVA SA interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, error en la Sentencia en la valoración de la prueba y error iuris por cuanto respecto a la acción de indemnización de daños y perjuicios no hubo falta de información, además los daños y perjuicios no pueden confundirse con los intereses que recoge la parte dispositiva del fallo (diferencia del tipo fijo que se pactó y un tipo variable).

Alegándose hechos probados.

En primer lugar se alega la improcedencia de la condena a la indemnización de daños y perjuicios según el fallo.

En segundo lugar y en tercer lugar improcedencia de identificar los daños y perjuicios con los intereses devengados por las dos operaciones de arrendamiento financiero: falta de acreditación del daño. Si la actora no ha cancelado y no ha acreditado el coste de dicha cancelación.

En cuarto lugar improcedencia de estimar la condena a daños y perjuicios derivados de un supuesto incumplimiento precontractual sobre falta de información del coste de cancelación.

En quinto lugar infracción de la doctrina de las AAPP sobre la nula relevancia a efectos de cláusulas abusivas, vicio consentimiento y acción de indemnización de daños y perjuicios por falta de información sobre el coste de cancelación al tratarse de una obligación impuesta por el art. 9 ley 41/07.

El coste de cancelación a valor de mercado constituye una previsión legal.

En sexto lugar prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios consistentes en intereses de un contrato de arrendamiento financiero. Art. 1966-3 CC al haber transcurrido mas de 5 años. Desde que se contemplaron los intereses en el contrato según el cuadro de amortización.

En séptimo lugar la condena a los intereses legales no desde la fecha fijada en la sentencia sino desde la interposición de la demanda.

En octavo lugar y con carácter subsidiario se alega caducidad de la acción de anulación derivada de los dos contratos de arrendamiento financiero.

En noveno lugar la improcedencia de la declaración de nulidad parcial de contratos de arrendamiento financiero (petición subsidiaria b) del suplico de la demanda.

En décimo lugar la improcedencia de la declaración de nulidad total por no darse los requisitos del vicio del consentimiento e infracción de la jurisprudencia del TS y doctrina AAPP sobre falta de información del coste de cancelación al tratarse de una obligación legal.

TERCERO.- El Juzgado dio traslado a la parte contraria que presentó escrito de oposición.

CUARTO.- Las pruebas que se han practicado en primera instancia y que son objeto de nueva valoración por el Tribunal han sido:

- 1.- Documental
- 2.- Interrogatorio
- 3.- Testifical
- 4.- Pericial

QUINTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló el día 5 de junio de 2019 para deliberación y votación, que se verificó, quedando, seguidamente, para dictar resolución.

SEXTO.- Se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución apelada en lo que no se oponga a los contenidos en esta.

PRIMERO.- La cuestión planteada por la parte apelante, **ENTIDAD MERCANTIL BBVA SA** en virtud del recurso de apelación interpuesto es resolver si procede desestimar la demanda absolviendo a la parte demandada de los pedimentos contenidos en la demanda instada por la ENTIDAD MERCANTIL

SEGUNDO.- El juzgador de instancia consideró:

"PRIMERO.- Manifiesta la parte actora como fundamento de las pretensiones que se contienen en el escrito de demanda que en la fecha de 26/4/2007 y 17/7/2008, suscribió dos contrato de préstamo (en realidad arrendamiento financiero tal y como reconoce posteriormente, documentos 3 y 4) con tipos fijos de 5,29% y 6,05% respectivamente, sin que se informara de las costas de tales operaciones, tales como el coste de los derivados financieros en el momento de la firma ni el potencial coste de cancelación de tales derivados, siendo nula la experiencia financiera de la actora y del administrador y avalista de la misma, constituyendo objeto de aquella operación, la generación de electricidad mediante energías renovables (documento 2). Señala que la parte demandada solo le indicó que tal derivado era el tipo de préstamo, no siendo otorgada información precontractual sobre los derivados financiero que se incluían y sus consecuencias, tales como:

- el coste de cancelación de tales derivados el día de la firma (42.482,94 euros y 40.789 09 euros, respectivamente)

- la tendencia bajista de los tipos de intereses lo que determinó la contratación ante la creencia de que iban a ascender cuando por el contrato el Euribor paso de tipos cerca del 2% en el año 2009, llegando a ser negativo (documento 5)

- La diferencia entre los intereses pendientes y el coste de cancelación era ínfima según se desprende del informe pericial representando con coste del 12,77% y 16,94% respectivamente, suponiendo un intereses leoninos y usurarios

- No se efectuó test de idoneidad

Señala que desconocía que era un derivado financiero, siendo introducido en los contratos por la entidad demandada sin información alguna y de manera difusa pese a conocer que los tipos de intereses bajarían, por lo que de este modo se aseguraba mayor ganancia a costa de la demandante, tal y como se recoge en el informe pericial que se aporta como documento 6 que refiere también que dicho producto tiene un carácter independiente del contrato de préstamo, siendo además especialmente perjudicial el derivado del contrato del 2008 pues además de impedir la cancelación dado su coste, establece un tipo mínimo de 6,05% ante las bajadas de tipos pero es variable en los escenarios de subida

SEGUNDO.- Frente a la pretensión que se ejercita, la parte demandada alega la caducidad de la acción de nulidad por cuanto desde la fecha de 11/4/13 y 29/1/13 según resulta de las reclamaciones al Banco de España que se acompañan al documento 6 de la demanda, se pudo ejercitar la acción indicada. Señala que los intereses que se reclaman son de naturaleza remuneratoria por lo que no pueden ser calificados como daños y perjuicios, hallándose prescritos, sin que los intereses que pretende aplicar la actora tengan cobertura legal o contractual, debiendo en todo caso pagar por el uso del bien objeto del contrato. Señala que el administrador de la entidad actora, no consumidora, tenía conocimientos y preparación para comprender el producto, no siendo swap sino un derivado implícito que determinaba la aplicación de un tipo fijo, siendo utilizado para obtener rentabilidad y en todo caso confirmada su voluntad con la suscripción del segundo contrato. Niega la existencia de incumplimiento contractual así como de falta de información precontractual que pueda dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, siendo clara la información en el contrato respecto de la cuota compuesta por capital vivo, carga financiera e impuestos, definiendo el derivado financiero, los intereses ordinarios, la liquidación por cancelación anticipada y declarando el arrendatario tener conocimiento de las características del derivado financiero (pacto 1.2 del documento 3 de la demanda y anexo III de los contratos).

TERCERO.- Del suplico de la demanda formulada por la parte actora se desprende que se ejercita una acción principal de indemnización de daños y perjuicios y dos subsidiarias de nulidad, fundamentadas todas esencialmente en el incumplimiento del deber de información precontractual. Respecto de la normativa aplicable a este tipo de contratos, el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de junio de 2017 en la que analiza una póliza de arrendamiento financiero con derivado implícito del BBVA señala que "en otra sentencia anterior (sentencia 450/2016, de 1 de julio), hablamos declarado que el derivado implícito introducido en una póliza de préstamo era un producto financiero complejo, respecto del que reglan los deberes de información de la normativa MIFID. Razon por la cual, debía haber sido objeto de la información exigida por el art. 79 bis LMV.". De acuerdo con lo dicho sobre la entidad demandada pesaban las obligaciones que imponía la Ley de Mercado de Valores tanto anterior como posterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre y RD 629/1993, de 3 de mayo. El artículo 1.101 CC señala que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo, contravinieren al tenor de aquéllas. Para poder apreciar tal responsabilidad por tanto hay que acreditar el incumplimiento de alguna obligación por parte de uno de los contratantes así como la existencia de daños y un nexo causal entre esta y el daño ocasionado.

Analizando los contratos suscritos, en sus anexos, definían el "DERIVADO FINANCIERO" como la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en tales contratos, indicando que a los efectos previstos en tal apartado el interés variable de mercado a que se refiere es el Euribor (EURO INTERBANK OFFERED RATE), es decir, el tipo de interés promovido por la Federación Bancaria Europea, consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en Euros a plazo de UN MES y referido al día quince del mes anterior al comienzo de cada período de interés o al día hábil si aquél no lo fuese, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación ... se pactaba así mismo dentro del apartado relativo "al CARÁCTER DE CONDICIÓN ESENCIAL DEL DERIVADO FINANCIERO" que el tipo de interés que se recoge y la estructura de cuotas pactada en el presente contrato han sido acordadas con el arrendatario financiero en respuesta a una solicitud concreta del mismo. En atención a ello tiene el carácter de condición esencial de este contrato. Cualquier alteración de plazos o importes

derivada de una cancelación anticipada (ya sea como consecuencia del vencimiento anticipado del contrato o por la terminación pactada) del presente contrato, conllevará la cancelación del Derivado Financiero en el importe equivalente a la cantidad pagada anticipadamente en concepto de recuperación del coste fuera del plazo previsto en el presente contrato, lo que dará lugar a una pérdida o a una ganancia, que se cargará o abonará, respectivamente, en la cuenta de cargo del el arrendatario financiero reseñada en el presente contrato, lo que el el arrendatario financiero reconoce y acepta expresamente de conformidad con la declaración establecida al final del presente contrato. Respecto de la "LIQUIDACIÓN DEL DERIVADO FINANCIERO POR LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DE ESTE CONTRATO se señalaba que en los supuestos contemplados en la Estipulación anterior, que implican y conllevan la cancelación del Derivado Financiero, BBVA 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 estos supuestos de cancelación del Derivado Financiero, BBVA comunicará al el arrendatario financiero el importe que, según los cálculos del Banco, debería éste a cobrar del el arrendatario financiero (expresado con signo positivo) o a abonar a dicho el arrendatario financiero (expresado con signo negativo) por la cancelación anticipada del Derivado Financiero... Ambos contratos reflejan las DECLARACIONES EXPRESAS siguientes : "el arrendatario financiero declara que ha solicitado a BBVA la presente operación con las características que se contemplan en la misma, en particular las relativas al derivado financiero implícito definido en la presente cláusula, declarando asimismo que ha realizado su propia valoración en relación con la operación objeto de este contrato, reconociendo expresamente que las características del mismo se ajustan sus objetivos de financiación y que los riesgos asociados al mismo se adaptan a su perfil. Asimismo manifiesta que ha sido informado de las condiciones y riesgos asociados a eventuales escenarios cambiantes de tipos de interés, por lo que es capaz de evaluar las ventajas e inconvenientes financieros del contrato y que, en consecuencia, entiende, asume y acepta plenamente los términos, condiciones y riesgos inherentes al mismo. Especialmente el arrendatario financiero y, en su caso, los fiadores asumen y entienden las consecuencias de una eventual cancelación anticipada del Derivado Financiero Implícito en este arrendamiento y aceptan expresamente este extremo, así como la forma de cálculo del mencionado importe, reflejada en el punto 1.4 de esta Estipulación, que declaran entender íntegramente".

CUARTO.- La documentación referida evidencia que el contrato si contenía una explicación clara y comprensible de los efectos o consecuencias del derivado respecto de la determinación del interés aplicable al leasing concertado pues suponían la aplicación del interés que expresaban tales contratos. No existió sin embargo, pues no se acredita por la entidad demandada, tal y como señala la STS de 1/7/16, información sobre la liquidación del derivado en caso de amortización anticipada del contrato de arrendamiento financiero sin que tampoco conste que dicho extremo fuere conocido por la actora por poseer conocimientos financieros específicos dada que no se acreditan los mismos ni ello puede inferirse del hecho de haber sido suscrito un segundo contrato. Respecto del primer contrato tal y como señala la citada sentencia "También con anterioridad a la transposición 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 sustancia, 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 aparejados a la inversión que se realiza. El art. 79 LMV 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».

Con respecto al segundo de los contratos atendida la fecha de celebración, por resultar posterior a la entrada en vigor de la ley 47/07 de 19 de diciembre (21 de diciembre de 2007), así como al RD 217/08(17 de febrero de 2008) que modificó el reglamento de la ley 35/03 de 4 de noviembre, es de aplicación la ley de Mercado de Valores en su redacción posterior a su reforma por la de 19 de diciembre de 2007 y el RD 217/08.

Tal y como indica la SAP de Barcelona de 25/7/17, analizando un contrato de arrendamiento financiero con derivado implícito concertado por la misma entidad bancaria y en similares términos a los expuestos, se advierte " un defecto de información sobre la liquidación del derivado en caso de cancelación anticipada del contrato de arrendamiento financiero. Es verdad que la cláusula adicional transcrita advierte expresamente de que la cancelación anticipada del leasing conllevaba la cancelación del derivado financiero y que ello podía dar lugar a una pérdida o a una ganancia, pero entendemos que tal previsión es claramente insuficiente. La lectura del apartado 1.4 de la cláusula adicional, dedicado a la "liquidación del derivado financiero por la cancelación anticipada de este contrato" no permite hacerse una idea de los costes concretos que podía representar la cancelación anticipada del leasing. De hecho, el citado apartado no contiene explicación sobre la forma de calcular la liquidación, limitándose a señalar la forma de proceder si el arrendatario financiero no está conforme con la liquidación practicada por el Banco, pero sin especificar cómo se efectúan los cálculos. Aun admitiendo la imposibilidad de prever de antemano el coste de liquidación, porque el derivado está sujeto a cotización, el cliente debe poder tener una idea siquiera aproximada del coste de liquidación. Y esa información no consta que en el caso ahora enjuiciado hubiera sido proporcionada. No basta con advertir al cliente de que la amortización anticipada del leasing dará lugar a la liquidación del derivado financiero y que ello puede comportar una pérdida o una ganancia para el cliente, sino que la entidad financiera viene obligada a informar al cliente de la carga económica que tal liquidación le puede suponer. Ello nos parece especialmente relevante cuando, como sucede en el presente caso, la cancelación anticipada del contrato de arrendamiento financiero tuvo unos costes de 30.918,36 € (folio 196), mientras que la liquidación del derivado financiero ascendió a la suma de 463.186,80 euros. El cliente debe poder conocer que la liquidación del derivado financiero le puede costar casi quince veces más que la cancelación anticipada del leasing. Así lo reconoce el Tribunal Supremo cuando se refiere al deber que pesa sobre la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como es el derivado financiero contratado por las partes, de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales productos, información que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a esos instrumentos. En concreto, en relación con el coste de cancelación del swap, el Tribunal Supremo ha razonado que " es lógico que el cálculo 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 669/2015, de 25 de noviembre)."

QUINTO.- En el caso examinado no se acredita por la parte demandada haber otorgado información concreta sobre el coste de cancelar el derivado financiero pues ninguna documentación se aporta en tal sentido ni consta fuera ofrecida de modo verbal tal y como se desprende de la declaración del empleado de tal entidad que intervino en la contratación, lo que determina un incumplimiento por parte de BBVA de una obligación esencial que incidió en la contratación de tal producto por la parte demandante, debiendo por tanto ser abonados los daños y perjuicios que tal contratación le han irrogado y que en este caso se traducirán en las sumas abonadas por aplicación de tal producto derivado, lo que determina que no sea aplicable la prescripción que pretende la parte demandada pues se adeudan por la misma no como intereses sino como daños causados. Respecto de la cuantificación de los mismos, tal y como se manifiesta por la parte actora, en atención al contenido del primer contrato y dado que en el mismo se define el interés variable sustituido como el establecido en la cláusula 1.2.2 del anexo 3, pese a lo manifestado en la pericial de la parte demandada, deberá ser este el aplicado para obtener el importe de lo abonado como consecuencia del derivado implícito pactado. Así mismo y con respecto del contrato celebrado en el año 2008, tal y como se indica en la pericial de la parte actora, el interés variable al que se alude será el previsto en el anexo de indexaciones es decir Euribor a un año con un diferencial de 1,25 por lo que este será el aplicable para obtener lo cobrado mediante la aplicación del derivado implícito. No procede sin embargo acordar prohibición de aplicar la citada cláusula puesto que no siendo declarada nula en virtud de la acción formulada con carácter principal, la misma mantiene su vigencia, sin perjuicio de las futuras acciones que puedan ejercitarse en reclamación de los posibles daños y perjuicios que puedan irrogarse con posterioridad.

SEXTO.- Conforme a los art. 1100 y ss del CC los intereses a abonar por la existencia de mora (no nulidad) serán los devengados desde la fecha de 9 de junio del 2007 (documento 7 de la demanda) en cuanto a las liquidaciones abonadas hasta tal fecha. Con respecto a las liquidaciones abonadas con posterioridad se devengarán los intereses legales desde el momento del pago de las mismas.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 394 de la LEC no procede condena en costas dada la estimación parcial de la demanda formulada."

TERCERO.- El primer motivo en el que debe entrar a conocer el Tribunal en atención al principio de congruencia, es respecto a la alegación de prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios que la parte demandada apelante vincula al sometimiento al art. 1966-3 CC, que la fija en 5 años. Sustenta la parte apelante la excepción de prescripción en el Artículo 1966-3 CC cuando establece:

"Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:...

3.ª La de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves."

Sin embargo, el Tribunal no puede estimar dicha prescripción por cuanto nos encontramos con una acción de indemnización de daños y perjuicios sometida al plazo prescriptivo de los 15 años como hemos resuelto y el hecho de que se reclame como daños y perjuicios "los intereses del contrato de arrendamiento financiero" no es mas que una forma de cuantificar el daño.

CUARTO.- Procede entrar a conocer de la improcedencia de estimar la condena a daños y perjuicios derivados de un supuesto incumplimiento precontractual sobre falta de información del coste de cancelación.

Nos encontramos con la estipulación de dos contratos mercantiles de arrendamiento financiero sobre bienes muebles en fecha de 20 de abril de 2007 y 17 de julio de 2008. Folios 48 y siguientes.

Sobre la indemnización de daños y perjuicios fundado en el incumplimiento de falta de información mencionaremos su procedencia a partir de lo dicho, entre otras por la STS, Civil sección 1 del 28 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1719/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1719) Sentencia: 303/2019 - Recurso: 4112/2016 Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES

" SEGUNDO.- Recurso de casación. Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la comercialización de productos financieros complejos. Procedencia de la acción de daños y perjuicios por incumplimiento contractual

Planteamiento :

1.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1101 CC y cita como infringidas las sentencias de esta sala 384/2014, de 7 de julio ; 110/2015, de 26 de febrero ; 645/2015, de 19 de noviembre ; y 479/2016, de 13 de julio.

2.- En el desarrollo del recurso alega la parte recurrente, de manera resumida, que la única consecuencia jurídica posible que pudiera derivarse de un incumplimiento del deber legal de información en la comercialización de productos financieros complejos sería la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, pero no la resolución del contrato, ni la acción de indemnización de daños y perjuicios.

Decisión de la Sala :

1.- La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación ha sido ya tratada en las sentencias de esta sala 479/2016, de 13 de julio, 491/2017, de 13 de septiembre (pleno), 172/2018, de 23 de marzo, y 62/2019, de 31 de enero.

2.- Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MIFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

3.- En concreto, en las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, y 62/2019, de 31 de enero, declaramos que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. "

QUINTO.- A partir de aquí debemos apreciar que, en el caso concreto, ha quedado acreditado no sólo de las propias declaraciones del propio representante de la entidad mercantil demandante, que manifestó que la finalidad de la contratación lo fue por un negocio de energía solar fotovoltaica y que en relación a dicha contratación no se le entregó ni hizo simulación, no se le informo del coste de cancelación, y que con la estipulación de dichos contratos sólo pretendía contratar un préstamo a interés tipo fijo, pero se ignoraba la existencia del derivado financiero.

Sino también de las pruebas periciales practicadas tanto a instancia de la parte actora en el dictamen pericial obrante al folio 87 y siguientes emitido por DON MIGUEL GALVEZ así

como a instancia de la parte demandada, DON [REDACTED] obrante a los folios 229 y siguientes que valoradas teniéndose en cuenta que la valoración de la prueba pericial debe hacerse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: a) Que la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso, pero sin negar en ningún caso al juzgador la facultad de valorar el informe pericial (Sentencias, entre otras, de 30 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1987). b) Que ni los derogados artículos 1242 y 1243 del Código Civil, ni el también derogado art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ni ahora el artículo 348 de la vigente LEC 2.000, tienen el carácter de valorativos de prueba, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez (Sentencias, entre otras, de 17 de junio, 17 julio y 12 de noviembre de 1988, 11 de abril y 9 diciembre de 1989, 9 de abril de 1990 y 7 de enero 1991). c) Que el proceso deductivo del Juzgador “a quo” no puede chocar de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, sus apreciaciones han de guardar coherencia entre sí, no pueden vulnerar la sana crítica, estableciendo conceptos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos, o provocando alteraciones que impliquen cambio de la “causa petendi”. d) No existen normas legales sobre la sana crítica (Sentencias, entre otras muchas, de 10 junio 1992 y 10 de noviembre de 1994).

Y apreciamos que resultando totalmente coherente, fundamentada las aclaraciones dadas por el perito Sr. Galvez por cuanto quedo acreditado que la suscripción por la entidad mercantil actora de los dos contratos de póliza de préstamo para operaciones mercantiles (arrendamientos financieros) en el que se inserta el derivado financiero implicando que, en este caso concreto se pacto un interés fijo (no variable) que resultaba inferior a que no estuviera el derivado financiero pero concurriendo la circunstancia de que en existía una previsión de bajada de los tipos de interés que de haberse puesto en conocimiento de la parte contractual con lo que la “ventaja” se convirtió en “desventaja”. Aparte de que el coste de cancelación no fue conocido por la parte y que aun cuando no se haya producido este no es menos cierto que existió una falta de información al respecto. Y a ello viene también a acreditar un incumplimiento en el deber de información a la entidad actora cuando el propio perito de la parte demandada, Sr. [REDACTED] nos dijo por una parte que en el contrato suscrito ninguna mención había sobre el coste de cancelación y que había que acudir para saberlo al artículo 9 de la Ley de compensación para tipos de interés. (Ley 41/07).

No podemos considerar y por eso coincidimos con la sentencia de que la prueba testifical del empleado de BBVA SA acredita haber dado a la parte actora, padre fallecido e hijo letrado, la información necesaria respecto al coste de cancelación. Así manifestó que se les dijo que no informo sobre coste concreto de cancelación; no le sometió a mífid (cuando STS vienen exigiéndolo).

Correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente, 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 y desde luego no ha quedado ello acreditado.

SEXTO.- El tercer motivo sobre el que hay que entrar es el que engloba la alegación de la improcedencia de la condena a la indemnización de daños y perjuicios según el fallo; improcedencia de identificar los daños y perjuicios con los intereses devengados por las dos operaciones de arrendamiento financiero: falta de acreditación del daño. Si la actora no ha cancelado y no ha acreditado el coste de dicha cancelación.

Es continua la reiterada jurisprudencia de que es necesaria la probanza de la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, y que el solo incumplimiento no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar, es también conveniente establecer (STS 9-mayo-1984) que en buena técnica de realización del Derecho ha de matizarse el encaje de los hechos en esa abstracta formulación en exceso generalizada y con la vista puesta en los casos decididos a su amparo determinar su auténtico alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar el injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse satisfecha, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con la repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya “por se” un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las controversias de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código Civil.

En el presente caso, determinar los daños y perjuicios causados por la falta de información al momento de la contratación, no implica ni se exige que sea necesario que se produzca la cancelación, por lo que se aprecia que la forma de determinar los daños y perjuicios contenidos en la sentencia apelada resultan estimables.

Ello unido a que también en aplicación del art. 1101 y siguientes procede confirmar la fijación de los intereses establecida en la sentencia.

Sin que proceda entrar a conocer de los demás motivos que con carácter subsidiario formuló la parte apelante dada la confirmación de la sentencia.

SÉPTIMO.- En materia de costas procesales, y en virtud del art. 394 en relación con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede su imposición a la parte apelante.

OCTAVO.- La Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ establece que la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios, la revisión y la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo, precisarán de la constitución de un depósito.

Si se estimare total o parcialmente, o la revisión o rescisión de la sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.

Vistos los preceptos legales aludidos y demás de general y concordante aplicación al caso de autos.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia en nombre de S.M. EL Rey y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada por el pueblo español,

DECIDE

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la ENTIDAD MERCANTIL BANCO BILBAO VIZCAYA SA.

2º) Confirmar la Sentencia de fecha 7 de enero de 2019

3º) Imponer a la parte apelante las costas procesales-.

4º) Con pérdida del depósito.

Esta sentencia no es firme y contra ella podrán interponer recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn) recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación por interés casacional.

Así, por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.