

Roj: SAP V 5825/2011
Id Cendoj: 46250370092011100394
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 9
Nº de Recurso: 521/2011
Nº de Resolución: 397/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO núm. 521/11 - K -

SENTENCIA número 397/11

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION NOVENA

Ilmos. Sres.:

Dª Rosa Mª Andrés Cuenca

D. Gonzalo Caruana Font de Mora

Dª Purificación Martorell Zulueta

En la ciudad de Valencia, a **27 de octubre de 2011.**

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Gonzalo Caruana Font de Mora**, el presente Rollo de Apelación número **521/11**, dimanante de los Autos de Juicio **Ordinario 1730/09**, promovidos ante el **Juzgado de Primera Instancia número 19 de Valencia**, entre partes; de una, como **demandante apelante**, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA (BBVA, SA), representado por la procuradora Mar Ruiz Romero, y asistido por el letrado Guillermo Roger Hansen, y de otra, como **demandado apelado**, LOGIFRUIT, SL, representado por el procurador Francisco Javier Frexes Castrillo, y asistido por el letrado Enrique Blasco Alventosa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de **Primera Instancia número 19 de Valencia**, en fecha **23 de marzo de 2011**, contiene el siguiente FALLO: "*Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra LOGIFRUIT, S.L., debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos obrantes en la demanda, con imposición de las costas causadas.*

Que estimando la demanda reconvenzional interpuesta por la representación procesal de LOGIFRUIT, S.L., contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de 69.872,50 euros en concepto de devolución de cargos indebidos, más intereses legales desde la interposición de la reconvección, haciendo suyas el BBVA la cantidad de 93.451,67 euros consignada a su disposición, con imposición de las costas causadas."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .-Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) presentó demanda contra la entidad Logifruit SL para que se declarase vigente el contrato de permuta de intereses financieros suscrito entre litigantes en fecha de 8-10-2008 que la demandada había incumplido y se le condenase al pago de 406.476,67 euros,

importe de las liquidaciones relativas a los meses de marzo y septiembre de 2009 así como las liquidaciones que fuesen venciendo a lo largo del procedimiento; solicitando por tal razón en el acto del juicio la cantidad actualizada de 1.194.618,34 euros.

La entidad demandada formalizó contestación a la demanda defendiendo en primer lugar que el contrato alegado de contrario era nulo por inexistente y subsidiariamente de entenderse que se prestó el consentimiento, nulo por concurrir vicio en el consentimiento por error dada la ausencia e infracción del deber de información por parte de la entidad bancaria; formulando reconvenición en la que interesaba la condena de la entidad BBVA a devolverle la suma de 69.872,50 euros por los cargos que en su cuenta bancaria indebidamente había efectuado la reconvenida por dicho negocio inexistente o nulo.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia 19 Valencia desestima la demanda inicial por considerar que el contrato causa de la acción es inexistente y también razona ser nulo por concurrir error en el consentimiento al no haber actuado diligentemente el Banco actor en la información prestada y estima la reconvenición condenado al BBVA SA a abonar a Logifruit SL la suma de 69.872,50 euros.

Se interpone recurso de apelación por BBVA SA alegando en síntesis y sumario como motivos de su recurso: 1º) Error de valoración de la prueba sobre la inexistencia del contrato así como infracción del RD 217/2008 sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de Inversión; 2º) Error de valoración de la prueba e incongruencia de la sentencia en la apreciación de la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento con error en la interpretación de la doctrina jurisprudencial aplicable, concluyendo por ambos motivos que el contrato estuvo perfeccionado por el consentimiento de la partes, es plenamente válido y eficaz, solicitando la revocación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia por otra que estimase la demanda.

SEGUNDO .-En atención al contenido de los escritos rectores del proceso, tres cuestiones esenciales son objeto de discusión en el mismo; la primera, la existencia y por ende eficacia del contrato causa de la acción entablada con la demanda; en segundo lugar de estar perfeccionado si concurre un vicio en el consentimiento prestado por Logifruit basado en el error provocado por la actuación del BBVA al no cumplir con su deber legal informativo y en tercer lugar, consecuencia de concurrir bien la inexistencia o nulidad contractual, la pretensión reconvenicional de devolución de cantidades cargadas por BBVA SA a Logifruit consecuencia de tal negocio.

En atención a ello, y respecto la existencia y validez del negocio jurídico, permuta de intereses financieros (vulgarmente conocido como swap), efectuada la revisión de autos, pruebas practicadas y vistos los soportes de grabación audiovisual, de acuerdo con el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil , el tribunal ha de confirmar la decisión del Juez de Instancia; no apreciamos los defectos de valoración de la prueba y de aplicación e interpretación normativa que denuncia la parte recurrente.

Esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia de 6-10-2010 , mencionada y transcrita parcialmente en la recurrida ha caracterizado a esta clase de negocio jurídico de la siguiente forma:

<< es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre un importe no real, por eso llamado notional, de tal forma que en caso de subida del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe notional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (cargo para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo del interés, al enfrentarse un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante

que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros.>>.

Igualmente el citado contrato se caracteriza por su complejidad como así se desprende de la normativa aplicable. 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 porque las permutas financieras están regladas en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores y por ende son de aplicación las prescripciones legales contenida en ese texto legal y las normas que lo desarrollan entre las cuales, consecuencia de tal complejidad impone el artículo 79 bis la obligación del test de conveniencia que no es de efectuar en las operaciones financieras o inversoras sencillas o no complejas. El apartado 8 del artículo 79 bis de la LMV dice que no puede considerarse 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. En tercer 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); "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", como ya expuso esta Sala en la sentencia de 6-10-2010). Así ha calificado esta Sala en la sentencia de 6-10-2010 citada, y reproducida en otras posteriores de 29 marzo, 5 de abril y 11 de julio de 2011. Es mayoritaria la jurisprudencia que en el tratamiento de este negocio jurídico lo ha calificado de complejo, así por más recientes, muestran las SAP Asturias (7) 16-9-2011; SAP León (2) 15-9-2011; SAP A Coruña (6) 4-11-2010 y SAP Girona (1) 18-2-2011 y SAP Badajoz (2) 17-5-2011.

De todo lo expuesto concluimos que nos encontramos ante un contrato bilateral, consensual, sinalagmático, complejo y al que hay que añadir la nota de atípico que exige para su perfección el consentimiento por ambas partes y ha de otorgarse sobre los elementos esenciales del mismo, aspecto que dada su atipicidad, exige mayor rigor en el conocimiento previo del entramado negocial, pues en esa categoría contractual la propia disciplina normativa del negocio jurídico y su efectos entre las partes, viene determinada por la regulación que los mismos otorgantes confieran conforme al principio de la autonomía de la voluntad.

El artículo 1258 del Código Civil establece que las obligaciones contractuales solo derivan de un contrato que está perfeccionado y lo están por concurrir el consentimiento, elemento esencial para la existencia y por ende validez y eficacia negocial (STS 26/6/2008); dicho precepto tiene un carácter genérico que ha de armonizarse con los más específicos que singularizan cada tipo de contrato (STS 23-11-1988 y 15/6/2009). El consentimiento a la vista del artículo 1262 del Código Civil y conforme reiterada la Tribunal Supremo (2/11/2009 y 30/3/2010) ha de recaer sobre los elementos necesarios y esenciales del contrato (la cosa y la causa que han de constituir el contrato) y por ello se ha exigido que en la oferta se contengan todos los elementos determinantes del objeto y la causa del contrato para que el consentimiento para tal efecto ha de ser serio y deliberado sobre dichos elementos. La ausencia del mismo, no puede generar la eficacia o existencia contractual.

TERCERO. -Se denuncia que la sentencia es contradictoria porque por un lado sienta la perfección del contrato consecuencia de la conversación telefónica inter partes y después afirma ser inexistente. La sentencia no dice por un lado que el contrato esté perfeccionado y por otro su inexistencia, sino que distingue entre el contenido de la conversación telefónica y la aplicación normativa con el efecto de no aceptar la confirmación; una atenta lectura del Fundamento de Derecho Quinto expone que de la conversación telefónica el administrador de Logifruit está de acuerdo con "los términos que se le expone", pero luego se razona que, no obstante ello, en aplicación de la normativa del RD 217/2008 al negarse la confirmación, el contrato es inexistente.

Teniendo en cuenta las directrices legales y jurisprudenciales expuestas supra, lo primero que llama la atención en el presente caso es que la primera pretensión de la demanda, la declaración de validez y vigencia del contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap) se apoya en un consentimiento verbal expresado vía telefónica y se reitera a lo largo del proceso que el contrato quedó perfeccionado por la conversación telefónica acaecida en fecha de 8-10-2008, forma o modo de contratar que la entidad demandante califica

de normal y habitual al constituir un uso del comercio, alegato éste que debe ser acreditado por dicha parte (artículo 217 en relación con el artículo 281 de la Ley Enjuiciamiento Civil en conjunción con el artículo 1-3 del Código Civil), cuando además la parte contraria impugna tal uso invocado. No se desconoce la realidad de que operaciones bancarias puedan concertarse a través de tal medio de comunicación, sino que la actora debía demostrar que negocios jurídicos financieros complejos como el ahora enjuiciado es uso del comercio suscribirlos por mera conversación telefónica, aspecto no justificado pues para ello se basa en diversas sentencias de Juzgados de Primera Instancia que amen de no crear ningún tipo de vinculación o efecto jurisprudencial (artículo 1.6 Código Civil), es que ninguna de ellas sienta tal uso (de las aportadas íntegras, la del Juzgado Primera Instancia Alcalá de Guadaraia resuelve una nulidad de un swap por error en el consentimiento en la información operada y la de Alcalá de Henares se sustenta en un swap firmado por escrito) y por contra en el largo listado de sentencias de Audiencias Provinciales que se citan en el extenso recurso de apelación referidas a permutas financieras,(las de esta Sección Novena de 6-10-2010 y 5-4-2011 ; SAP Zaragoza (5) 4-10-2010 y 14-1-2011 ; SAP Pontevedra 13-1-2011 ; A Coruña (6) 4-11-2010 , Ávila 9-9-2010 y Córdoba 8-4-2011 , todas ellas enjuician negocios de tal clase plasmados por escrito.

Y es que no deja de ser paradójico que un negocio jurídico atípico y complejo para el que incluso el legislador ha impuesto a las entidades financieras unas obligaciones informativas previas al contrato según la cualidad del cliente (profesional o minorista) con unos expresos deberes de información, para asegurarse de los conocimientos financieros de aquel, puedan perfeccionarse, como en el caso concreto, en una conversación por teléfono con una duración aproximada de 75 segundos tal como dura la grabación aportada como "documento" 3 de la demanda, sin, obviamente, tener presente a la vista instrumento alguno y en cuyo diálogo se observa ausencias de determinados elementos esenciales de este tipo de negocio como son los concretos tipos de interés que han de aplicarse sobre el notional, la fecha exacta de operar su aplicación para la liquidación y la facultad de cancelación.

Además es la propia demandante quien para justificar la validez y eficacia del contrato efectuado vía telefónica, abanderó en la demanda la aplicación del artículo 33 del RD 217/2008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, tanto en su hecho cuarto como en su Fundamento de Derecho Cuarto, (pág. 61 del pliego) como válido modo de contratación, es decir, como se dice y reitera en la demanda el contrato se perfecciona en esa conversación telefónica. Es más, observado el contenido de tal conversación y actuación del BBVA se concluye que efectivamente la entidad actora se apoyó en el contenido el artículo 33 para efectuar el negocio contractual. Así de la documental aportada con la demanda y no impugnada, observamos las siguientes notas : a) Nada mas iniciarse la conversación telefónica se interpela al receptor que la conversación va a quedar grabada; b) Se comunica al oyente que "el contrato le llegará en unos veinte días"; c) En fecha de 27-10-2008 BBVA manda a Logifruit el documento de confirmación, integrado por seis folios, para que se lo devuelva firmado con la siguiente conclusión ; "*Rogamos que, en prueba de conformidad con los términos de la Operación contenidos en esta Confirmación nos devuelva la copia adjunta debidamente firmada o envíe carta que refleje los términos esenciales de la operación a la que esta Confirmación hace referencia, indicando expresamente su conformidad con la misma* "; d) En la misiva, doc. 10 que BBVA envía a Logifruit en Noviembre de 2008 le informa del contenido del artículo 33-1 del RD 217/2008 de 15 de Febrero con admonición de que no manifestar su disconformidad, "la operación se entiende confirmada." Si a ello se une el contenido de la demanda antes referido, es claro que la entidad demandante justificó la forma de contratación vía telefónica en tal precepto legal. Este es el que aplica el Juez de Instancia para precisamente y a tenor de su contenido negar la existencia del contrato por la razón de que Logifruit denegó la confirmación de forma inmediata al recibir la misma y en tiempo anterior a la fecha que se practica la primera liquidación. Si BBVA optó por dicha forma de contratación telefónica y así expuso en la conversación al receptor, tal forma de actuación en el campo del mercado de valores en el que está inmersa la permuta financiera de tipo de interés, en aras a la propia seguridad jurídica y protección del clientes, principios rectores del RD 217/2008 como así se enuncia en su texto Preliminar, necesita la posterior confirmación escrita del cliente o que éste ante la comunicación de la entidad financiera o de inversión sobre su ejecución o liquidación no de su disconformidad en plazo de quince días. Al caso es evidente que mucho antes de ese plazo y de forma inmediata se negó la confirmación y la conclusión es evidente, en el modo utilizado por el BBVA para realizar la permuta financiera, no se perfeccionó porque el cliente negó la confirmación instada por el propio Banco.

En el recurso de apelación bajo el motivo de error de aplicación normativa sobre tal precepto legal se exponen varios argumentos para afirmar que el artículo 33 RD 217/2008 de 15 de Febrero no es aplicable al caso de autos, posición que de entrada no guarda coherencia con el contenido de la demanda ni con la propia actuación del BBVA acabada de exponer. No obstante pasamos a analizar tales argumentos: 1º)

No ser de aplicación porque el artículo 33 del RD 217/2008 se refiere a órdenes y no a contratos. Si bien el precepto en el párrafo afectante inicia con la siguiente dicción; "*Las entidades dispuestas a aceptar órdenes recibidas por vía telefónica...*", también lo es que todo ese precepto se enuncia con "*Registro de órdenes de clientes sobre instrumentos financieros y registro de operaciones*", por ende no referido exclusivamente a órdenes. En todo caso este argumento pone de manifiesto una conducta ambigua y confusa del BBVA, pues si entiende que el precepto citado no es aplicable a la concertación de contratos carece de sentido y lógica que precisamente para dar validez a tal forma de contratación no sólo se abandere tal precepto sino que además el Banco actor efectuó los trámites dispuestos en dicho artículo al requerir de confirmación escrita al cliente y es que no es ajustado a derecho (art. 7 Código civil) acogerse al precepto en aquello que beneficia pero ignorarlo u omitirlo en lo que perjudica.

2º) Se dice en el recurso que ese precepto no es aplicable por el carácter administrativo del Real Decreto 217/2008 de 15 de Febrero en cuanto regula el aspecto organizativo de las entidades de inversión. Ello es de rechazar. El RD 217/2008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, no solo completa el desarrollo reglamentario del régimen aplicable a las entidades citadas sino que también tiene como fin completar la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/73/C.E. citada "supra" y por ende como se anuncia en el texto Preliminar, el refuerzo de las medidas dirigidas a la protección de los inversores. Si tal norma legal desarrolla la Ley de Mercado de Valores (sustituyendo, ya que lo deroga expresamente, al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, al refundirlos con otras normas del sector) es evidente que es de aplicar al presente caso pues en este campo normativo está inmerso en su cobertura como se ha dicho las permutas financieras y dicho texto legal no solo regla aspectos organizativos de las entidades de inversiones o que prestan operaciones inmersas en el artículo 2 de la citada Ley del Mercado de Valores .

3º) De manera alguna el Juez ha interpretado el precepto como una facultad de desistimiento del contratante, sino como la falta de consentimiento del cliente y por ende su falta de perfección. El apelante afirma que la disconformidad dispuesta en tal precepto se ciñe exclusivamente a errores materiales pero nunca a la celebración del contrato que se efectúa vía telefónica momento desde el que se perfecciona y por ende es válido y eficaz. El precepto nada dice de que tal disconformidad sea para corrección de errores materiales; dice que esa confirmación es "necesaria" ya por forma expresa o por forma tácita, pero necesaria, luego si la misma no concurre, no puede derivarse eficacia del negocio.

La confirmación de la inexistencia contractual determina ser innecesario entrar en el análisis del vicio del consentimiento pro error tratado por el Juez en su sentencia a efectos dialécticos, y confirmándose el pronunciamiento reconvenional dado que asiste el derecho a la demandada reconviniente a que se le reintegre las cantidades que BBVA practicó bajo cobertura de un contrato inexistente y a pesar de la manifestación del cliente de que no actuase en tal forma y sin necesidad de mayor tratamiento dado que tales importes no han sido discutidos ni son objeto de tratamiento por el apelante en su recurso.

CUARTO. -La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales de la azada a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA) contra la sentencia del Juzgado Primera Instancia 19 Valencia en proceso ordinario 1730/2009, confirmamos íntegramente dicha resolución, imponiéndose las costas procesales de la azada a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

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