

NOTIFICADO EL 28/06/2012

ROLLO NÚM. 000333/2012

M

SENTENCIA NÚM.: 244/12

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

Dª MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

En Valencia a veintisiete de junio
de dos mil doce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000333/2012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001930/2010, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 16 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA, representado por el Procurador de los Tribunales CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, y asistido del Letrado y de otra, como apelados a OFIMAM MAMPARAS SL representado por el Procurador de los Tribunales RAUL VICENTE BEZJAK, y asistido del Letrado PABLO GOMEZ MORA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 16 DE VALENCIA en fecha 22/2/2012, contiene el siguiente FALLO: "Que, estimando la demanda formulada por la entidad OFIMAM MAMPARAS, S.L. contra la entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad del contrato de permuta financiera, swap, suscrito en fecha 9 de julio de 2008, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, consistente en el reembolso por la entidad bancaria de las cantidades desembolsadas por la demandante, más los intereses legales desde que se hicieron los cargos en cuenta, sin perjuicio de su compensación con los abonos que la actora hubiere percibido con motivo de las precitadas operaciones.

Todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales causadas en el presente juicio."

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

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. OFIMAN MAMPARAS SL presentó demanda de juico ordinario contra Banco Español de Crédito SA (BANESTO) solicitando se declararse nulo el contrato concertado en fecha de 9/7/2008 de operaciones financieras por concurrir causa ilícita, error en el consentimiento, indeterminación del objeto, dolo omisivo, dejándose sin efecto las liquidaciones practicadas o alternativamente su resolución, con devolución de las cantidades ingresadas previa deducción de las abonadas a la actora

El Banco demandado contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia estima la nulidad del contrato por concurrir en la actora, vicio de error en el consentimiento por una deficiente información por parte de la entidad bancaria siendo un producto especulativo en vez de cobertura.

Se interpone recurso de apelación por la entidad demandada alegando esencialmente como motivo el error de valoración de la prueba pues no existió vicio alguno por parte de Ofiman a la hora de prestar su consentimiento porque Banesto informó adecuadamente al cliente sobre los riesgos, funcionamiento y alcance del contrato apoyándose en las testificales de Lorena Aparicio y Juan D. Hurtado; los documentos 6 y 7 de la contestación, pruebas todas ellas omitidas por la Juzgadora, siendo en tal aspecto irrelevante la pericial de la parte demandante, única prueba en la que se sustenta la sentencia y por los actos propios de la actora al no haber efectuado reclamación alguna. La sentencia del Juzgado Primera Instancia no fundamentaba ser el error excusable, cuando dada la vida comercial de la demandada, su facturación y estar asesorada, no podía apreciarse tal exigencia. Por último se invocaba el error de la sentencia sobre la razonabilidad económica de la operación al ser adecuada a la carga financiera que presentaba Ofiman conforme al dictamen pericial aportado por Banesto; razones por las que interesaba la revocación de la sentencia por otra que estimando el recurso de apelación desestimase la demanda.

SEGUNDO. En cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, visto el motivo esencial del recurso de apelación, el Tribunal revisado el contenido de los autos, pruebas practicadas y observado los soportes de grabación audiovisual ha de confirmar la sentencia del Juzgado Primera Instancia sin atisbar error esencial en la decisión de la Juez aún tomando en consideración los medios de prueba invocados por el recurrente de los que efectivamente se silencia en la resolución recurrida.

En primer lugar no puede dudarse de que el contrato concertado es de operaciones financieras sobre instrumentos derivados (así enuncia el primer Exponendo del contrato) en concreto de intercambio entre contratantes de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos de interés sobre un importe nominal, negocio jurídico que esta Sala ya definió y caracterizó en la sentencia de 6/10/2010 parcialmente transcrita por la resolución recurrida, por lo que huelga su reiteración y la damos por reproducida.

En numerosas sentencias de esta Sala ante contratos semejantes de 27/10/2011 (Rollo 521/2011); 30/11/2011(Rollo 683/2011) y 22/12/2012 (Rollo 898/2011) hemos calificado este

contrato de complejo por las siguientes razones; en primer lugar, como tal instrumento financiero viene expresamente mencionado en el Anexo I, Sección C, punto 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, razón por la cual en aplicación del artículo 38 de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es un instrumento complejo. En segundo lugar el propio contenido contractual determina su dificultad comprensiva pues si bien la operación de liquidación es aritméticamente sencilla, la complejidad viene por el entramado contractual al jugar y concurrir varios elementos referentes a momentos temporales diversos (fecha de concertación, fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento); a unas “ventanas de cancelación” con sus respectivas datas temporales; conceptos genéricos e indeterminados como “valor de mercado” e incluso remisión a unos índices que son fluctuantes que se aplican sobre el denominado “precio notional”. En tercer lugar porque las permutas financieras están regladas en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores en redacción vigente a fecha de concertación y por ende son de aplicación las prescripciones legales contenida en ese texto legal y las normas que lo desarrollan entre las cuales, el apartado 8 del artículo 79 bis de la LMV dice que no puede considerarse un producto no complejo, los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de dicha ley, precepto éste en el que se incluyen las permutas de tipos de interés. Por último, así se ha calificado mayoritariamente por la jurisprudencia como muestran por más recientes las SAP Asturias (7ª) 16-9-2011; SAP León (2ª) 15-9-2011; SAP A Coruña (6ª) 4-11-2010, SAP Girona (1ª) 18-2-2011 y Badajoz (2ª) de 17-5-2011.

Tal nota de complejidad determina que el legislador haya impuesto una carga informativa y explicativa a la entidad comercializadora del producto, tanto precontractual como contractual, enunciada como norma de conducta, tendente a la protección de los inversores o clientes, exigiendo una determinada actuación informativa a desplegar con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio cuya aplicación a la operación enjuiciada (artículo 2) no es objeto de discusión, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas, como es el caso de autos, con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, “una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros” (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar

decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que “se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos”.

Por ende, esa obligación informativa legalmente dispuesta y transcrita cobra una especial relevancia dada esa complejidad contractual para que el cliente sepa el negocio que va a suscribir, para que comprenda y conozca el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Resulta que si la información sobre la operación a contratar ha de ser con carácter previo, pues el artículo 62 RD 217/2008 dice que la información ha de ser otorgada con la antelación suficiente a la celebración del contrato, además de clara, precisa, adecuada y tempestiva, corresponde a la demandada (artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil) acreditar la defensa de su cumplimiento, no solo por ser un deber legal profesional, sino también porque a su fácil alcance están los medios para su justificación, pues para el cliente constituye un hecho negativo de difícil justificación probatoria.

TERCERO. Teniendo en cuenta los dictados legales expuestos supra, el Tribunal al igual que la Juez de Instancia concluye con que Banesto no cumplió con tal deber de información previo al contrato, determinando que Ofiman al suscribir el mismo ante esa falta de conocimiento estuviese viciado por error conllevando a su nulidad.

De entrada es de poner de relieve por su trascendencia que fue Banesto quien ideó y propuso la operación a Ofiman, hecho reconocido en la contestación a la demanda (pág.69) y en el propio contrato (Exponendo II), luego no fue una operación instada, solicitada o sobre la que deseaba informarse el cliente. El banco la ideó para estabilizar el riesgo financiero de Ofiman, así se dice en contestación -pág.2 (ii)- a fin de que le pudiera dar cierta “cobertura al tener suscrito productos financieros a tipo de interés variable”. Ofiman con Banesto tenía concertado a tal fecha, como ha expuesto el perito de la parte actora de forma detallada y tras observar su documentación, un préstamo tecnológico que no tenía devengo de intereses (con lo que no existe riesgo financiero alguno que cubrir) y una póliza de descuento con un límite máximo de 50.000 euros con una fijación de un interés variable cada seis meses a instancia del banco (datos valorados en la sentencia recurrida).

La entidad recurrente para justificar la completa y adecuada información previa al contrato invoca la testifical de Lorena Aparicio y de Juan Hurtado y cierta documental. La primera precisión procesal a realizar con relevancia es que la Sra. Aparicio interviene en el acto del juicio no como testigo sino que ha declarado bajo interrogatorio de parte por la vía del artículo 309 de la Ley Enjuiciamiento Civil tal como propuso la parte actora y así fue admitido por la Juez, en la audiencia previa (minuto 12,26). Por tanto sus respuestas no han de ser valoradas conforme al artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil sino del artículo 316 de igual texto legal, por ende carece de fuerza probatoria su mera contestación afirmativa al cumplimiento del deber de información por parte del banco y en cambio la Sala debe poner de relieve que siendo la persona que acude a sede de Ofiman para informar del producto financiero ideado por Banesto, llama poderosamente la atención el desconocimiento que la misma persona admitió en ciertos aspectos de relevancia del contrato y operación como son, en primer lugar y por su trascendencia, desconocer lo que es el contrato Marco de Operaciones (CMOF), cuando es a tal instrumento al que remiten expresamente las Condiciones Particulares del contrato suscrito y no consta su entrega ni firma por el cliente, (tampoco ha sido aportado por Banesto), pues el documento adjuntado con la demanda, num. 18, no lo es al ser un contrato de asesoramiento de inversiones carente de firma y no es desde este ámbito el que se analiza la

cuestión actual. Igualmente desconocía otros datos como el termino “Target” del contrato, el cálculo del valor del swap, etc lo que en total y en conjunto pone en entredicho que su labor informativa fuese adecuada. Dicha persona declara que el precio notional (elemento esencial en este contrato dado jugar como cuantía sobre la que se aplican los tipos intercambiables) se fija por el endeudamiento largo de dicha entidad, pero en modo alguno consta esa razón en el contrato suscrito, donde sólo expresa un nominal de 250.000 euros, sin explicar (ni informar previamente) de su concepto o significado, no pudiendo remitirnos al contrato marco por no estar aportado lo que releva que no se suscribió y porque tal persona empleada de Banesto ignoraba su existencia y significado. Se dice por aquélla al igual que el testigo Juan Hurtado (que en el aspecto informativo resulta insuficiente para el logro acreditativo porque debe valorarse con la normal prudencia por mor del artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil dado ser empleado de la demandada) que se obtuvo del CIRBE lo que demuestre sin género de dudas que ello es una actitud y decisión unilateral del Banco del que nada se dice al cliente ni consta en el contrato.

La demandada invoca los documentos 6 y 7 de la contestación (impugnados en la audiencia previa) como los instrumentos que junto a la declaración de la Sra. Aparicio dan cumplida cuenta de la información. Basta ver el contenido del documento 6 compuestos de diversas hojas para concluir lo acertado de la valoración de la Juez de concurrir una información harto deficiente. Las seis hojas que componen el documento no llevan fecha, no hay constancia alguna en todas ellas de intervención de la demandante ni que se efectuaran ante su presencia, no siendo reconocidos de contrario y son absolutamente ininteligibles por lo que de manera alguna pueden llevar a la comprensión de lo que reflejan, siendo paradójico que se califique (así se proclama en contestación) a tal instrumento como el “exponente transmisión de claridad y transparencia de los efectos del contrato” (pág. 7 contestación), cuando precisamente por lo expuesto es todo lo contrario, dada la mezcla de guarismos, gráficas, tachaduras, enmendaduras, asistemática total, o designación de operación en la página 6ª a un sistema de control de riesgo, del que se desconoce su sentido, negando incluso la Sra Aparicio, señalada como su autora, ser suya la letra de tal pagina. Basta ver todo ese contenido del instrumento para darse cuenta de que la información no es clara y precisa, sino, como dice la sentencia deficiente y no se explica de forma clara ni transparente el contenido de este contrato complejo para que el cliente entienda el contrato de permuta financiera. En cuanto al documento 7, tildado de ficha dada al cliente, en modo alguno consta que se entregase al cliente y dicho instrumento fue impugnado en su valor probatorio en tal sentido por la parte demandante en la audiencia previa.

La parte apelante invoca los actos propios de la demandante como entendimiento del contrato alegando que nunca se quejó del contrato ni de las liquidaciones. Conviene precisar que el contrato suscrito en 9/7/2008 tenía pactado liquidaciones semestrales siendo la primera de enero de 2009 con resultado positivo de 69 euros y a partir de la segunda operada en julio de 2009 negativa en un importe de -3627,54 euros y la demanda se presenta en Noviembre de 2010. En este sentido debe traerse el testimonio del apoderado de Banesto, Sr. Navarro, quien reconoció la insatisfacción del cliente en 2009 (por tanto ante la primera liquidación negativa) y que estuvieron en conversaciones para renegociar la deuda, por lo que ello necesariamente desvirtúa la pasividad afirmada por el recurrente y da muestra de la disconformidad del cliente desde que se produce el cargo en cuenta negativo, resultando inaplicable la doctrina invocada.

CUARTO. El segundo motivo del recurso de apelación versa sobre la excusabilidad del error, atacando la afirmación de la sentencia recurrida de que el error era excusable que critica por su falta de fundamento y por ser Ofiman una empresa de 20 años de desarrollo de

actividad económica en el mercado con una facturación en 2008 de tres millones de euros y asesorada por un experimentado empresario que es su administrador social y por una directora financiera.

Tales argumentos no son atendibles, concurriendo los requisitos del artículo 1266 del Código Civil, pues se obvia por la recurrente que el contrato que estamos examinando no es un simple contrato bancario, sino un contrato de operación financiera sobre derivados y complejo, que en nada asimila a los contratos bancarios de uso cotidiano y habitual (préstamo, crédito, tarjetas), por lo que invocar los veinte años de actividad mercantil de la empresa demandante, tiempor en los que necesariamente ha efectuado negocios bancarios de tal clase o ser su administrador un empresario, en modo alguno implica, justifica o deduce la conclusión de ser plena conocedora del significado, alcance y consecuencias de una permuta financiera de tipos de interés que es lo que debía en tal sentido acreditar la demandada. La afirmación de tener Ofiman una asesora financiera es un alegato exclusivo de la demandada que se apoya para tal dato en la declaración de la empleada de Banesto Sra. Aparicio, interrogada -así se ha expuesto supra- como parte, siendo tal declaración (artículo 316 Ley Enjuiciamiento Civil) estéril e insuficiente para su justificación, razón por lo que resulta en tal punto inservible la cita de dos sentencias de esta Sección Novena de 5/4/2011 y 11/7/2011 referentes a acciones judiciales semejantes a la presente.

El último motivo del recurso de apelación tiende a desvirtuar las afirmaciones que contiene la sentencia de que el producto que ofreció Banesto a Ofiman resultaba inadecuado para su carga financiera y además desproporcionado.

A pesar de los alegatos de la parte recurrente, precisamente el cuestionario de conveniencia MIFID ejecutado con el administrador de Ofiman pone de manifiesto que la única experiencia versaba en la adquisición de acciones por lo que no se armoniza la misma con el producto ofrecido y al contrario, revela la falta de experiencia y conocimientos en productos financieros complejos como el examinado por lo que el deber informativo y explicativo por parte de Banesto tuvo que ser de un rigor legal no cumplido. En segundo lugar, como bien atina la sentencia del Juzgado, la única operación crediticia con riesgo financiero por tener un interés variable (único campo donde adquiere razón y sentido el contrato ideado por la demandada de permuta de tipos de interés) con Banesto se limitaba a un contrato de descuento con límite de 50.000 euros lo que no cuadra con que sea adecuado la fijación (unilateral y sin explicación alguna como se ha dicho supra) de un nominal de 250.000 euros. Se apoya la demandada en ser ello el importe de riesgo financiero que tenía Ofiman no solo con Banesto sino con otras entidades, alegato carente de cualquier justificación, siquiera su dictamen pericial, el cual -sometido a las reglas de la sana crítica ex artículo 348 de la Ley Enjuiciamiento Civil- presenta un contenido absolutamente genérico y descriptivo sobre la naturaleza y desarrollo de esta clase de producto financiero pero sin examinar el caso concreto, a diferencia del dictamen pericial de la parte actora que si ha examinado esas concretas operaciones; por ello cuando por la apelante se dice que las liquidaciones negativas habidas en este contrato favorecen a la entidad demandada sobre la premisa de ser el nocional fijado su endeudamiento global (en teoría sometido al riesgo del flujo del interés variable) es una mera afirmación sin base justificativa alguna. Por tanto ni tal operación era adecuada al riesgo financiero que Ofiman tenía con la entidad demandante y si a ello se une el evidente desequilibrio entre el riesgo asumido por una y otra parte contractual, pues el banco dispone a su favor de una barrera en su riesgo que desactiva automáticamente el producto y en cambio el cliente no dispone, en equilibrio de tales prestaciones, de tal limite, aplicándose sobre un nocional, por lo dicho, no

pactado del que se silencia toda información, debe ratificarse los calificativos y conclusiones de la Juez de Instancia.

Por las consideraciones expuestas el recurso de apelación debe ser rechazado.

QUINTO. Las costas procesales de la alzada se imponen por aplicación del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil a la entidad apelante.

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

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 16 Valencia en proceso ordinario 1930/2010 confirmamos dicha resolución imponiéndose las costas procesales de la alzada a la parte apelante con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

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

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

Cabecera	
Remitente:	[4625038009] AUD. PROVINCIAL SECCIÓ N. 9 CIVIL
Asunto:	Notificación vía LexNET (múltiple)/SENTENCIA D / F/
Fecha LexNET:	mié 27/06/2012 13:10:50

Datos particulares	
Remitente:	[4625038009] AUD. PROVINCIAL SECCIÓ N. 9 CIVIL
Destinatario:	RAUL VICENTE BEZJAK Ilustre Colegio de Procuradores de València
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	000333/2012
Tipo procedimiento:	RAP
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201210008759696

Archivos adjuntos	
Principal:	0022245_2012_001_462503700020120002013-1 296350-1_1.RTF
Anexos:	-

Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	MARIA TERESA MATAMOROS HERRERIAS