

Nº 6-6-12
Efr.

**AUDIENCIA PROVINCIAL CÓRDOBA
SECCION Nº 3**

SENTENCIA Nº 153/12

**PRESIDENTE ILMO. SR.
D. FRANCISCO DE PAULA SÁNCHEZ ZAMORANO**

**MAGISTRADOS, ILMOS. SRÉS.
D. FELIPE LUIS MORENO GÓMEZ
D. PEDRO JOSÉ VELA TORRES**

**REFERENCIA:
JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº4 DE
CORDOBA
ROLLO DE APELACIÓN Nº 183/2012
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 844/2011**

En la Ciudad de CORDOBA a uno de junio de dos mil doce.

**La SECCION Nº 3 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA ha
visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de
Procedimiento Ordinario nº 844/2011 seguidos en el JUZGADO DE
PRIMERA INSTANCIA Nº4 DE CORDOBA entre el demandante
representado por el Procurador Sr **PEDRO
BERGILLOS MADRID** y defendido por el Letrado Sr. J. JOAQUIN**



YLLESCAS ORTIZ,, y el demandado representado por la Procuradora Sra. **MARIA DEL MAR MONTERO FUENTES-GUERRA** y defendido por el Letrado Sr. **ANTONIO MONTESINOS MACHADO**, pendientes en esta Sala a virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. Don **PEDRO JOSE VELA TORRES**.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº4 DE CORDOBA** cuyo fallo es como sigue: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Bergillos Madrid, en nombre y representación de _____ contra _____, y estimando parcialmente la reconvención formulada por el Procurador Sra. Montero Fuentes-Guerra, en nombre y representación de _____, contra _____

1. Debo declarar y declaro la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (documento nº 2 de la demanda) y de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés (documento nº3 de la demanda), ambos de 16 de abril de 2008.
2. Debo declarar y declaro no ajustados a derecho las liquidaciones negativas generadas en la cuenta corriente que la demandada tenía abierta en la entidad actora (nº _____) como consecuencia de los contratos indicados en el punto anterior, en los términos indicados en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.
3. Debo condenar y condeno a _____ a que abone a _____ la suma de 564,87 euros.
4. Dicha cantidad devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.
5. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de _____





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose traslado de los mismos al Magistrado Ponente para que dictara la resolución procedente.

TERCERO.- Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- Versa el presente procedimiento sobre la reclamación de cantidad por parte de la entidad bancaria recurrente a un cliente, resultante de la liquidaciones procedentes de un contrato de permuta financiera de tipos de interés, denominado por la entidad "Contrato marco de operaciones financieras (CMOF)" y subtítulo "swap flotante bonificado", suscrito por las partes el 16 de abril de 2008 y que se compone de diez páginas de abigarrado texto, incluyendo complejas fórmulas matemáticas (a lo que más adelante haremos mención); en el cual, la parte demandada reconviene solicitando la nulidad del contrato, que es lo que básicamente viene a resolver la sentencia apelada. Planteada así la cuestión litigiosa, hemos de partir de la base de que según el "Contrato Marco" de la Asociación Española de Banca, puede definirse el contrato swap como *«aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un período de duración acordado»*. El esquema general de una operación de permuta financiera de tipos de interés suele contener los siguientes pasos: a) El cliente de un entidad financiera decide obtener una cobertura que le permita obtener beneficios o reducir el impacto que produciría una hipotética subida del tipo de interés; b) el cliente suscribe un contrato de permuta en el que se hace constar un tipo fijo que debe pagar a la otra parte contratante y que permanece invariable con independencia de las posibles subidas o bajadas que experimenten los tipos de interés; c) por su parte, la otra parte contratante deberá pagar al cliente un tipo variable (euribor a tres, seis o doce meses por lo general); y d) periódicamente (normalmente con cadencia anual, semestral o trimestral) se realiza una liquidación sobre el capital vigente en cada momento. Si la liquidación es favorable al cliente (porque el euribor haya subido por encima del tipo



fijo), éste cobrará la cantidad que arroje la liquidación. Por el contrario, si la liquidación es favorable a la entidad financiera (porque el euribor se haya mantenido por debajo del tipo fijo pactado), éste cobrará la cantidad que arroje la liquidación. Conforme a estos rasgos básicos de la permuta financiera de tipos de interés, el cliente se obliga a satisfacer una cantidad equivalente a un determinado tipo porcentual fijo (que obviamente suele ser superior al tipo de interés variable existente en el momento de realizarse la operación de permuta), por encima del cual será la entidad financiera quien soporte la pérdida. Todo ello sobre un importe nominal (conocido en el argot bancario como "nacional"), que acuerdan las partes libremente y sobre el cual se realizarán los distintos cálculos del tipo fijo y/o tipo variable. Aunque ambas partes están obligadas a pagarse los importes resultantes en las fechas especificadas, en cada fecha de pago solo se hace un pago unidireccional, resultado de una compensación que evita el trasiego de fondos, para que solo la parte obligada al pago por el importe mayor lo haga por la diferencia.

SEGUNDO.- Posiblemente una de las cuestiones por las que este contrato ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, doctrina y jurisprudencia coinciden en que en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro. A esta finalidad responde el conjunto de normas contenido en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive o Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros), y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para lo que será presupuesto necesario recabar información sobre el propio cliente. La legislación del Mercado de Valores.



partiendo del objetivo fundamental de fomentar la transparencia y la información en beneficio de los inversores (o más ampliamente, de los clientes del mercado financiero), distingue entre los clientes minoristas y los clientes profesionales. Conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores, clientes profesionales son *«aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos»*, estableciéndose a continuación una serie de presunciones legales de profesionalidad (entidades financieras y empresarios con elevado volumen de negocio), mientras que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis 4). Es más, el cliente minorista no puede libremente renunciar a su clasificación, sino que dispone a estos efectos el art. 79 bis, 3, e) LMV que la renuncia queda en todo caso condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos, e incluso deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los requisitos previstos en la norma y que quieren reservar el cambio de calificación del cliente a supuestos de gran capacidad financiera o de acreditada experiencia en este sector. Siendo evidente que el cliente minorista es el que ha de recibir el mayor grado de protección, porque cuenta con menor experiencia y conocimientos del mercado financiero, que le impiden comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados, productos y servicios de inversión. En suma, la normativa contenida en la LMV pretende mejorar la protección del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes; proporcionarles información imparcial, clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

TERCERO.- En desarrollo de las normas contenidas en la LMV, el RD 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión (que ya estaba en vigor cuando se suscribió el contrato), dispone, su art. 73, que las *«entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el*



cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado», y en su art. 74 que la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá unos datos mínimos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar, y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes. La normativa del mercado de valores debe integrarse, pues, como supuesto de hecho de la norma privada aplicable, y el incumplimiento de dicha normativa comporta la falta de buena fe de la entidad de crédito, la falta de una adecuada información a su cliente, y la creación en éste de un error sobre las características y naturaleza del contrato que motivó su contratación. La sentencia de instancia parte de toda esta normativa, que cita y desarrolla en el extenso y bien argumentado fundamento jurídico segundo, estableciendo como criterio primordial que la cuestión del posible error en el consentimiento es básicamente casuística y que dependerá del supuesto concreto (como demuestra la diversidad de respuestas dadas en esta misma Audiencia Provincial, incluso en resoluciones de una misma Sección, como ocurre en las Sentencias de 5 de septiembre de 2010 y 8 de abril de 2011 de la Sección 1ª; y como hemos analizado recientemente en Sentencias de esta Sección 3ª de 20 de marzo y 10 de abril pasados).

CUARTO.- Pues bien, dicha resolución hace un pormenorizadísimo análisis de la prueba, en el también muy extenso y razonado fundamento jurídico cuarto, llegando a la conclusión de que "Los Tejares, S.L., en liquidación" es un cliente minorista y que no consta que se le ofreciera información suficiente sobre el producto financiero ofertado, ya que no ha quedado bastante probado que se le entregara el folleto explicativo que el banco dice haber facilitado. Que se trata de un producto complejo para cualquier persona que no tiene específicos conocimientos financieros resulta patente en la definición de la operación que figura en el contrato y que la sentencia transcribe, en el que se habla de "tipo variable de referencia", "Tipo Cap correspondiente menos el diferencial correspondiente", "Tipo Barrera", culminando con la siguiente frase críptica: *"Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera knock-in por parte del cliente más la*





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

compra de una opción cap por parte del cliente"; por no hablar ya de las fórmulas matemáticas que se contienen en el propio documento, especialmente en la página 9 (folio 25 de las actuaciones), que a cualquier persona no experta en matemática financiera no puede causar más que perplejidad, si no estupor. De acuerdo con lo estipulado en los artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 antes citado (que, insistimos, ya estaba en vigor cuando se suscribió el contrato), ¿el banco realmente se aseguró de que el cliente (más protegido legalmente en cuanto a la información, al ser minorista) comprendía correctamente lo que era una "opción floor con barrera knock-in" o una "opción cap", si es que en el mejor de los casos ya había comprendido lo que era una permuta financiera? Pues no hay prueba de ello, y no puede enervarse dicha carencia por parte de la entidad bancaria con el argumento de que el cliente prestó su conformidad y se dio por correctamente informado, por lo que no puede ir ahora contra sus propios actos cuando el devenir económico del contrato le ha resultado desfavorable, porque a lo más que podría otorgar su conformidad la entidad demandada-reconviniente sería a la corrección formal de las liquidaciones, no a la complejidad intrínseca del contrato ("producto", en el lenguaje bancario) ni al déficit informativo del que sólo pudo ser consciente en toda su magnitud cuando se produjo la cancelación del contrato. Fundamentalmente, porque es obligación del banco plantearle al cliente, de forma comprensible, los posibles riesgos (en abstracto) de la operación, así como los distintos escenarios posibles en función de hipotéticas fluctuaciones de los tipos de interés, aunque sea de forma estimativa y ejemplificativa; máxime cuando cualquier contrato de swap se basa en una estimación sobre las posibles fluctuaciones del interés, por lo que tiene un cierto contenido aleatorio, de modo que la variabilidad está en su propia naturaleza (artículo 1.790 del Código Civil). Es cierto que en el anexo titulado "funcionamiento swap flotante bonificado" (folio 32 de las actuaciones) se contienen lo que se denominan "escenarios" y que consisten en la explicación porcentual de las posibles contingencias para el cliente en función de las variaciones del euribor; pero ni dicho cuadro se desarrolla mediante los pedagógicos ejemplos que meritoriamente se expresan en el escrito de interposición del recurso, ni se contempla el funcionamiento del producto cuando se cancele o intente cancelar a instancia del cliente.

QUINTO.- Respecto del error, alega el banco que la administradora de la sociedad demandada es licenciada en ciencias empresariales y por ello tiene conocimientos académicos y profesionales que le habrían





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

permitido comprender perfectamente la esencia, funcionamiento y riesgos del producto financiero contratado; pero ello no deja de ser una presunción, incluso poderosa si se quiere, pero a juicio de este tribunal habría que haber ido más allá en la prueba, es decir, que además de dicha formación básica, habría que haber acreditado que se tienen conocimientos financieros especializados en este tipo de productos bancarios complejos (a título de ejemplo, ser licenciado en derecho no asegura por sí mismo que se conozca en profundidad cualquier institución jurídica, por complicada que sea), o que la empresa goza de asesoramiento financiero interno o externo, más allá de la mera asesoría tributaria. En relación con este producto complejo,

no puede obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de la contratación del producto para la mercantil demandada, ya que, en cumplimiento de los citados artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrata o de las personas que lo representaban y que podían contratar en su nombre, sin experiencia en el mercado financiero, sin haber celebrado previamente contratos de este tipo y, sobre todo, confiados en la opinión, que se presume profesional, del personal de la entidad. En este caso sucedió lo contrario, la idea inicial del cliente sobre la operación que le llevó a prestar su consentimiento era que, a cambio de un coste moderado, podría mitigar las consecuencias perjudiciales que un aumento del tipo de interés pudiera producir; convicción que se vio claramente desvirtuada cuando fue comprobando en sucesivas liquidaciones que no solo no estaba protegido ante dicha contingencia, sino que el riesgo y el coste patrimonial aumentaban exponencialmente en una situación de bajada de los tipos de interés, supuesto de hecho que –correlativamente– beneficiaba a la entidad oferente. Existe, por lo tanto, un error en el consentimiento del cliente que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta cuando contrata con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se imponen, además, específicas obligaciones informativas, y, sobre todo, que la carga de la



prueba de la existencia de un adecuado asesoramiento e información al cliente debe corresponder al profesional financiero, dado que, por otra parte, para el cliente constituiría la prueba de un hecho negativo, por ser también a éste a quien se imponen las específicas obligaciones informativas por la normativa general y del mercado financiero. La Sentencia del mismo Alto Tribunal de 13 de febrero de 2007 establece que, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse apercebido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Como consecuencia de todo lo cual, debe confirmarse la sentencia apelada.

SEXTO.- Pese al sentir desestimatorio de la presente resolución, debe seguirse el mismo criterio que la sentencia de instancia sobre las dudas de hecho y de derecho, no haciendo imposición de las costas de la apelación, según permiten los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L A M O S: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Bergillos Madrid, en representación del , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Córdoba, con fecha 12 de marzo de 2012, en el Juicio Ordinario nº 844/11, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos. Sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que el régimen de recursos será el resultante del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que para el caso de que la misma fuere objeto de recurso se habrá de constituir el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., en su modificación 1/2009, de 3 de noviembre. Doy fe.

10/01/2010

