

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMONOVENA

ROLLO N°

Procedimiento ordinario N°

Juzgado Primera Instancia 53 Barcelona

S E N T E N C I A N° . 195 / 2013

Ilmos./a Sres./a Magistrados:

D . RAMÓN FONCILLAS SOPENA

Dª . ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D . JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de mayo de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario Número , seguidos por el Juzgado de Primera Instancia Número 53 de Barcelona, a

el apartado segundo del fallo quedará redactado en los siguientes términos: " Condeno a la parte demandada a la devolución a la parte actora de la cantidad de 179.057,98 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interpelación judicial (30 de julio de 2010), más las cantidades que se hubieren devengado y pagado hasta la terminación de este procedimiento con sus intereses legales. "

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANCO GUIPUZCOANO, S.A., mediante su escrito motivado y a través de su representación procesal, dándose traslado a la parte litigante contraria, que formalizó oposición, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 8 de mayo de 2013.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Regadera Saenz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por parte de la representación de BANCO GUIPUZCOANO, S.A. se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona en Juicio ordinario

La referida resolución estimó la demanda presentada contra la apelante por . en reclamación de que se declare la nulidad de los contratos suscritos por las partes el día 19 de febrero de 2008 denominados "marco de cobertura de operaciones financieras" y de "confirmación de cobertura de inflación". Entiende, en definitiva, la resolución de primera instancia que los de autos constituyen

un contrato swap referenciado al índice de precios al consumo y que la demandada no cumplió con los deberes de información que legal y reglamentariamente le incumben, induciendo a la actora a incurrir en error en la contratación, por lo que declara la nulidad de los mismos y conde a la demandada a devolver a la actora las cantidades que percibió en virtud de dichos contratos.

La apelante señala que no existió error alguno en la contratación, dada la experiencia y conocimientos de la actora, y que por tanto los contratos son válidos, sin que haya dejado de cumplir ninguna de las obligaciones que le incumben.

La apelada solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO: Más allá de consideraciones generales sobre este tipo de contratos, que ya viene explicadas y se dan pro reproducidas en la resolución de primera instancia, conviene analizar las circunstancias del caso concreto. Eso si, teniendo en cuenta desde el principio que la resolución recurrida acuerda la nulidad de los contratos por entender que ha existido vicio del consentimiento, al haber incurrido los actores en error excusable al firmar el contrato por no haber sido debidamente informados por la demandad del contenido y alcance del pacto que estaban suscribiendo.

Las partes suscribieron un contrato marco para cobertura de operaciones financieras (a los folios 31, 32 y 33 de las actuaciones) y, en la misma fecha, uno denominado de confirmación de cobertura de inflación. En definitiva, lo que suscribieron es un contrato swap o de permuta financiera referenciado al IPC, de forma y manera que siendo el tipo fijo del 3,35% de inflación si ésta subía por encima de ese referente el Banco pagaba determinadas cantidades a los actores y de bajar eran los actores los que pagaban al Banco. Ocurre que los contratos no contienen más información, en esencia, que se la que se ha dicho, a parte de las fórmulas matemáticas que contiene el segundo de los contratos. Afirma

la actora que el contrato le fue presentado como un seguro contra el riesgo de subida de la inflación. Y así debió ser, porque de la información extraída de la página web de la entidad demandada, que obra al folio 57 de las actuaciones, se sigue que la demandada ofrecía una "cobertura dinámica de la inflación", asegurando que lo que proporcionaba a sus clientes era "un seguro sobre el IPC", cuyo objetivo era "minimizar el impacto negativo que una subida de la inflación tiene en la cuenta de explotación de la empresa". Nada más consta que se hubiera informado, ya que los documentos que se acompañan por la demandada a los folios 315 y s.s. como doc. 5 de la contestación a la demanda no consta que fueran entregados a la actora. Sólo se indica, en el extracto de dicha página web, que "el principal riesgo que tiene el producto es la ausencia de inflación".

Desde luego no puede entenderse que de esa forma haya cumplido la demandada con las obligaciones de información que le viene impuestas por la legislación ya vigente en el momento de suscripción del contrato. Como señala la SAP de Barcelona, Civil sección 11 del 11 de Octubre del 2012 (ROJ: SAP B 10603/2012): "La buena fe comercial entendida en su sentido objetivo de pauta de conducta (arts. 7.1 y 1.258 CCivil y 111.7 CCCat .) así como la normativa sectorial vigente al tiempo de nacer el contrato litigioso (arts. 79 y 79 bis Ley del Mercado de Valores tras su reforma por Ley 47/07, de 19 de diciembre por la que se transpone a nuestro país la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2.004 MIFID -Markets in Financial Instruments Directive- y art. 60 del RD 217/08, de 15 de febrero) obligaba a las entidades financieras a 1)" comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios" y 2) en particular, desplegar una actividad informativa previa a la venta de un producto con el fin de que el cliente, tributario de protección frente a la entidad bancaria en especial cuando ha sido calificado como "minorista" (documento 3 de la demanda), pudiera formar su voluntad y emitir su consentimiento comercial con pleno conocimiento de causa lo que

impide a) destacar los beneficios potenciales del instrumento financiero "sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible" y b) ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importantes (art. 60.1.b y d RD 217/08). En palabras del art. 48.2.h) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito "Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.".

No existe ninguna información clara sobre los riesgos, ninguna simulación sobre las liquidaciones que podían tener lugar en el caso de que el IPC baja, tal y como ocurrió, ni ninguna indicación de cuáles eran las previsiones que tenía la entidad bancaria sobre la futura evolución del IPC. Y no deja de ser curioso que precisamente, a poco de suscrito el contrato de autos, el IPC se desplomara hasta llegar a valores negativos, como es de conocimiento público.

Se estará entonces en el caso de señalar que son numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que aprecian el error como vicio invalidante del consentimiento en este tipo de contratos de permuta financiera o swap cuando la entidad no cumple el deber de información al cliente que le es exigible con arreglo a la normativa del mercado de valores y el referido cliente no pudo evitar tal error atendida la complejidad del producto contratado y su falta de conocimientos financieros. Pueden citarse a título de ejemplo las SAP de Jaén de 13 de enero de 2012 y 16 de diciembre de 2011 , así como de otras Audiencias, entre las más recientes SAP Oviedo de 12-4- 2012, SAP León 26-03-2012 ó SAP Lugo 22-03-2012 . Esto es lo que hace la resolución de primera instancia acertadamente y es lo que aquí se confirmará.

Y a lo anterior no obsta que la actora, o sus filiales o empresas de grupo, hubieran suscrito antes otros contratos de este mismo tipo, pues como señala la ya referida SAP de Barcelona, Civil sección 11 del 11 de Octubre del 2012 (ROJ: SAP B 10603/2012): "la suscripción de otras dos operaciones de

derivados con anterioridad, no convierten a ... en experta en la materia pues al margen de no ser idénticas a la presente, se desconoce el nivel de información recibida de la entidad bancaria allí implicada."

Lo mismo que no es obstáculo a dicha resolución cuál fuera la formación académica de los administradores de la sociedad actora, ya que como señaló en caso idéntico SAP de Álava, Civil sección 1 del 11 de Mayo del 2012 (ROJ: SAP VI 278/2012): "El contrato no es claro, incluso nos atrevemos a decir que es ininteligible para una persona con estudios medios y superiores, un universitario es incapaz de entender el contrato si no tiene conocimientos especializados en esta materia. Es evidente de el cliente debe leer el contrato antes de firmarlo, el hecho de no hacerlo como asegura el recurrente no significa que no puede declararse nulo, el cliente confiaba en el Banco y era la entidad quien tenía la obligación de explicarle al detalle en qué consistía lo que estaba firmando.".

Las circunstancias concretas del caso, por mucho que se trate de una sociedad con un importante volumen de negocio, hacen que el contrato sea nulo porque la demandada no ha cumplido con las obligaciones de información que le incumben. Ni siquiera mediante la elaboración de un estereotipado test de idoneidad, que no deja de ser otro elemento más del contrato al que la actora simplemente se adhirió. El de autos, por mucho que se empeñe la apelada, es un instrumento financiero complejo porque así lo califica el art. 2 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. La actora es un cliente minorista, conforme señalan los 78 y s.s. de la norma mencionada, y los arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y debe recibir la información que ya se ha dicho. Si no recibe dicha información, más al contrario la que recibe es equívoca en tanto parece que lo que se vende es un seguro contra la subida del IPC, el contrato es nulo por cuanto la actora no ha podido prestar consentimiento con conocimiento de lo que esta suscribiendo.

No se debe terminar sin señalar que es cierto que la mera infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben a las entidades bancarias no tiene que significar de forma automática la nulidad del contrato por error de consentimiento. Evidentemente, aunque el cliente no haya sido informado, puede, por sus circunstancias particulares, saber perfectamente lo que está contratando. Ahora bien, una cosa es la omisión de los deberes de información y otra muy distinta proporcionar una información equívoca y tendenciosa, como es el caso, porque el cliente entonces se representa ya la realidad contractual no con la información que posee sino con la que le proporcionan de esa forma. No es lo mismo no decir nada que decir, como sucede aquí, que lo que se está vendiendo y ofreciendo es un contrato de seguro que trata de contrarrestar las subidas del IPC señalando que el único riesgo es la "ausencia de inflación". Porque en realidad se está vendiendo una permuta financiera referenciada al IPC donde el riesgo es que el IPC baje en este caso del 3,35%, y si baja de ese nivel el cliente tiene que empezar a pagar al Banco, luego de seguro nada en absoluto, como la realidad, que a veces es tozuda, se empeñó en demostrar al poco tiempo de la firma del contrato de autos.

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado y la resolución de primera instancia confirmada, dando por reproducidos sus acertados fundamentos.

TERCERO: Visto el art. 398 de la LEC se impondrán a la apelante las costas de esta alzada.

FALLAMOS:

LA SALA, **ACUERDA:** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por parte de la representación de BACNCO GUIPUZCOANO, S.A. contra la Sentencia dictada el día 7 de noviembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona en Juicio ordinario , que se confirma con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación si se dieran los requisitos legales.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En Barcelona, a 29-05-2013 , y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.