



Roj: SAP GI 75/2012
Id Cendoj: 17079370012012100067
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 1
Nº de Recurso: 590/2011
Nº de Resolución: 45/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 590/2011

Autos: procedimiento ordinario nº: 1018/2009

Juzgado Mercantil 1 Girona

SENTENCIA Nº 45/2012

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Doña María Isabel Soler Navarro

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, dos de febrero de dos mil doce

VISTO , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 590/2011, en el que ha sido parte apelante CAIXA DE PENEDES, representada esta por la Procuradora D^a. ROSA BOADAS VILLORIA, y dirigida por el Letrado D. JUAN IGNACIO SANZ CABALLERO; y como parte apelada PROMOCIONES EDIMAR 2006, S.L., CONSTRUCCIONES Y ENCOFRADOS CEYCAL, S.L. y CONSTRUCCIONES CISA 05, S.L., representada por el Procurador D. CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS, y dirigida por el Letrado D. LUIS IGLESIAS PUJOL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil 1 Girona, en los autos nº 1018/2009, seguidos a instancias de PROMOCIONES EDIMAR 2006, S.L., CONSTRUCCIONES Y ENCOFRADOS CEYCAL, S.L. y CONSTRUCCIONES CISA 05, S.L., representado por el Procurador D. CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS y bajo la dirección del Letrado D. LUIS IGLESIAS PUJOL, contra CAIXA DE PENEDES, representado por la Procuradora D^a. ROSA BOADAS VILLORIA, bajo la dirección del Letrado D. JUAN IGNACIO SANZ CABALLERO, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " **FALLO:** *Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por las mercantiles Promociones Edimar 2006 S.L., Construcciones y Encofrados Ceycal S.L. y Construcciones Cisa 05 S.L., representadas por el/la Procurador/a de los Tribunales Carlos J. Sobrino Cortés y defendido por el letrado/a Lluís Iglesias Pujol contra Caixa del Penedés representada por el/la Procurador/a Rosa Boadas Villoria, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos financieros tipo Swap concertados entre las partes litigantes y firmados en fecha de 8/4/2009,*

imponiendo a las partes contratantes el deber de restituirse mutuamente las prestaciones entregadas en cumplimiento de tales contratos.

Se imponen las costas a la parte demandada ".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 9 de septiembre de 2010 , se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Il.tra. Sra. Magistrada D^a. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Girona de fecha 9 de septiembre de 2011 , en la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta por PROMOCIONES EDIMAR 2006, S.L. CONSTRUCCIONES Y ENCOFRADOS CEYCAL, S.L. y CONSTRUCCIONES CISA 05, S.L. y en la que se interesaba la nulidad de los contratos de swap que vinculan a los litigantes. Las actoras fundan la nulidad que pretenden en diversos motivos: inexistencia de consentimiento, cláusulas abusivas y error en el consentimiento. Subsidiariamente y para el caso de que no se apreciara la nulidad pretendida solicita la resolución del contrato. La sentencia declara la existencia de los contratos y estima la demanda, declarando la nulidad con base en la abusividad de la cláusula de resolución que habría provocado en las actoras un error en el consentimiento respecto de un elemento esencial del contrato.

La apelante funda el recurso en error en valoración de la prueba reiterando que las actoras estaban perfectamente informadas y conocían el contenido del contrato y de la cláusula de cancelación anticipada, como así reconocen en las memorias de las cuentas anuales.

SEGUNDO.- El contrato suscrito entre los litigantes el 13 de junio de 2008 y cuya nulidad se pretende se denomina en el encabezamiento "contracte d'instrument financer derivat" y en las condiciones particulares "permuta financera ("swap inflació").

El objeto de discusión en esta alzada se concreta a si las actoras prestaron válidamente su consentimiento o, como sostiene la sentencia de instancia y la apelada tanto en la demanda como en la impugnación al recurso, la falta de la adecuada información provocó en las contratantes un error en el consentimiento insuperable que ha de dar lugar a la declaración de nulidad que la sentencia contiene, la apelada sostiene y combate la apelante.

Como tuvimos ocasión de señalar en la sentencia de 1 de septiembre de 2011 dictada en el Rollo 326/11 , la doctrina general de la contratación del Código Civil, se ve alterada por la regulación especial del contrato analizado y, en concreto, decíamos que, "según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005 , 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia.

Si nos atuviéramos a dicha doctrina, el contrato suscrito por ambas partes litigantes debería ser declarado válido y eficaz, sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores,".

A la vista del contenido del contrato cabe afirmar que el régimen jurídico aplicable a este supuesto, respecto del que por otra parte no se ha planteado controversia, es el régimen especial previsto en la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 que, tras la modificación realizada por la Ley 47/2007, de 19

de diciembre establece en el artículo 1 que "La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción.". Y en el artículo 2 al establecer el ámbito de aplicación de la Ley enumera los instrumentos financieros comprendidos en el mismo entre los que se encuentran en el apartado 8. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

Como este Tribunal tuvo ocasión de señalar en la sentencia de 1 de septiembre de 2011 la norma especial citada tiene por objeto modular los principios generales de la contratación civil en relación con la prestación del consentimiento en los contratos sometidos a la misma. La modificación operada en la norma en el año 2007 tuvo por finalidad incorporar al derecho interno español las Directivas comunitarias, concretamente la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, 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 y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

El artículo 78 de la LMV establece que "Quienes presten servicios de inversión deberán respetar: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo, así como las que en desarrollo de las mismas apruebe el Gobierno o, con su habilitación expresa el Ministerio de Economía", junto con las normas contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta. Se trata de una norma imperativa por lo que su incumplimiento no sólo será causa de sanción administrativa, sino también, en tanto afecta a la información que sobre el producto a contratar debe recibir el cliente, podrá dar lugar a un vicio del consentimiento, como luego veremos, en la medida en que el cumplimiento de lo establecido en la ley se constituye como un presupuesto de validez del consentimiento prestado.

El artículo 78 bis de la LMV obliga a la entidad a distinguir entre clientes minoristas y profesionales. Señala el precepto que a los clientes profesionales se les presumirá "la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos" concretando el apartado 3 del citado precepto quienes merecen tal consideración y concretamente, en lo que aquí interesa, establece "Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros."

En el presente supuesto la apelante no aporta la apelante prueba alguna que permita tener por acreditado que las actoras cumplen los parámetros expuestos, por lo que han de tener a los efectos de la ley y en relación con la entidad financiera apelante, la consideración de clientes minoristas.

El régimen de protección articulado por la ley varía en función de los servicios que preste la entidad de crédito, distinguiendo entre si la entidad asesora al cliente para la contratación de un determinado servicio o si, por el contrario, se limita a ejecutar una orden recibida de éste.

La ley define la función de asesoramiento en el artículo 63.1-g como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros".

De los hechos relatados en la demanda y admitidos por la demandada, así como de los escritos de recurso, resulta sin duda que en este caso la entidad de crédito apelante realizó una funciones de

asesoramiento al cliente puesto que no consta que fueran las actoras las que manifestaran a la demandada su interés en contratar el producto financiero que finalmente contrataron.

La información que la entidad de crédito debe proporcionar al cliente minorista cuando asesora viene establecida en el art. 79 bis LMV, que a su vez traspone el art. 19 Directiva Mifid, si bien la obligación de información se regula con mayor detalle en el art. 72 del Real Decreto 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.

Los preceptos citados obligan a la entidad financiera que recomienda un determinado producto al cliente minorista a realizar lo que se ha venido a llamar el test de idoneidad. Ello obliga a la entidad financiera a recopilar una serie de información acerca de su cliente, incluso el potencial, información que se refiere, de una parte a los conocimientos y experiencia del cliente en relación con el producto de inversión de que se trate, y de otra, a su situación financiera y objetivos de inversión, todo ello con la finalidad de poder recomendar el servicio financiero o producto de inversión más se adapte a sus necesidades y más convenga a sus intereses (art. 79 bis LMV). La ley establece claramente que cuando la entidad no obtenga esta información se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente.

Ello supone que la entidad financiera no puede limitarse a recoger la información, sino que posteriormente debe ponerla en relación con las características del producto concreto que pretende recomendar a fin de valorar que éste sea adecuado, no sólo a sus propios intereses, sino también y muy especialmente, a los de su cliente.

Concretamente, según establece el art. 72 del Real Decreto 217/2008 la entidad financiera viene obligada, antes de recomendar un servicio o instrumento a comprobar que, puesto en relación con la información que ha recogido de el cliente, el producto concreto "a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...), c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera..".

En definitiva la ley impone a la entidad financiera la obligación de procesar la información recibida del cliente y ponerla en relación con el concreto producto que pretende recomendar y ello con la finalidad de informar correctamente al cliente a fin de que éste, antes de contratar el producto que se está recomendando, esté convenientemente informado y pueda comprobar que el producto ofertado es compatible con sus objetivos de inversión, así como que puede asumir los riesgos que el producto supone en relación a dichos objetivos y cuenta con los conocimientos y experiencia suficientes para comprender los riesgos de la transacción que se propone realizar. La entidad financiera debe comprobar, con carácter previo a recomendar el producto, que es idóneo para ese cliente tomando en consideración sus necesidades y circunstancias.

TERCERO.- En el presente supuesto el producto ofertado y finalmente contratado fue un swap de tipo de interés a los que la entidad financiera se refiere como "Contratos de Cobertura de Tipo de Interés". Como ha tenido ocasión de señalar esta misma Sala en la ya citada sentencia de 1 de septiembre de 2011 "el contrato "swap" o de permuta financiera, en su modalidad de tipo de interés, el acuerdo consiste intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importe resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay, en principio, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.". Se trata pues de un producto complejo, como así lo considera la propia ley en el artículo 79 bis 8.

La entidad financiera apelante sostiene que sí realizó el test de conveniencia e idoneidad y, consciente de que recae sobre ella la carga de probar este hecho, expone en el recurso que lo realizó el 4 de julio de 2008 y, si bien no lo identifica como tal en la relación de documentos que aporta, parece referirse al que aparece en el folio 413.

Con arreglo a lo ya razonado, es evidente que la cláusula adicional que se refiere al test de conveniencia, de redacción estandarizada, en absoluto prueba que la entidad financiera haya cumplido con la obligación que la ley impone. Aun teniendo en cuenta que el art. 73 del RD 217/2008 no establece formalidad alguna

para el test de conveniencia, por lo que podría no haber sido realizado por escrito, lo cierto es que la carga de probar que cumplió con las obligaciones que la ley le impone recae sobre la entidad recurrente y tal prueba no se ha producido, pues aun suponiendo que la documental aportada y las testificales practicadas acreditaran que la entidad financiera recogió la información que la norma impone, lo que en modo alguno resultaría probado es que posteriormente la procesó a fin de, en cumplimiento del mandato legal, asegurarse que el producto financiero recomendado era el que más convenía a las apeladas, así como que éstas comprendían la naturaleza del mismo, los riesgos que comportaba y la compatibilidad entre éstos y sus objetivos de inversión.

Ninguna prueba aporta la apelante que permita tener por acreditado que, tras valorar la información recogida de su cliente, alcanzó la conclusión de que el producto ofertado era el más conveniente, por lo que en modo alguno puede tenerse por cumplida la obligación que impone el artículo 79 de la LMV.

Este solo hecho resulta bastante para entender viciado el consentimiento prestado por las apeladas, en tanto, como se ha señalado ya, el cumplimiento por la entidad financiera de las obligaciones que la ley impone opera como un presupuesto de validez del consentimiento prestado que, en este caso, no se ha producido.

La apelante insiste en el recurso en que la información aportada a las apeladas fue correcta y suficiente, especialmente en cuanto hace referencia a la cláusula de cancelación anticipada, remarcando que las apeladas conocían dicho valor en tanto venía establecido en la Condición General Decimoséptima, como así lo demuestra el hecho de que se mencionen los contratos de cobertura de tipo de interés en las memorias anuales de las apeladas, calificándolos como altamente eficaces. Respecto de la cláusula de cancelación anticipada destaca que el criterio de valoración, a valor razonable, es perfectamente legal, así como que el valor de cancelación que aparece en el folio 272 es a efectos meramente informativos.

Lo cierto es que las manifestaciones de la apelante no pueden sanar el defectuoso cumplimiento por la entidad financiera de las obligaciones que la ley le impone en relación con la información que debe suministrar a su cliente, así como tampoco evitar los efectos que sobre la validez del contrato ha de desplegar dicho defecto.

Esta Sala no puede compartir el criterio del juez a quo en el sentido de que el error invalidante del consentimiento recae exclusivamente sobre la cláusula de cancelación anticipada, así como tampoco la consideración de ésta como elemento esencial del contrato, porque de lo actuado resulta probado que el error recayó no sólo sobre la citada cláusula, sino sobre la naturaleza misma del contrato y sus consecuencias, siendo además que dicho error fue propiciado por la entidad financiera que no cumplió con las obligaciones que de forma imperativa le impone la ley y que constituyen un presupuesto de validez del consentimiento prestado.

CUARTO.- Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por CAIXA DEL PENEDÈS contra la sentencia dictada por el JUZGADO MERCANTIL núm. 1 de GIRONA, en los autos de JUICIO ORDINARIO Nº 1018/2009, con fecha 9 de septiembre de 2011, y CONFIRMAR el fallo en cuanto estima la demanda, aunque con distintos fundamentos, condenando a la apelante al pago de las costas procesales derivadas del recurso de apelación.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo/Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada - Ponente D^a. Núria Lefort Ruiz de Aguiar, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.