



Roj: **SAP V 929/2019 - ECLI: ES:APV:2019:929**

Id Cendoj: **46250370112019100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **11**

Fecha: **27/02/2019**

Nº de Recurso: **373/2018**

Nº de Resolución: **96/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN UNDÉCIMA

VALENCIA

NIG: 46250-42-1-2017-0005092

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL] Nº 373/2018- AM**

Dimana del Juicio Ordinario [ORD] Nº 000147/2017

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 DE VALENCIA

Apelante: BANKIA SA.

Procurador.- Dña. SILVIA LOPEZ MONZO.

Apelado - impugnante: PROMO INVERVALENCIA BUSINESS SL.

Procurador.- D. MIGUEL JAVIER CASTELLO MERINO.

SENTENCIA Nº 96/2019

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

Magistrados/as

D. MANUEL JOSE LOPEZ ORELLANA

D. MANUEL ORTIZ ROMANI

En Valencia, a veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO, los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 147/2017, promovidos por PROMO INVERVALENCIA BUSINESS SL contra BANKIA SA sobre "indemnización de daños y perjuicios", pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA SA, representado por la Procuradora Dña. SILVIA LOPEZ MONZO y asistido de la Letrado Dña. CLARA ISABEL MARTINEZ CARCEL contra PROMO INVERVALENCIA BUSINESS SL, representado por el Procurador D. MIGUEL JAVIER CASTELLO MERINO y asistido del Letrado D. JUAN ANTONIO ABAD CRIADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 DE VALENCIA, en fecha 1 de febrero de 2018 en el Juicio Ordinario [ORD] - 147/2017 que se tiene dicho, dictó sentencia conteniendo el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Que estimando en lo sustancial la demanda de responsabilidad contractual promovida por el procurador de los tribunales D. Miguel Javier Castelló Merino, en representación de PROMO INVERVALENCIA BUSINESS SL, bajo la dirección letrada de D. Juan Antonio Abad Criado, contra BANKIA SA, representada por la procuradora de los tribunales Dña. Silvia Lopez Monzo y asistida por el Letrado D. Jose Vicente Espinosa Bolaños, relativa al contrato de Permuta Financiera de Tipos de interés celebrado entre las partes el 6 de junio de 2008: 1.- Condeno a la entidad demandada a que abone a la actora, en concepto de indemnización, la suma de 363.666'50 €. Suma devengará el interés legal desde la interposición de la demanda 2.- Condeno en costas a la demandada."

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA SA, y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición e impugnación por la representación de PROMO INVERVALENCIA BUSINESS SL. Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 25 de febrero de 2019.

TERCERO.-

Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en todo aquello que no se opongan a lo que se dirá.

PRIMERO.-

Frente a la sentencia recaída en la instancia, estimando sustancialmente la demanda planteada por "Promo Invervalencia Business SL" contra "Bankia SA" en indemnización de daños y perjuicios, y en reintegro, en vía principal, de 517.069'60 €, integrada dicha suma por 362.756'50 € de liquidaciones negativa e importe de cancelación y por 154.313'10 € de intereses pactados al 20%, o subsidiariamente de 397.435'49 €, integrada esta cantidad por los citados 362.756'50 € mas 34.678'99 de intereses legales, todo ello fundado en que habiéndose contratado con fecha 6 de junio de 2008 un contrato de permuta financiera de tipo de intereses (**swap**) con vencimiento a cuatro años, dichos perjuicios venían motivados porque la entidad "Bankia" había incurrido en falta de información sobre tal producto, se alzó en apelación la parte demandada para que se estimara el efecto preclusivo de la excepción de cosa **juzgada**; para que, en su caso, se desestimara la demanda, de un lado porque el representante legal de la actora, D. Rodrigo , era un profesional inversor y empresario y, de otro lado, porque se dio puntual, transparente y veraz información a la actora del producto "**swap**" que firmaba; y finalmente para que en caso de confirmación de la condena de la instancia no se hiciera expresa imposición de costas. Igualmente, frente a la sentencia apelada se alzó en vía de impugnación la parte actora, para que los intereses a abonar fueron los pactados al 20% y no los legales aplicados por el Juez "a quo".

SEGUNDO.-

Enmarcado el ámbito de esta alzada en los términos que se tienen indicados, la primera cuestión a abordar en la presente resolución ha de ser la de la excepción de cosa **juzgada** que en su efecto preclusivo plantea la parte demandada-apelante, fundada en que en el juicio ordinario 247/15 interpuesto por la hoy actora contra la hoy demandada, sobre los mismos hechos y en petición de nulidad por vicio del consentimiento, se había desestimado la demanda al apreciarse la excepción de caducidad, y en que en tal procedimiento pudo y debió ejercitarse la acción indemnizatoria de daños y perjuicios que hoy es objeto de pleito, con lo que por aplicación del art. 400 y 222 de la L.E.C . había que entender precluido su ejercicio, alcanzando la sentencia recaída en ese procedimiento plenos efectos de cosa **juzgada** material.

Así planteada esta excepción, se ha de significar que, como destaca el Tribunal Constitucional una de las consecuencias de los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal de los arts. 9.3 y 117.3 de la Constitución , se halla en la imposibilidad de que los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, revisen el juicio efectuado en un caso concreto porque estimaran que la decisión no se ajusta a la legalidad, "puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia". Este efecto no solo puede producirse con el



desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa **juzgada**, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquella una relación de estricta dependencia. Estamos, pues, ante una cuestión que afecta a la libertad interpretativa de los órganos judiciales, a fin de salvaguardar, la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de forma cualificada y no puede desconocerse por otros órganos judiciales sin reducir a la nada la propia eficacia de aquella. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, una consecuencia íntimamente conectada con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 de la Constitución, de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquella lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional tuviese constancia de la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto. Este efecto prejudicial ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia el Tribunal Supremo, que ha venido distinguiendo entre el efecto positivo y el efecto negativo de la cosa **juzgada**: efecto positivo, vinculante o prejudicial, en el sentido de no poder decidirse en otro proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en otro proceso precedente, puesto que con respecto a ello tiene efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso; y efecto negativo o preclusivo, en el sentido de que no puede seguirse un proceso ulterior sobre el mismo objeto litigioso que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior entre las mismas partes (non bis in idem).

En definitiva se ha de resaltar que la doctrina jurisprudencial, cual florilegio jurídico, ha sentado en esta materia los siguientes principios. A) Que para que la cosa **juzgada** pueda desplegar sus efectos es indispensable que entre los dos procesos se de una perfecta identidad sobre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (Ss. T.S. 17-2-84, 29-11-85, 24-10-86, 25-6-87, 9-5-88, 21-7-88, 16-3-92, 7-2-00 ...). B) Que la paridad entre los litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida en ambos pleitos, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquel, interpretada si es preciso por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la pretensión y a la sentencia (Ss. T.S. 9-5-80, 21-7-88, 3-4-90, 31-3-92 ..), requiriéndose para apreciar la situación de cosa **juzgada** una semejanza real que pueda producir, caso de no apreciarse, contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos. C) Que la causa de pedir consiste en el hecho jurídico o título que sirven de base al derecho reclamado, es decir, radica en el fundamento o razón de pedir, y no en la acción ejercitada que constituye una mera modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad entre los Tribunales, por lo que la identidad de la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad (Ss. T.S. 9-5-80, 22-6-82, 31-3-92 ...). o identidad del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida (Ss.T.S. 7-11-07, 16-6-10, 28-6-10, 9-1-13 ...); si bien la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos; por eso la jurisprudencia ha acudido en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (Ss. T.S. 27-10-00, 15-11-01, 9-1-13 ...) como antes se ha mencionado. D) Que en orden a la identidad subjetiva, la jurisprudencia ha venido declarando que existe jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las que litiguen en ambos pleitos, cuando la que litiga en el segundo ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que el primero, pues ello implica una solidaridad jurídica, y si no una identidad física, sí una identidad jurídica (Ss. T.S. 14-11-83, 9-7-88, 1-12-91 ...). E) Que sí la cosa **juzgada** en su efecto negativo ha de alegarse como excepción, no ocurre lo mismo en su efecto positivo, pues este ha de apreciarse de oficio por el juzgador del segundo pleito, ello en evitación de resoluciones contradictorias (Ss. T.S. 12-11-90, 7-3-91, 2-7-92, 23-3-93, 20-5-94). F) Que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa **juzgada** cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SS. T. S. 30-7-96, 3-5-00 y 27-10-00). G) Que la cosa **juzgada** se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa **juzgada** impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SS. T. S. 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al artículo 400 de la nueva LEC. H) Y que en el ámbito de aplicación del art. 400 en relación con el 222. ambos de la L.E.C. „se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) que el art. 400.2 de la L.E.C. está en relación de subordinación con el 400.1, de forma que sólo se justifica su aplicación para apreciar litispendencia o cosa **juzgada** cuando en los dos procesos se hayan formulado las mismas pretensiones (S.T.S. 9-1-13 ...), que tanto pueden ser idénticas como homogéneas (S.T.S. 19-11-14); b) que el art. 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida (Ss.T.S. 30-3-11 , 19-11-14 ...); c) que tal precepto ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos facticos y jurídicos, pudieron ser alegados en el primer proceso (Ss.T.S. 5-12-13 , 19-11-14 ...); d) que ello no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación con unos mismos hechos tenga contra el demandado (S.T.S. 19-11-14); y e) que la preclusión que en dicho precepto se contempla alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, y no a las pretensiones deducibles pero no deducidas (S.T.S. 19-11-14).

Y sentado lo anterior se impone la desestimación de la excepción referida, pues, habiendo identidad subjetiva, identidad causal e identidad objetiva entre ambos procedimientos, el efecto preclusivo no puede producirse cuando no hay identidad de pretensiones, y según lo expuesto la preclusión solo alcanza a los hechos constitutivos de la causa de pedir pero no a las pretensiones deducibles pero no deducidas.

TERCERO.-

Entrando, pues, en el fondo del asunto, hallándonos en el ámbito de un contrato "**swap**" y de la incidencia que pudo tener en su negociación la especial naturaleza jurídica de tal producto financiero, se han de tener como premisas previas, que dan respuesta a los motivos del recurso de apelación, y que se infieren de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2015 , que reitera otras anteriores y es recogida en otras posteriores, las que se relacionan a continuación:

1) Que la normativa aplicable para determinar las obligaciones de información de las empresas que ofertan un contrato de "**swap**" es la propia del mercado de valores, es decir, la Ley Mercado de Valores (LMV) tanto en su tenor anterior a la normativa MIFID como en su regulación posterior, pues ambas son esencialmente coincidentes en cuanto a las obligaciones a observar por las entidades financieras cuando contratan productos financieros complejos, como es el "**swap**".

2) Que para cumplir las entidades financieras las exigencias de esa normativa sobre sus deberes de información al cliente, no basta con una información genérica, ya que el "**swap**" es un contrato complejo en cuanto sus términos son de difícil comprensión para quien no esté familiarizado, no ya con la contratación bancaria, sino con la contratación de productos financieros complejos.

3) Que la información dirigida a los clientes ha de ser imparcial, clara y no engañosa, y deberá comprender de manera comprensible información , orientación y advertencias sobre el instrumento en cuestión y los riesgos asociados.

4) Que las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trate, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

5) Que a esos efectos la entidad financiera debe someter al cliente actualmente a un test de idoneidad en caso de que haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras; es decir, deberá someter al cliente a un examen completo, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (como conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos, y patrimonio) y las objetivos de inversión del cliente (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad).

6) Que el test de conveniencia, de ámbito más limitado, sólo es procedente cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento.

7) Que si el ofrecimiento del "**swap**" parte de la entidad financiera cuando un cliente le muestra su preocupación por la posible subida de los tipos de interés, el test que debe realizarse es el de idoneidad, no el de conveniencia, ya que ello conlleva un previo asesoramiento.

8) Que hay determinados extremos, sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un "**swap**" debe informarle a este con la antelación suficiente para que la información previa pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida .

9) Que la intensidad del deber de información es tanto mayor cuanto menos es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

10) Que no es correcto que la entidad financiera ponga de relieve los aspectos positivos del producto, en concreto la cobertura frente a subidas de los tipos de interés (que es lo que pretendía la demandante), y que

la advertencia de los riesgos de la operación quede relegada a un segundo plano; de modo que es necesario que la entidad advierta de manera clara al cliente de los efectos perniciosos que el contrato le traerá para el caso de que bajen los tipos de interés.

11) Que el contrato de "**swap**" se caracteriza porque los beneficios de una parte en el contrato tiene un reflejo inverso de pérdidas en la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de una y otro son contrapuestos.

12) Que siguiendo el hilo de lo acabado de mencionar, se ha de considerar esencial que la entidad informe al cliente de forma clara, correcta y comprensible sobre la forma de calcular el coste de la cancelación anticipada del "**swap**", de modo que ha de informar sobre qué cantidad tendría que pagarle al cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada del contrato si se produjera en el momento de la contratación, a modo de simulación, para así poder calibrar mejor el cliente en el momento de la contratación los riesgos de la operación.

13) Que dada la complejidad del producto, la entidad financiera debe informar en términos claros y sin trivializar de los posibles desequilibrios que se puedan producir para las partes contratantes por las respectivas cargas que hayan de sufrir, según bajen o suban los tipos de interés.

14) Que las menciones en el contrato sobre que los clientes declaran conocer y asumir los riesgos del producto y sobre que no ha habido labor de asesoramiento por parte de la entidad financiera son ineficaces en cuanto menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como formulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real, si no resultan contradichas por prueba en contrario.

15) Que el suministro de una información inadecuada o insuficiente por la entidad financiera hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea experto en el mercado de productos financieros complejos.

16) Que el hecho de que el cliente inversor sea una sociedad mercantil o el administrador de una sociedad no supone necesariamente ese carácter de experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como el "**swap**" no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado, y experto en este tipo de productos.

17) Que si la entidad financiera no da la información que se tiene dicha y el cliente incurre en errores sobre los extremos de los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento, ya que en esas circunstancias el error ha de considerarse esencial y excusable, y, por tanto, invalidante del consentimiento.

18) Que no puede admitirse que no existe error excusable que vicie el consentimiento, porque el cliente inversor hubiera podido evitarlo con una diligencia regular o media, asesorándose debidamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato "**swap**" que concertó; ya que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, dado que es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero quienes deban averiguar por su cuenta todas las cuestiones relevantes del contrato que se les ofrece formalizar.

19) Y que tampoco puede aceptarse que la simple lectura de las cláusulas del contrato de "**swap**" sea suficiente para que la demandante tuviera información adecuada de tal producto, puesto que se trata de un contrato muy complejo y de difícil comprensión por quienes no sean profesionales para advertir la verdadera naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato.

CUARTO.-

Ahora bien tales precisiones se han de complementar con la jurisprudencia que el T.S. ha sentado en sentencia de 30 de junio de 2015, recogiendo doctrina de otras anteriores (SS T.S 20-1-14, 7-7-14, 8-7-14, 10-9-14, 15-12-14 ...), y reiterada en otras posteriores (SS. 25-11-15, 26-11-15, 30-11-15, 10-12-15, 16-12-15, 18-12-15, 3-2-16, 4-2-16, 12-2-16 ...) sobre el deber de información y las consecuencias de su incumplimiento por las entidades financieras.

Así se pueden sentar como principios fundamentales en la materia, cual si de un florilegio jurídico se tratara, las siguientes:

1/ que el deber de información responde al principio general de que todo cliente debe ser informado por el Banco, antes de la perfección de cualquier operación financiera, de los riesgos que pueda comportar la misma.

2/ que este principio es una consecuencia del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual, según se infiere de lo establecido en el art. 1258 del C.C. y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

3/ que este deber de negociar con buena fe comprende, por parte de la entidad crediticia, valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trate, sobre todo sobre los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

4/ que la normativa comunitaria Mifid no imponía la sanción de nulidad del contrato por el incumplimiento de los deberes de información.

5/ que, no obstante, ello no impide analizar si en nuestro Derecho interno se puede justificar la nulidad contractual de la adquisición de un producto financiero complejo, fundada en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79 bis L.MV, al amparo del Art. 6.3 del C.C.

6/ que el citado art. 79 bis LMV tampoco establece como consecuencia del incumplimiento del deber de información, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero.

7/ que si bien la infracción de los deberes de información puede tener efecto sobre la validez del contrato, no se considera que la mera infracción de esos deberes conlleve necesariamente la nulidad de pleno derecho del contrato.

8/ que si bien el incumplimiento de los deberes de información no conlleva, por si mismo la apreciación de error vicio, lo cierto es que puede incidir en la apreciación del error.

9/ que la omisión de la información que la normativa general y sectorial impone a la entidad financiera permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, lo cual puede afectar al consentimiento (error vicio e incluso error obstativo).

10/ que no obstante, tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

11/ que ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las entidades de inversiones.

12/ que ello no significa que el cliente minorista sea necesariamente un " ignorante financiero" pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos de la normativa Mifid para ser considerado profesional, tengan por su profesión o experiencia conocimientos sobre productos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos a él asociados, lo cual es igualmente predicable en la normativa pre-Mifid.

13/ y que si bien es cierto que, siendo excusable, vicio del consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto; también es cierto que lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato, y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas y no ganancias.

QUINTO.-

Y siguiendo el hilo de lo expuesto se ha de reseñar que si la falta de información clara, precisa, exhaustiva, imparcial y veraz por parte de la entidad financiera sobre un producto financiero complejo, no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, si puede dar lugar, por el contrario, tanto a la acción de anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento como a la acción de indemnización por incumplimiento contractual para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación de un producto financiero complejo a consecuencia de una indebida o incompleta información o de un incorrecto asesoramiento (Ss.T.S. 13-9-17 , 23-3-18 ...), ya que el incumplimiento por la entidad financiera de los deberes de información que le son exigibles constituye título jurídico bastante de imputación de responsabilidad por daños y perjuicios sufridos por los clientes.

Así, es jurisprudencia reiterada y constante la que considera que un incumplimiento en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos **swap**, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones

periódicas negativas en elevada cuantía, como también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo y ser causa adecuada y eficiente de los daños y perjuicios sufridos por el cliente "cum pauca scientia aeconomica". Pero también cierto es que la nulidad o responsabilidad que puede predicarse de este tipo de contratos no es objetiva, derivada automáticamente de una deficiente información, sino subjetiva, derivada precisamente del perfil que presenta el suscriptor del "swap" de que se trate, pues si la representación del contratante al suscribir tal producto financiero complejo alcanza y abarca tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos derivados de él, por tratarse de un experto financiero que tiene conocimiento de ambas cuestiones, no podrá hablarse de responsabilidad por falta de una información que no precisaba, porque ya la conocía.

Ahora bien, si en el presente caso no puede afirmarse que D. Rodrigo representante legal de la actora, fuera un ignorante financiero, es decir, una persona "cum pauca scientia aeconomica", tampoco puede decirse que fuera persona "cum multa et peritia scientia, cognitione, intelligentia aeconomica, et cum magisterio", es decir, un experto financiero, altamente especializado y maestro en el ámbito económico financiero. Siendo de resaltar, como bien valora el Juez "a quo", que la demandada no ha acreditado suficientemente, cuando a ella corresponde tal carga probatoria (Art 217 LEC), haber proporcionado la información que genéricamente, para cualquier contrato "swap", ha de darse conforme a la jurisprudencia antes mencionada; que particularmente la demandada no cumplió con su obligación de informar suficientemente, cuando ante la problemática de la negativa influencia en la economía de la actora por la subida de los tipos de interés, lógico es deducir que fue la demandada la que ofreció la contratación de un "swap", pues dada la complejidad terminológica de este tipo de contratos, solo comprensible por los profesionales o por expertos en la inversión financiera, se duda mucho que fuera "motu proprio" la empresa demandante quien solicitara "per se" tal tipo de contrato; que si bien es cierto que la falta de información no determina por si la existencia de responsabilidad, también lo es que permite presumirlo; que la entidad financiera no informó sobre los efectos indemnizatorios de la cancelación del producto; que así tampoco informó suficientemente del desequilibrio que podía producirse entre las partes por las subidas y bajadas de los tipos de interes; que los términos complejos del contrato en cuestion no consta que fueran enteramente comprensibles para quien firmó en representación de la empresa demandante, que no consta fuera profesional o experto en servicios financieros; que dicho representante no tenía por que averiguar la naturaleza y riesgos del contrato de "swap" ofrecido; y que las menciones que contiene el contrato sobre que el cliente ha sido debidamente informado y conoce los riesgos de la operación, han de tenerse por no puestas, como con anterioridad se ha dicho, ya que la demandada no ha probado que ello respondiera a la realidad.

Así, siendo correcta la valoración de la prueba realizada por el Juez "a quo", sin que se aprecie errónea apreciación de la misma, dando por reproducidas todas las consideraciones que al respecto hace el Juzgador de instancia, que se hacen propias y se incorporan a la presente como si formaran parte de esta resolución, se está en el caso de confirmar la sentencia apelada, con la precisión de que el principal reclamado se ha de cifrar en los 362.756'50 € que se reclaman en la demanda, y no en los 363.666'50 € que recoge en "extra petitum" la sentencia.

SEXTO.-

Igual suerte desestimaría ha de correr el recurso interpuesto por vía de impugnación por la parte actora, pues, como bien argumenta el Juez "a quo", hallándonos en el marco de la indemnización de daños y perjuicios, y no en el de la nulidad contractual, los intereses a aplicar al principal referido serán los legales desde la interposición judicial conforme a lo establecido en los art. 1100 y 1108 del C.C ., y no los pactados en el swap al 20% para el caso de demora, como pretende la parte actora-impugnante, ya que el presupuesto fáctico en que se apoya tal petición no consta se haya producido.

SÉPTIMO.-

En lo que si se estima el recurso de la parte demandada es en el pronunciamiento de costas, que el Juez "a quo" impone a la demandada y que la Sala entiende que no han de ser objeto de condena el hallarnos ante una estimación parcial de la demanda, pues ejercitada una pretensión principal por 517.069'60 € y una pretensión subsidiaria por 397.435'49 €, la desestimación de la primera y el acogimiento de la segunda implica tal estimación parcial y no una estimación sustancial. Y esto, porque, habiéndose deducido no dos pretensiones alternativas, sino una principal, que se desestima, y otra subsidiaria, que es la que se acoge, se ha de entender que la demanda se estima en parte, lo cual conlleva que no se haga expresa imposición de costas en primera instancia. Y se llega a tal apreciación porque es doctrina ya sentada por esta Sección para supuestos análogos la de que si se deducen varias pretensiones alternativas y se acoge una de ellas la estimación de la demanda es completa; y si se deduce una pretensión principal única o alternativa con otras, y otra u otras subsidiarias, para el caso de que no se estime la principal, el acogimiento de la subsidiaria, con desestimación de la principal, implica una estimación parcial de la demanda, cual es el caso de que se trata. Y esto por lo siguiente: en primer lugar, porque en el primer supuesto, de acogerse una de las pretensiones

alternativas deducidas principalmente, el actor no tendría legitimación para apelar al no sufrir gravamen, con lo que la estimación de la demanda, a efectos de costas, ha de entenderse íntegra; y en segundo lugar, porque en la segunda hipótesis, de acogerse una pretensión subsidiaria, sí podría el demandante apelar por el gravamen que le supondría la desestimación de la pretensión principal, con lo que, en consecuencia, ha de entenderse que, a efectos de costas, en este caso la estimación de la demanda sería parcial. Pero es que, además, la LEC en el artículo 394-2 °, establece que si fuese parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado, en que de las dos pretensiones deducidas, una principal y otra subsidiariamente, solo se ha acogido una de ellas, rechazándose la otra.

Razones por las que se debe estimar en parte el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia en los apartados expuestos y en la forma que se dirá en la parte dispositiva. Y confirmar el resto.

OCTAVO.-

La estimación parcial del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación determina: que no se haga expresa imposición de las costas generadas con motivo del recurso de apelación; y que se impongan a la parte actora-impugnante las costas derivadas de su impugnación (art. 398 L.E.C .)

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, así como jurisprudencia.

FALLO

PRIMERO.-

SE ESTIMA en parte el recurso de apelación interpuesto por "Bankia SA" contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Valencia en juicio ordinario 147/17.

SEGUNDO.-

SE DESESTIMA la impugnación deducida contra dicha resolución por la actora "Promo Inervalencia Business S.L".

TERCERO.-

SE REVOCA en parte la citada resolución, en el sentido

A/ de que la estimación de la demanda planteada por "Promo Inervalencia Business SL" contra "Bankia SA" lo es en parte.

B/ de que la condena ha de cifrarse en la cantidad de 362.756'50 € de principal.

C/ y de que no procede hacer expresa imposición de costas en la instancia.

CUARTO.-

SE CONFIRMA la sentencia apelada en todo lo demás.

QUINTO.-

NO SE HACE expresa condena de las costas generadas en esta alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto en vía principal.

SEXTO.-

SE IMPONEN a la parte actora las costas devengadas en esta alzada con motivo de su impugnación.

Notifíquese esta resolución a las partes, y, a su tiempo, devuélvanse los autos principales al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma, debiendo acusar recibo.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, de conformidad con la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre en su Disposición Adicional Decimoquinta, ordinal 8 °, devuélvase al recurrente la totalidad del depósito.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación por interés casacional siempre que concurran las causas y se cumplimenten las exigencias del art. 477 de la L.E.C ., y, en su caso y acumuladamente con el anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, y a tenor de lo establecido en la Ley 37/11 de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal, dichos recursos, habrán de interponerse en un solo escrito ante esta Sala en el plazo de los 20 días contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, con las formalidades previstas en aquélla.



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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma. Certifico.

DILIGENCIA.- Para hacer constar que seguidamente se notifica la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de lexnet a los Procuradores intervinientes en el recurso, haciendo saber a las partes, que en caso de interposición de recurso de casación y en su caso acumuladamente con el anterior recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de VEINTE DIAS y ante este mismo Tribunal, de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J. publicada en el B.O.E. de 4 de noviembre de 2009, la necesidad de constitución del deposito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 € por cada uno de los recursos que se preparen en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4510 abierta a nombre de este Tribunal en la entidad Santander, acreditando la constitución de dicho depósito al tiempo de interponer el recurso. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO