



Roj: **SAP B 2673/2019 - ECLI:ES:APB:2019:2673**

Id Cendoj: **08019370112019100182**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **27/03/2019**

Nº de Recurso: **766/2017**

Nº de Resolución: **209/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA BACHS ESTANY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció núm. 11 de l'Audiència Provincial de Barcelona. Civil

Passeig Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona

08018 Barcelona

Tel. 934866150

Fax: 934867109

A/e: aps11.barcelona@xij.gencat.cat

NIG 0810242120080311351

Recurs d'apel·lació 766/2017 A

Matèria: Judici Ordinari

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 d'Igualada

Procediment d'origen: Procediment ordinari 1021/2008

Part recurrent / Sol licitant: BARCLAY'S BANK, PLC

Procurador/a: M. REMEI PUIGVERT ROMAGUERA

Advocat/ada: RAQUEL MENDIETA GRANDE

Part contra la qual s'interposa el recurs: PETROMIRALLES 3, S.L.

Procurador/a: Angel Quemada Cuatrecasas

Advocat/ada: LLUIS IGLESIAS PUJOL

SENTÈNCIA NÚM. 209/2019

Il lms. Srs.

Josep Maria Bachs Estany (President i Ponent)

María del Mar Alonso Martínez

Antonio Gómez Canal

Barcelona, 27 de març de 2019

La Secció Onzena de l' Audiència Provincial de Barcelona ha vist amb el núm. 766/2017 les actuacions de recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Sra. Puigvert i Romaguera, en representació de Barclay's Bank Plc, part actora, i ha pronunciat la següent Sentència.

I. Antecedents de fet:



Primer. La part dispositiva de la Interlocutòria Definitiva apel·lada és la següent: "FALLO.- Se desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de Barclay's Bank Plc contra Petromiralles 3 SL, absolviendo a la demandada de los pedimentos de la actora. Se imponen las costas a la parte actora Barclay's Bank Plc".

La part dispositiva de l'Acte de compleció d'1-2-2017 és la següent: "PARTE DISPOSITIVA.- No procede complementar la sentencia dictada en fecha 31.12.2016 en el presente procedimiento".

Segon . Ha comparegut en aquesta alçada la part recurrent a través de la procuradora Sra. Puigvert i Romaguera.

Ha comparegut en aquesta alçada la part oponent a través del procurador Sr. Quemada i Cuatrecasas.

Ha estat assenyalada per a deliberació, votació i decisió del recurs l'audiència del dia 30 de gener de 2019, el que ha tingut lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST, essent ponent l'Il·lm. Sr. Magistrat Josep Maria Bachs Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la part actora la Sentència d'instància (f. 1982 i ss.) pels següents motius:

1er) Després de resumir la demanda, **discrepa de que el Dret aplicable sigui l'espanyol que no s'hagi perfeccionat el contracte** . Quant a la primera qüestió, Petromiralles, client professional conforme als dos Drets en pugna, **va prestar el seu consentiment al Contracte Marc "Terms of Bussiness for Professional Clients"** el que significa que **la posterior liquidació i compensació de quantitats es va fer conforme a les clàusules pactades** . Quant a la segona, entén que **Petromiralles va contractar efectivament els acumuladors** , sense que es pugui defensar que va posar una condició suspensiva de quin compliment en depengués la perfecció del contracte. **Subsidiàriament** , entén que sí que **es va donar lloc al compliment del compromís que l'ara demandada va incloure en el correu electrònic pel que ordenava el tancament de la contractació (doc. 36 demanda)** . I reitera que es va liquidar conforme a la normativa que vinculava les parts.

2on) Quant a la **Llei aplicable** : contra allò que sosté la sentència, **el dictamen d'experts aportat per l'actora s'ha d'admetre com a prova** . Es basa la sentència en que les dues interlocutores no sabien anglès i en l' art. 8.2 del Conveni de Roma . Quant a la primera qüestió, està convençuda la recurrent de que **sí coneixien l'anglès** ; i que **la clàusula de submissió fou acceptada** . De les transcripcions de les converses telefòniques. Mai es van queixar de que se'ls enviés un document en anglès solament. Es tracta d'una directora financera d'una petrolera que comercia internacionalment i una empleada del seu departament, que haurien fet notar aquest problema. El 17-1-2008 no oposen cap dificultat al fet manifestat i clar de que l'informe que se les tramet està solament en anglès. Contesten "vale". La seva actitud ens feu presumir que sí el sabien. I que podien consentir. Quant a la segona qüestió, hi ha una **incorrecta aplicació de l' art. 8.2 del Conveni de Roma** : la sentència entén que com que es qüestiona si es va consentir el Contracte Marc, és aplicable l'apartat 2 de l'art. 8. Per això la sentència es basa en dues premisses: primera, que la única qüestió discutida és la prestació del consentiment al Contracte Marc i segona, que Petromiralles hauria negat la prestació del consentiment i s'hauria referit, en aquest cas, a la Llei espanyola. És una argumentació contradictòria; per un costat diu que hi ha una qüestió controvertida entorn del consentiment i per l'altre ens diu que sí va consentir amb una condició suspensiva posada. En tal cas hi hauria consentiment. En suspens quant a la seva eficàcia. **En realitat la qüestió jurídica no giravolta entorn del consentiment, sinó de l'incompliment d'obligacions ; insisteix la recurrent en que el doc. 36 de la demanda és prova de consentiment ; perquè mai ha invocat Petromiralles la Llei espanyola com aplicablesobre la base de manca de consentiment ex art. 8.2 Conveni**. Aquest precepte preveu que una de les parts negui aquest consentiment i es refereixi a la Llei del país de la seva residència habitual. Però mai s'ha invocat aquest art. 8.2 per la demandada. Va poder contestar i no ho va fer. **Per tant, és d'aplicació l'apartat primer. No hi ha base per presumir com fa la sentència que tàcitament en negar el consentiment s'està invocant l'art. 8.2**. En tot cas **la llei aplicable seria la que procedís si el contracte fora vàlid. Que segons l' art. 4 seria la Llei del prestador característic , on aquest tingués la seu principal, Londres en aquest cas, per tant, la d'Anglaterra i Gales** . El Reglament UE Roma I dona la mateixa solució. També ha estat del mateix parer **la sent. AP Barcelona 7-6-1999: la major vinculació és amb el Dret del lloc on la part prestadora té la seva seu principal** . I el dictamen d'experts ho corrobora. Es demana per atressí la seva admissió en alçada (l'Acte d'aquesta secció de 18-10-2017 ho denega com a pericial però ho admet com a documental).

3er) Petromiralles és un client professional. És un gran grup internacional. Inclou la companyia suïssa Willoil Trading AG per quins interessos vetlla la Sra. Nicolasa en el mail de 14-2-2008.



Es remet a l'estructura de la demandada acreditada pels documents 4-13. Reuneix la qualitat de professional tant en base al codi de conducta anglès del banc com d'acord a la LMV espanyola.

No és un consumidor. S'ha de presumir la seva capacitat per contractar aquests productes. Petromiralles SL té el 50% de la demandada.

Va consentir les condicions generals o Contracte Marc. És l'habitual en operar amb divises i altres productes financers. Com és habitual tancar les operacions telefònicament o per e-mail . A partir del mail de 24-1-2008 (doc. 35 demanda) l'actora va remetre a la demandada (Sra. Inés) el contracte marc i la seva aplicació va quedar sotmesa a la condició de que Petromiralles fes una operació amb l'ara actora. Només abstenint-se de contractar amb Barclay's podia ja desencadenar la no aplicació del Contracte Marc. No van ser rebutjades aquestes condicions. I el 14-2-2008 van decidir contractar amb Barclay's . 16 operacions en un mes, més de 130 milions de dòlars. Hi ha una acceptació tàcita del contracte marc i una expressa dels acumuladors des de 14-2-2008(doc. 36 demanda). Recorda la sent. TS de 22-12-1992 sobre consentiment tàcit. I invoca la confirmació (doc. 36) i la contractació d'altres productes com a fets concloents. **Petromiralles sempre fou conscient de que el mail de 24-1-2008 contenia el contracte marc (doc. 35 demanda). Mai fou impugnat . Per tant, és palès que es va rebre. Encara que es negui en testifical. Contradictòriament, perquè la Sra. Inés va admetre haver llegit el correu on es deia que s'adjuntava el contracte. Ella i la Sra. Nicolasa han demostrat que sabien perfectament de què anava tot plegat. **La trucada de 22-2-2008 és ben clara. En ella la Sra. Inés acaba dient que els acumulats d'ella són de 4,5 milions a 1,480 i els d' Nicolasa de 3 milions a 1,465.****

4rt) El consentiment de Petromiralles és clar: **la contractació per via telemàtica és perfectament vàlida; tant en Dret anglès com espanyol. Invoca l' art. 51 Ccom . i 1278 CC .** I invoca diversa jurisprudència favorable. Reitera que l'ordre de 14-2-2008 és ben clara. Tot i pensar que hi hagués una condició, aquesta era un clam vers una conducta que els equips del banc tenen perfectament incorporada. Es remet a la declaració del testimoni Sr. Marcial , que assenjala que això és del tot normal en el dia a dia (min. 13:28 DVD); **en tot cas sembla que de la comunicació de 22-2-2008 no hi ha dubte del tancament de l'operació** ; i també va declarar que es tancaven normalment via telèfon. Estava clar per a l'ara actora que en el mes següent es van fer els acumuladors i altres estructures (testifical del Sr. Marcial al min. 13:13 DVD); **la Sra. Inés li diu a 22-2-2008 al Sr. Oscar a veure si la truquen aviat i li diuen que l'acumulador està tancat. No hi pot haver condició suspensiva en el mail del doc. 36 en la forma que creu la sentència perquè seria una potestativa pura i s'hauria de tenir per no posada (art. 1115 in 1256 CC) .** I és en si mateix contradictori entendre que s'està suspentent l'eficàcia actual d'una cobertura segons l'evolució d'aquesta. A més, la situació que es contempla a la suposada condició, si fora resolutòria, no es va produir per incompliment de l'ara actora. Mai s'hauria resolt el contracte. **A més, a Petromiralles se li van plantejar alternatives per tal de reestructurar els acumuladors en compliment del compromís al que es referia al mail de 14-2-2008** (mails docs. 47-55, mail de 10-3-2008 i ss.). La pròpia Sra. Inés se'n fa ressò i ho admet en declarar (min. 13:50 DVD). **La sentència ignora aquests documents sorprenentment** , les declaracions del Sr. Marcial (que diu que es van refusar totes les opcions) i les de la Sra. Inés (que admet es van oferir).

5è) L' **incompliment** de Petromiralles: **consistí en negar-se a assumir les seves obligacions respecte dels acumuladors , l'actora va resoldre en base al Contracte Marc ; l'indicador d'incompliment fou que es negués a signar les confirmacions** (doc. 42 demanda) a diferència del que va fer amb altres operacions; **tot i que segons l'actora és un requisit administratiu i no un acte de perfeccionament** (sent. TS 3-12-2015); el Sr. Marcial testifica (min. 13:25 i ss. DVD) que en les setmanes següents a l'e-mail de confirmació de 22-2-2008 (doc. 38 demanda) la demandada va negar haver contractat. Degut a l'evolució negativa del tipus de canvi. I va signar aquells productes en que l'evolució els era favorable (18-3-2008 respecte del *forward* de tipus promig contractat el 18-2-2008). **El contracte marc pressuposa voluntat d'incomplir totalment en no signar-les (clàusula 15) ; i més en concret la clàusula 17 permet resoldre quan raonablement es consideri que no es podrà o no s'estarà en condicions de complir en el futur .** Això també passa en base als arts. 1101 , 1124 i 1129 CC . I això permet liquidar. I compensar (a l'empara de les clàusules 16 i 20) amb altres operacions on, de no haver-se incomplert aquestes, seria l'ara actora la deutora front de l'ara demandada. Té suport tant en base al contracte marc com a l' art. 1195 CC (i sent. TS 24-3-2000, p. ex.). Ja sigui en base al contracte marc o al CC, el cas queda igual.

Postula la revocació i l'estimació íntegra de la demanda.

S'oposa la part demandada al recurs i alhora impugna la sentència (f. 2014 i ss.) pels següents motius:

1er) **la demanda obeeix al fet acreditat de que en data 14-4-2008 vam dipositar al compte de Petromiralles 3 SL acabat en 5582 2.009.000 euros per a compra de dòlars** (doc. 61.6 demanda) i **el banc se'ls va apropiat simplement** (encara que se'n digui retenció, doc. 61.7) i tant demanda com recurs tracten de justificar aquesta



apropiació. I ja fa 9 anys d'això. La suma que es reclama és resultat de la resta de 3.325.029 € per suposats perjudicis no acreditats de les quantitats que se'ns devien per import d'1.876.011,12 € més altres 108.550,54 €.

2on) **No és aplicable la legislació anglesa . Mai fou atorgat el doc. 28 de la demanda o terms of Bussiness for Professionals Clients , com tampoc els acumuladors** objecte del litigi (doc. 42 demanda): **a Espanya regeix el CMOF** per a aquestes operacions. La normativa anglesa és més laxa. En primer lloc, **això ja ha estat resolt a Anglaterra pel High Court . Ni s'ha atorgat consentiment ni s'ha contractat aquest Contracte Marc. Ni cap altre .**

Precisament **considerant que la clàusula de submissió podia haver passat inadvertida . El propi jutge anglès ens diu que no podia vincular l'ara demandada sense prèviament indicar -en castellà, no en anglès- què s'enviava i la importància que anava a tenir, de manera que hauria estat necessària una traducció de les 75 pàgines de dit document .** Per extensió, cal entendre que no hi ha hagut consentiment respecte dels acumuladors (doc. 28 i 42 demanda) pels mateixos arguments. No es va advertir que eren contractes ni es van traduir. **La sentència anglesa ferma ens diu que a Petromiralles sembla ser no estaven familiaritzats amb la llengua anglesa . I pel fet d'haver estat tramès a un membre junior de l'equip .**

En segon lloc **no han estat signats ni el contracte marc ni els acumuladors . La signatura és la forma habitual de fer concórrer oferta i acceptació a Espanya** per molta llibertat de forma que hi hagi doncs d'altra manera els fets concloents han de ser molt inequívocs i concloents. **I el mer coneixement no implica consentiment . El propi doc. 42, mail de 10-3-2008 és ben eloqüent en demanar la signatura encara que literalment de quelcom que ja està signat, perquè de fet no ho estaven .**

En tercer lloc, **el mail de 14-2-2008 (doc. 36 demanda) no és una veritable confirmació. Es confirmava sota una condició de que es comprometés el banc a replantejar la cobertura si era molt negativa . Mai es va comprometre ni va donar garantia certa d'això. Per això mai es van signar els acumuladors .** Comparteix la sentència quant a aquest punt. I recorda que hi ha mails posteriors, de 18 i 20 de març de 2008 (doc. 43 i 46) que demostren que es proposaven versions modificades -i millorades- al respecte. Íd al doc. 47 de 10-3-2008 i doc. 48 14-3-2008 i de 10-4-2008, doc. 55.

Si se seguien enviant propostes de millora els mesos de març i abril mai pot atribuir-se al document de 14-2-2008 virtut de confirmació . Precisament signar els forward i no els acumuladors revela una voluntat clara al respecte de què es vol i que no es vol contractar . I cap sentit tindria ingressar 2.009.000 € el 14-4-2008 per comprar dòlars al compte si ja estigués en vigor un acumulador amb venciment a un any .

En quart lloc el que vol la recurrent és que es vulneri la **normativa actual europea (EMIR), el Reglament 648/2012 de 4-7-2012, quin art. 11** fixa que quan no existeixi entitat de contrapartida central, com passa en aquest cas, s'haurà d'instaurar un procediment o procediments i mecanismes adients per mesurar, controlar, i reduir el risc operatiu i el risc de crèdit de la contrapart mitjançant: a) la **confirmació electrònica dels termes del contracte .**

Està desplegat aquest Reglament per altres sis reglaments delegats nùms. 148-153 tots de 2013; el 148/2012 (art. 12.1 c)) diu que en cas de permutes de divises i tipus de canvi celebrats abans de 31-8-2013, s'hauran de confirmar a més tardar el dia següent a la data d'execució del contracte de derivats per mitjans electrònics; s'han d'atorgar per tant en tres dies i confirmar electrònicament i si no són vàlids.

La normativa EMIR per tant no permet que aquests contractes es facin tàcitament . Per silenci.

La condició del mail de 14-2-2008, en cinquè lloc, no és una potestativa pura. No hi ha hagut contracte.

En sisè lloc, **l'art. 8.2 Conv. Roma el que diu és que qui negui haver consentit es pot referir al Dret del lloc de la seva residència habitual. Clarament al Dret espanyol en aquest cas .** A més, mai va tenir l'ara demandada relació directa amb Barclay's Bank Plc sinó amb Barclay's Bank SAU, amb seu a Barcelona.

3er) No existeix la condició de client professional de Petromiralles 3 SL: si l'entitat no coneix el producte ja pot ser professional que se l'ha de tractar com minorista a aquests efectes.

Petromiralles 3 SL no té cap cultura financera. És quan Petromiralles manifesta que necessita uns tres milions de dòlars que se li ofereix una cobertura de tipus de canvi.

De les converses de 17-1-2008 el que s'acredita és un desconeixement total del mercat de riscos de tipus de canvi, que el que els preocupava no era tenir dòlars sinó assegurar el tipus de canvi, que se'ls va dir que el banc presentaria una proposta i que és la primera vegada que es parla de l'acumulador i que, per tant, res en sabia l'ara demandada abans.

Fins i tot reconeix en determinat moment que fa escassos mesos que han començat. En tot moment la seva preocupació és assegurar la venda del producte a un tipus de canvi favorable.



4rt) **inexistència d'incompliment: Si no s'ha atorgat ni el contracte marc ni l'acumulador no hi pot haver incompliment** . Comparteix el raonament de la sentència en aquest punt.

Postula la desestimació del recurs de contrari

Impugna la sentència (f. 20138 i ss.) en base als següents arguments:

1er) **la sentència ha valorat el nostre informe oral en conclusions quant a inexistència del contracte i de l'incompliment. Però no les demés excepcions** .

En primer lloc, **no s'ha acreditat dany** per part de l'actora. Els 3.325.029 € en que fixa la pèrdua no ve avalada per cap document ni pericial.

2on) **En segon lloc, la demanda està mal plantejada perquè es reclamen danys i perjudicis després d'una resolució unilateral i sense demanar la resolució contractual** .

Es demana una indemnització per una resolució extrajudicial i unilateral en la que no s'ha conformat aquesta part. El TS ha arribat a dir que no cap en el nostre Dret la resolució unilateral (sent. 29-4-1998), s'ha de demanar judicialment.

La manca de resolució judicial impedeix la liquidació i per suposat la compensació . Hi ha un requeriment de pagament (doc. 58 demanda) però no s'especifica d'on ve aquella xifra. No es pot demanar ni es podria atorgar (incongruència extra petita, art. 218 LEC) .

3er) **la demanda vulnera la normativa de compensació. Abans de determinar els danys ja es compensa** . No hi ha exigibilitat contrastada de la xifra en que l'actora basa l'incompliment; i es fa la compensació set mesos abans.

4rt) **S'ha vulnerat la normativa bancària: el banc s'ha apropiat per compensació una suma que estava en dipòsit fora del marc del mandat** . El que és una infracció molt greu de la disciplina bancària.

Acaba però demanant la desestimació del recurs i de la demanda amb costes i no indica en què s'hagi de modificar la sentència per virtut de la impugnació.

Contesta l'actora la impugnació (f. 2053 i ss.) en base als següents motius:

1er) **Manca de legitimació per impugnar** la sentència, ja que no li imposa cap gravamen (art. 461.1 LEC) . A més, pretén introduir per aquesta via qüestions noves que no van ser objecte de contestació ni reconvençió.

2on) Nogensmenys contesta, mantenint que **la liquidació es va fer d'acord a l'habitual i més en concret a les regles 15 i 17 del Contracte Marc** .

3er) **No s'ha vulnerat la compensació perquè s'han seguit les normes 16 i 20.12 de dit contracte marc** .

4rt) **la infracció de normativa bancària -que es nega- l'hauria comès Barclay's Bank SAU i no pas Barclay's bank Plc.**

Postula la desestimació de la impugnació.

Segon. L'anàlisi de l'actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) A la seva demanda, després d'identificar exhaustivament cada part (f. 77-252) Barclay's Bank reclama front de Petromiralles 3 SL la suma de 1.340.356,71 €.

Explica que a finals de 2007 la demandada va començar a pagar en dòlars USA els combustibles que importava per a la seva comercialització, malgrat que als seus clients els hi ho venia en euros, generant un risc per a la demandada de que el tipus de canvi dòlar/euro variés significativament.

Primer va començar a comprar dòlars a través de diferents altres bancs (a principis de 2008 comprava uns 20 milions de dòlars al mes) i va començar a contractar diferents productes per a protegir-se d'aquest risc; primerament, les assegurances de canvi o *forwards* (que permeten fixar d'antuvi el tipus de canvi al que es farà una compra futura de divises).

A principis de 2008 el Sr. Samuel (encarregat de la relació amb el client de l'actora) es va posar en contacte amb l'ara demandada (f. 257 i ss.), en concret va posar-la en contacte amb la divisió de banca d'inversió, Barclay's Capital; Petromiralles efectivament estava tractant de cercar productes alternatius als *forwards* i **Barclay's Capital li va exposar diverses opcions i així es van fer diferents reunions, es van lliurar informes i presentacions, arribant-se a la conclusió que el que millor s'adaptava a les necessitats de l'ara demandada eren els anomenats "acumuladors"** (però tot i això, al f. 270 s'advertia d'una probable apreciació del dòlar per a 2008 i que el tipus de canvi estava en màxima volatilitat; i al f. 276 s'advertí que la presentació en concret no en revelava tots els riscos i es demanava als potencials clients que s'asseguessin que comprenien el



funcionament del producte); **Petromiralles va demanar més detalls i Barclay's Capital els va enviar un seguit de mails a l'efecte . Segons l'actora era Barclay's Bank qui feia la proposta a través de Barclay's Capital.**

Explica que **els acumuladors són derivats financers** (quin actiu del que depenen pot ser ben diferent, accions, índex borsaris, valors de renda fixa, tipus d'interès, matèries primes o, com aquí, divises) **a través dels quals (en aquest cas) les parts es comprometen a comprar i vendre, respectivament, dòlars en el futur a un preu prefixat, el que suposa una protecció front a possibles apreciacions del dòlar i havien de permetre a l'ara demandada obtenir un millor preu que el que podria obtenir mitjançant una assegurança de canvi .**

Petromiralles aniria acumulant el compromís a comprar un nombre determinat de dòlars a un tipus prefixat per cada dia que el tipus de canvi euro/dòlar estigués dintre del rang d'acumulació establert; i els dies en que no hi estigués, no s'acumularien els dòlars d'aquell dia ; el tipus de canvi a tenir en compte és sempre l'oficial publicat diàriament a les 2:15 p.m. pel Banc Central Europeu . En arribar el venciment del producte, es liquida i es lliura al client la divisa acumulada .

Avantatges: poder gestionar el risc del tipus de canvi sobre un preu de compra únic, fix i conegut, no té cost inicial per al client, l'import màxim acumulable es coneix d'antuvi, permet avançar imports acumulats per usar-los abans del venciment.

Desavantatges i riscos: comprar les divises acumulades al venciment és una obligació del client, a preu prefixat, independent del real del venciment, no es té la certesa quant a la quantitat final de divises que hi haurà acumulades, de manera que si arriba el venciment i no n'hi ha prou quantitat acumulada, haurà de comprar-les al mercat del moment i pot no ser al millor preu.

Explica també l'actora que aquests productes es contracten per telèfon o mail, atesa la variabilitat dels preus objecte dels mateixos (una divisa pot canviar un 2% en una hora de mitjana) i per això entre professionals no sol haver-hi un acord previ escrit per a cada operació.

Per això es fan contractes-marc. **En aquest cas, el contracte-marc per clients com Petromiralles està elaborat en base al contracte marc standard fixat per l'Associació de Futurs i Opcions amb seu a Londres i es denomina Termes de contractació per a clients professionals** (s'acompanyen als f. 370 i ss. -traducció al f. 445 i ss.-)

Entén l'actor que per a les entitats que presten serveis d'inversió a Espanya el Dret aplicable és la Directiva 2004/39/CE (Directiva MiFID) i la LMV 24/1988 que la incorpora; i així l'art. 78 bis estableix els criteris per a considerar un client professional (dues de les tres condicions següents: actius de més de 20 milions, recursos propis de més de 2, facturació anual de més de 40 milions -coincident amb el Codi de conducta de l'autoritat de serveis financers del regne Unit (FSA) per la que es regeix Barclay's, f. 628 i ss. (traducció al f. 633 i ss.)-). Doncs bé, Petromiralles és un professional en reunir les tres condicions (comptes anuals de 2007 al f. 639 i ss.).

Sosté l'actor que el contracte-marc (doc. 29, f. 524 i ss.) li fou tramès el 24-1-2008 (f. 757 i ss. -en anglès-; proposta de 25-1-2008 al f. 301 i ss.) i que al llarg de gener i febrer de 2008 hi van haver converses telefòniques (transcripcions al f. 279 i ss. i DVDs al f. 278 i 363) i intercanvi de mails (f. 292 i ss.), celebrant-se una reunió entre les parts per concretar les condicions . També es van remetre presentacions i informes sobre el producte (proposta al f. 295 i ss.) i es van incorporar les modificacions suggerides pel client.

El 14-2-2008 Petromiralles (Nicolasa) va trametre per mail (adreçat a Oscar , Samuel i Barclay's Private Clients Europe, f. 797) l'ordre de tancar l'operació quan el tipus de canvi euro/dòlar estigués a 1,4850 (f. 799 i ss.) i la confirmació (mail de Inés a Samuel) el 22-2-2008 demanant cancel·lar el compte a nom de Petromiralles, obrir-ne un de nou a nom de Petromiralles 3 i indicant que l'operació d'acumulador es feia a nom de Petromiralles3 SL amb destinació al compte de Willoil (f. 804).

El mateix 22-2-2008 Oscar contesta amb un altre mail i adjunta l'ajust que s'ha fet aquell matí a 1,480 (f. 806); es tracta segons el propi document d'una preconfirmació de la cobertura .

De manera que el primer acumulador (f. 807 i ss.) era de data 22-2-2008 , nocional 50 milions dòlars, venciment 22-8-2008 , tipus de canvi o *forward* 1,5 USD/1€, barrera 1,450 USD/1 €; el segon, amb venciment 24-2-2009, tenia un *forward* d'1,530 i barrera d'1,450.

En el cas del primer, per cada dia que el tipus de canvi superés 1,45 dòlars/€ s'acumulava per a les parts l'obligació recíproca de compra i venda de 396.825,39 dòlars a un preu prefixat d'1,50 dòlars/€ a data del venciment; màxim acumulable 50 milions.

En el cas del segon l'obligació era de comprar 387.596,90 dòlars a preu fix d'1,53 dòlars/€ a data del venciment.

I en els dos casos, el dia que no s'arribés als 1,45 dòlars/€ no s'acumulava cap obligació recíproca.



Acompanya (f. 20-21) una taula amb els *forwards* i els estructurats comprats (més de 133'77 milions de dòlars en un mes, tot per telèfon, mail o fax (vide f. 813-919)

Acompanya transcripcions d'operacions telefòniques fetes amb les Sres. Nicolasa i Inés , que són directora (segons el RM, f. 922, la Sra. Nicolasa és administradora solidària de TBREM Professional SL) del departament financer i de compres del Grup Petromiralles i empleada respectivament.

Després de 22-2-2008 (dia que el dòlar va arribar a 1,45850/€), la cotització va començar a evolucionar desfavorablement per a l'ara demandada en devaluar-se el dòlar (al f. 25 quadre on es pot observar que en menys d'un mes va passar de 1,4848 a 1,577 -vide f. 924 i ss.-, quasi un 10%).

I ha una remesa de diferents contractes, entre ells els d'acumulador, adjunts a mail de 10-3-2008 per part del Sr. Samuel a la Sra. Nicolasa (f. 939 i ss.) i els d'assegurança de tipus de canvi.

Al f. 976 es deixa clar que qui va contractar fou Petromiralles3 i que si es necessita que els fons vagin a Willoil es farà quan ja estiguin a Barcelona.

Hi hagueren propostes diverses de millorar la posició (f. 956 i ss.) i de reestructurar els dos acumulats (f. 1129 i ss.)

La tesi de l'actora és que a partir d'aquí la demandada va intentar eludir les seves responsabilitats no signant les confirmacions (reclamació de signatura al f. 1147 i ss.). Hi hagueren negociacions (es va demanar reunió, f. 1155 i ss.) però finalment l'ara demandada es va negar en rodó.

No signar segons la clàusula 15a del contracte, ja sigui per negar, rebutjar o repudiar qualsevol obligació a l'empara del contracte, és una forma d'incompliment estipulada . I dona dret a liquidar l'operació i reclamar el saldo final.

Cosa que va succeir el 22-4-2008 (f. 1160, burofax del 24) resolent anticipadament els contractes (f. 1162 i ss.) resultant un deute a càrrec de l'ara demandada d'1.340.356,71 € un cop compensades altres operacions en que es devia per Barclay's a l'ara demandada (f. 1163), quantia que es va pregar s'abonés aleshores i ara es reclama aquí, més interessos legals des de la reclamació extrajudicial (28-4-2008) i costes.

Explica també que **es va iniciar el procediment per Barclay's a Londres** (f. 1167 i ss., formulari de demanda) **en base a la clàusula 21 del contracte que diu que les operacions es regiran pel Dret anglès** -f. 477-); a dit procés, Petromiralles3 va presentar declinatòria de jurisdicció, que fou estimada pel Tribunal Comercial anglès (és de notar que -f. 1194- el Tribunal anglès dubta de que la clàusula de submissió hagi estat acceptada, ja que estem davant d'un contracte tipus passat a l'altra part de manera que pot haver passat inadvertida; també es fa ressò -en refusar el permís per apel lar- de que el contracte es va enviar en anglès solament, llengua en la que no estaven familiaritzats els empleats de Petromiralles que havien dut la negociació en castellà sempre; i en el caire *junior* de l'equip que va fer els tractes).

Explica també que, paral lelament, Petromiralles 3 SL va posar una querella criminal a Espanya (prèvies 325/2008 del Jutjat d'Instrucció 4 d'Igualada, f. 1209 i ss.) que va quedar sobreseguda (Acte de 2-7-2008 al f. 1221 i ss.).

Fonamenta la demanda en base al Dret anglès .

Subsidiàriament invoca el dret espanyol , en concret la doctrina del factor notori per a, avançant-se a la tesi del demandat, entendre que la directora del departament financer tenia autoritat suficient i capacitat per a vincular l'empresa demandada quan va tancar els contractes telefònicament ; i invoca la llibertat de forma (art. 51 CCom) per a defensar la validesa del contracte perfeccionat telefònicament; i els arts. 1255 i 1124 Cc per defensar la validesa de la clàusula de liquidació anticipada .

Demana la resolució judicial del contracte per incompliment total i la indemnització de danys i perjudicis concretada en la suma reclamada, més interessos i costes.

b) **Petromiralles 3 SL va interposar declinatòria de manca de competència objectiva sostenint que li corresponia el tema als Jutjats Mercantils** (f. 1238 i ss.); Barclay's s'hi oposà en ser solament una reclamació de quantitat (f. 1251 i ss.), l'Acte del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 d'Igualada, de 13-3-2009, va estimar la declinatòria (f. 1259-1260); però en apel lació l'Acte de la secc. 17a d' aquesta Audiència de Barcelona (f. 1290 i ss.) de 11-3-2010 va estimar el recurs de l'ara actora i va retornar la competència al Jutjat *a quo* .

c) **Petromiralles 3 SL no va contestar la demanda** i es va declarar preclòs el termini convocant-se a les parts a audiència prèvia per al 19-7-2010 per provisió de 10-5-2010 (f. 1301 i ss.); es va recórrer -ja que no s'havia



aixecat la suspensió- en reposició (f. 1309 i ss.); l'ara actora va impugnar el recurs (f. 1329 i ss.) i finalment l'Acte de 14-6-2010 va desestimar el recurs (f. 1337 i ss.)

d) **L'actora aporta un "dictamen d'experts"** (sistema habitual en Dret anglès per a demostrar l'aplicació i efectes d'una normativa concreta) com a pericial, anunciada a demanda (f. 1345 i ss.) en anglès i traducció (f. 1569 i ss. -menys les resolucions de l'apèndix-), emesa pels professors McKendrick i Kramer, **que entén**

1) **que el correu de la Sra. Nicolasa de 14-2-2008 fou una veritable acceptació de l'oferta contractual, acompanyada això sí d'una expressió d'esperança de que el banc trobi la possibilitat de fer una millor cobertura si, al llarg de l'any, aquesta era molt perjudicial per a Petromiralles i Willoil, que entén no és cap condició** ,

2) que les condicions comercials van ser adjuntades o incorporades a les operacions d'acumuladors segons el dret anglès (i esmenta les "autoritats" o jurisprudència que avalen dita tesi);

3) també entén que **les confirmacions trameses pel Sr. Samuel a Petromiralles 3 SL els dies 10-3-2008 i 17-3-2008** -encara que hi ha confirmació ja el 19-2-2008- són cartes amb intenció de confirmar les condicions de les operacions (un CMOF, com bé expressa el paràgraf 2), que mai van ser signades per Petromiralles, **no van passar de ser ofertes d'una variació acordada dels contractes vigents** .

3) **Considera que hi ha hagut incompliment en negar-se a signar les confirmacions dels contractes celebrats** , el que dona dret a resoldre'ls en base a la clàusula 15; per tant, que l'actora ha actuat bé i que tenia dret a resoldre i a compensar, liquidant la relació en base a la clàusula 20.12

e) L'audiència prèvia es va celebrar el 19-7-2010 (f. 180 i ss. i DVD itinerat); en ella la part actora s'afirma i ratifica i assenyala l'aplicabilitat del Dret anglès; mentre que la demandada manifesta que mai s'ha reconegut la submissió al Dret anglès i només reconeix l'aplicabilitat de la Llei espanyola.

Com a prova, l'actora va demanar la documental per reproduïda, que es tinguin per reproduïdes les converses gravades en DVD (es va rebutjar pel Jutjat), i una certificació oficial de la Divisió del banc de la reina del Tribunal Superior d'Anglaterra i Gales quant a la demanda i sentència recaiguda al procés anglès.

Demana així mateix la testifical dels Srs. Oscar , Marcial i Rafael i la pericial aportada.

La part demandada demana l'aportació de la Comunicació a la CNMV a que es refereix l' art. 71 bis LMV vigent o, alternativament, al Banc d'Espanya, en virtut de l' art. 11.1 RD 1245/1995 per a la prestació de serveis d'inversió a Espanya per part de l'actora, així com la documentació original de les actuacions realitzades per l'actora diferents en tot cas als criteris comptables esmentats al fet cinquè de la demanda per a classificar Petromiralles 3 SL com a professional, així com la comunicació a Petromiralles 3 SL a que es refereix l' art. 61 RD 217/2008 en relació a dita classificació; o certificació negativa; el test de conveniència; el bastanteg de facultats de la Sra. Nicolasa i la Sra. Inés com a apoderats de Petromiralles 3 SL a data 22-2-2008; la sol·licitud d'encàrrec pericial als professors McKendrick i Kramer; i que acreditati la remesa i recepció per aquesta part dels docs. 21-23 de la demanda relatius a informació sobre cobertures de risc de tipus de canvi; així com del doc. 28bis, traducció al castellà dels *Terms of Business* que l'actora diu aplicables al cas; tot a l'empara de l' art. 328 LEC ; aporta el CMOF versió AEBP de 1997 (f. 1600 i ss.); demana que subsidiàriament es demani còpia de l'acta de protocolització de dit CMOF al notari corresponent; aporta la Guia per a l'anàlisi de la conveniència i la idoneïtat de la CNMV (f. 1588 i ss.), una sentència de l'AP Jaén -3a- de 27-3-2009 (f. 1597 i ss. -és una nul·litat d'un swap -). Demana la testifical d' Nicolasa , de Inés i d' Samuel ; impugna la pericial presentada.

f) Al f. 1646 i ss. l'actora evacua al legacions sobre el requeriment fet per tal de demostrar l'autorització per a operar a Espanya (acompanya certificació del BE, f. 1654) i sobre la classificació del demandat com a professional (al respecte diu que el RD 217/2008 de 15 de febrer no estava vigent quan es van negociar i tancar els contractes i es limita a comentar l'art. 78 bis LMV de 1988) i els poders de les Sres. Nicolasa i Inés (al respecte reconeix que mai han tingut dits apoderaments a les seves mans i per això ja es treu a col·lació a demanda la doctrina del "factor notori"; i quant a l'encàrrec als experts anglesos aporta els mails corresponents (f. 1655 girat i ss.); quant a la recepció per la demandada dels docs. 21-23 i 28bis es remet a que mai s'ha negat; i al contingut de les converses telefòniques de 17-1-2008.

g) El 17-11-2010 la demandada va presentar un escrit manifestant haver interposat demanda al Jutjat 3 de Barcelona contra l'aquí actora instant la nul·litat d'una de les compensacions fetes per aquesta per 2.008.704,39 € en la liquidació prèvia a la reclamació que ens ocupa (f. 1672 i ss.) i demana l'acumulació.

L'actora s'hi oposa entenen que és un frau processal per tal de resoldre la no contestació i reconvençió en aquest litigi (f. 1682 i ss.). L'acte d'11-1-2011 va denegar l'acumulació.



Es va recórrer en reposició (f. 1697 i ss.) acompanyant la demanda (f. 1708 i ss.), recurs que l'actora va impugnar (f. 1733 i ss.) i que l'Acte de 25-7-2011 va desestimar (f. 1738 i ss.), completat quant a costes pel de 7-12-2011 (f. 1756 i ss.).

Aquesta qüestió "incidental" va fer que el judici que s'havia de celebrar el 15-12-2010 quedés suspès *sine die* .

h) No s'arriba a entendre, però, a no ser per estar vacant el Jutjat, la paralització de la tramitació entre 7-12-2011 i 16-5-2013 (moment en que es "desarxiva" el procediment a la vista de l'escrit de 23-4-2013 de la demandada que demanava s'assenyalés el judici el més aviat possible, f. 1761); així les coses, el judici es va fixar per al 21-11-2013 per diligència de 15-7-2013 (f. 1766); com sigui que no es localitzava al testimoni Sr. Samuel , com tampoc, durant mesos, al testimoni Sr. Oscar ; i com sigui que tampoc havia estat tramitada ni complimentada la comissió rogatòria tramesa a Anglaterra, a petició de les parts, la provisió de 21-11-2013 va suspendre la vista (f. 1797) i alhora va tenir per renunciats els testimonis Srs. Rafael i Samuel .

i) Es van iniciar els tràmits després de la provisió de 28-1-2014; la provisió de 21-7-2015 (f. 1821) va assenyalar la vista per al 28-1-2016, però no és fins la provisió de 26-1-2016 que es cursa la comissió rogatòria, el que determina un nou assenyalament per al 22-6-2016 (f. 1852); la comissió rogatòria consta arribada el 17-3-2016 (f. 1892); però, havent-hi disputes amb qui devia d'abonar la traducció, es demanà la suspensió de la vista novament, aquesta vegada per l'actora. Consten traduïts els documents de formulari de demanda i sentència al f. 1925 i ss., però no la certificació reclamada.

j) La provisió de 16-6-2016 fixa com a nova data el 5-12-2016 (f. 1915); es va celebrar a la data i hora previstes, finalment (DVD itinerant).

Es va demanar per la demandada la pràctica del dictamen d'experts com a diligència final. S'oposà la part actora.

La titular (que no va presenciar l'audiència prèvia) va decidir que resoldria per Acte a banda.

Declaren com a testimonis:

1) el Sr. Marcial , interventor de l'entitat bancària (min. 4:18 i ss. DVD), fou empleat de l'actora entre 2005 i 2015, responsable de l'oficina de banca Corporativa per a Catalunya i Balears, no per la central anglesa, Banklay's Bank plc, manifesta que Petromiralles 3 SL va contractar dos acumuladors; abans havia fet cobertures de tipus de canvi per cobrir el risc de dòlar; explica que volia contractar els acumuladors perquè les compres les feia en dòlars i tota compra té un risc obert, que tenia que cobrir.

L'acumulador és diferent a d'altres però és una cobertura; tancava un risc; era client habituat a cobertures de tipus de canvi; pel mercat se sabia que ho havien fet amb altres entitats; explica que un acumulador és un període de temps (sis mesos o dotze) es marca un preu i tots els dies que el tipus està per damunt del preu la companyia acumula un diner i s'obliga a comprar al venciment una quantitat de dòlars; aquí 1,50 i 1,53. La companyia no sap a quan estarà al final. Sap el preu del dòlar però no la quantitat.

El 2008 se li va enviar els *Terms* (doc. 28 en anglès i 28bis traduït); és un acord marc dels termes i condicions i començava a funcionar quan la companyia iniciés el tancament de les operacions.

Era per a tots els clients professionals. **S'oferia a tot client abans de començar** . El normal era tornar-lo signat però no era necessari perquè l'important eren les confirmacions. Ell no va participar de les concretes contractacions. Coneix la mecànica que es va seguir que qualifica de procediment normal. Diu que se li van presentar alternatives, que s'intercanviaven propostes de modificació, etc. Es van fer altres operacions. Ni van ser les primeres ni les úniques. Degut a la volatilitat es contracta per telèfon, es grava, li diu la Taula de tresoreria les condicions, i tanquen. I quan el preu que el client no està encara però s'espera es deixa una ordre. Per a tancar-la quan arribi a dita cotització. No es signa per evitar la volatilitat. Esperar a signar seria perdre oportunitat. Ell no tanca les operacions.

La confirmació és tema administratiu, per escrit, que s'ha de signar. La data sempre és la de tancament, que és anterior. A la vista del doc. 39 demanda (f. 813 i ss.) manifesta tot i no haver-hi intervingut, que correspon a aquesta forma de contractar i la confirmació ve adjunta (f. 816). Segur que es va contractar telefònicament o per mail. No es va negar a signar les altres operacions. Des de que va decidir tancar fins que se li envia la confirmació (14/2/2007-25/2/2008) els tipus de canvi del dòlar van baixar i això comportava que el resultat seria pitjor. Petromiralles es va negar a signar la confirmació i nega l'obligació, que hagués contractat. Va oferir-los com a alternativa ell en persona amb Antonio (el seu interlocutor) plantejant-li alternatives de prestamitzar cancel·lant la posició i reestructurar-la incrementant l'import o el termini. I res. Al f. 797 consta el doc. 36 on es tanca.



Respecte del compromís que es demana a Barclay's de replantejar-ho és una reflexió normal entre client i banc i denota que no li acaba de convèncer i aleshores si passa el temut es plantegen alternatives. Va refusar totes les alternatives Antonio . Barclay's va liquidar i reclamà el cost (3.300.000 dòlars). Va venir a l'oficina amb un notari Antonio i va liquidar totes les operacions del grup Petromiralles. Van cancel·lar pòlisses i tot. **Les operacions es contracten simple amb la central anglesa** . No té oficina a Espanya. Ells fan d'intermediaris. Barclay's Bank SA que és companyia registrada a Espanya. La liquidació es fa a dia, març, no de la data final. Serien mes i mig o dos. Barclay's compra la mateixa cobertura amb un tercer i aquesta segona obligació s'ha d'assumir.

Intervé en l'aprovació dels riscos, no en el tancament de l'operació. Els que van intervenir no estan aquí com a testimonis. Barclay's Bank SAU no es dedica a derivats financers. Ells són intermediaris des del minut u. El compte corrent és d'ells. No del banc anglès. Perquè ells són l'agent de pagaments. Hi ha d'haver una ordre de pagament. Tindria una pòlissa i els deuria dir que disposava i ell li va indicar que millor portar diners. Els 2 milions transferits eren per a la compra de dòlars. Van enviar els diners a Londres per comprar els dòlars. No han retingut res. El que es diu a l'acta notarial (f. 61) és que hi ha un import pendent de pagar a Londres.

No havien fet acumuladors abans, *forwards* a curt-mig termini (tres mesos); amb ells l'acumulador era la primera d'aquest tipus.

2) la Sra. Inés (min. 37:09 i ss. DVD), administrativa en el departament de compres del grup Petromiralles, aleshores s'acabava d'incorporar al departament, el 2007; coneix la història de l'acumulador; no tenien experiència en acumuladors, compraven els dòlars a mercat amb venciment del pagament de proveïdor, per a pagar factures; per no assumir riscos de fluctuació; es fixava el canvi; entre la compra de dòlars i pagament hi ha un mes de diferència; operacions a curt termini; mai havien fet operacions amés termini; l'acumulador és a llarg termini, no hi tenen experiència; qui els va voler vendre eren Samuel i Oscar . Van venir un dia a presentar-se i van proposar aquest sistema. No els van dir si venien de part del Barclay's d'Espanya o de Londres. Es presentaven com representants de Barclay's. Les operacions són en dòlars/tona i qualsevol variació canvia el preu; una variació de 0,020 ja és molt.

A la vista del doc. 35, mail de remissió del doc. 28 (*Terms*) diu que els va enviar en anglès i no els hi explica; estava en anglès; no en sap d'anglès; no els van dir res; després ja els hi envien les condicions en particular (març) i no les signen perquè no corresponien amb allò que es va demanar, es va demanar que no produïssin perjudici a l'empresa. I si hi havia producte que compensés futures pèrdues val, però no es va presentar. Van intentar millorar-ho (docs. 43, 46, 47, 48, 49, 54 i 55). Barclay's no va comprar els dòlars i van haver de comprar en una altra entitat per poder pagar.

Ella comprava el producte (gas-oil) i la divisa. Quant al doc. 43 (f. 956 i ss.) no se li deixa contestar. Recorda el mail de març de 2008. Se li exhibeix i manifesta que és un altre producte. El 10-3-2008 Oscar va enviar els docs. 43 i 44. I ella els va rebre. Va obrir el correu del doc. 28. No va llegir el document adjunt. No el va reenviar. No semblava un contracte ni mai li han dit que ho fora. Ningú de Barclay's va dir res. temptativa de reestructurar. No parla anglès.

Li van explicar exemples de com funcionaria l'acumulador i ells ho veien com molt arriscat, no encaixava amb la seva manera de funcionar. En canvi al doc. 16 (converses telefòniques) deia que era interessant. A la vista de dit document (f. 280) no es permet la pregunta per imprecisa.

Recorda un mail de 22-2-2008 (f. 806, doc. 38) no recorda ara mateix haver rebut aquest correu però sí està ella serà així.

Amb Barclay's ella va contractar cobertures molt a curt termini, assegurances de canvi; amb ells i altres entitats. Ells tenien autorització de Petromiralles. Podien fer assegurances de canvi.

3) la Sra. Nicolasa (min. i ss. DVD 2) treballadora de Petromiralles 3 SL de 2006 a 2013, manifesta que no és experta en derivats financers, és economista; comprava gas-oil i des de finals de 2007 es feia en dòlars i usaven assegurances de canvi a un mes i pagaven al comptat; tancaven a canvi dia de pagament; no tenia cap risc; a curt; fan contactes amb Oscar i Samuel de Barclay's Bank Barcelona pe comprar dòlars amb assegurança de canvi. Els venen a veure i els proposen una cobertura que els diuen que obtindran un millor tipus de canvi; la cobertura era l'acumulador, els va comunicar telefònicament que les ratios llargues els donaven por; reiteradament; els van dir a ells que precisaven garanties de sortida i de cobertura cas de contractar. Per això al doc. 36 el "confirmamos" està condicionat al compromís de Barclay's de replantejar la cobertura. Mai se'ls va donar aquestes garanties o compromís. I ho van demanar reiteradament. No podien anar a més d'1,50. Perdrien molt.

Mai els van oferir cap cobertura. No es va contractar l'acumulador. El contracte marc el van trametre a Inés segons ha vist després. Ella mai en va saber res. A l'empresa no se'n sabia res. No els van explicar que tenia



relació amb la compra de dòlars amb acumulador. Mai el van signar. Mai el van confirmar. Els envien després propostes de reestructuració i canvis que tampoc els agradaven gens.

Van fer un altre assegurança normal. No van comprar els dòlars i es van quedar els diners.

El seu càrrec era directora de compres de petroli. No treballa allí. Des de 2013. El 2008 treballaven en compra de dòlars amb Sabadell. Després es va fer amb més bancs. La part financera la duia el departament financer. A ella li havien assignat el dret a comprar dòlars ella i Inés . I a fer les assegurances de canvi. Les úniques que van fer. Ella diu que el mail era per un futur i si s'oferien les garanties de cobertura. El contracte marc mai l'ha vist. Ningú li va dir que s'hagués rebut.

Li van explicar els avantatges del producte, els inconvenients els van deduir elles. I van concloure que necessitaven una cobertura per a més d'1,50. Febrer, març o abril van contractar una assegurança de canvi.

A la vista del mail 42 (f. 939 i ss) no sap si el recorda -és sobre un *forward* tipus promig (945 i ss.)-. És de 10-3-2008. Són confirmacions. No tenia poder de firma. No recorda i no li sona pel nom. No de *forward* sinó de tipus promig. Coneix Reuters.

Per parlar dels productes es van reunir una vegada que van venir a veure'ls; trucades moltes; presentacions no recorda. Va poder preguntar dubtes. Els va comunicar les necessitats específiques.

No els van oferir alternatives.

Tercer. La Sentència d'instància, de data 31 de desembre de 2016 (f. 1953 i ss.) desestima íntegrament la demanda.

Entén en primer lloc que el Dret aplicable és l'espanyol .

A l'igual que el Tribunal Comercial del *High Court* anglès, **no considera que la clàusula de submissió, sense una curosa traducció, hagi estat acceptada** . Els tractes preliminars es van fer en castellà, sense que ningú invoqués el Dret anglès. Té en consideració com si fora un fet provat que Nicolasa i Inés neguen saber anglès; i que el contracte marc *Termes de contractació per a Clients Professionals* se les va remetre íntegra i exclusivament en anglès.

Entén així mateix que segons el Conveni de Roma I de 19-6-1980, no havent estat invocat el dret escollit (arts. 3 i 4) com a tal, cal primer saber si el contracte que ens ocupa és existent i vàlid (art. 8) per saber si la llei derivada del mateix seria aplicable.

Partint de que estava qüestionat des de l'origen (tant al procediment anglès com també admet l'actora, en resoldre el contracte, que la demandada mai ha reconegut consentir) **que l'ara demandada hagués emès un veritable consentiment** , essent per tant una veritable qüestió controvertida (l'actora es va oposar, a l'audiència prèvia, a que s'hi considerés com a tal en no haver contestat la demanda la demandada), **s'ha de resoldre si és o no existent i vàlid segons el Dret espanyol, atès l' art. 8.2 del Conveni de Roma .**

Entén que cal dir que era improcedent el peritatge d'experts sobre l'aplicabilitat del Dret anglès, qüestió que el Jutge que va fer l'audiència prèvia va deixar per resoldre com a diligència final.

Entén que de la documentació aportada, Petromiralles 3 SL hauria efectivament contractat els *forward* (ho prova el doc. 51 de la demanda, confirmació de l'operació de 18-2-2008 signada per l'empleat Antonio) .

Però, respecte dels acumuladors, encara que l'actora sosté que es va perfeccionar per telèfon o e-mail, com permet el contracte marc (mòdul D, operació, punt 5, instruccions i bases d'operació), no hi ha prova de tal consentiment.

La demandada ho nega i sobre les bases dels arts. 1254 i 1261 CC no hi ha base per a dit consentiment.

No hi ha prova de tal consentiment bàsicament perquè se les tramet en anglès el contracte marc i perquè - com han declarat- les dues empleades, les Sres. Nicolasa i Inés , desconeixien que el doc. 35 de la demanda (mail) anés acompanyat d'un veritable contracte .

Quant a si es va confirmar dit contracte amb el mail tramès a la demandada el 14-2-2008 on es diu "confirmamos el cierre de la cobertura que se adjunta cuando llegue al nivel de 1,480 y se puedan conseguir niveles de acumulación de 1,50 para el primer semestre y de 1,53 para el segundo semestre, **con el compromiso por parte de Barclay's de que si en algun momento durante el año esta cobertura resultara ser muy mala para los intereses de Petromiralles y Willoil, Barclays replantearía una nueva cobertura para contrarestar los efectos negativos de la presente y beneficiar a los intereses de Petromiralles y Willoil** . El nominal serà de 100.000.000 USD repartidos entre 50.000.000 USD para el primer semestre y 50.000.000 USD para el segundo semestre", **la sentència valora els mails posteriors** : el del 22-2-2008 on es diu "adjunto los detalles de la



cobertura de EUR/USD que pudimos cerrar esta mañana a 1,4850...", sobre la base del qual l'actora entén que s'havia tancat la cobertura contractada, en haver arribat a 1,4850 el tipus de canvi; i el de 10-3-2008, on Samuel els envia les confirmacions per escrit de diferents productes, inclosos els acumuladors (doc. 42), en concret dos, l'acumulador de 22-2-2008 i un de *forward* de 18-2-2008, **la sentència entén que com sigui que Petromiralles no va signar les confirmacions relatives als acumuladors i sí les relatives als forwards , no resulten acreditats tancats els contractes sobre la base dels quals es reclama en aquest litigi .**

Insisteix en que a judici es va negar per Nicolasa i Inés , que les hi feia por, que per això ho van condicionar a que s'oferís una assegurança de canvi o garantia que contrarestés els possibles efectes negatius del mercat.

Considera tals declaracions coherents amb el contingut del mail doc. 36 que no considera ordre definitiva, ja que es condiona a un compromís per l'actora que no s'ha acreditat .

Incomplerta la condició, esdevé ineficaç.

Conseqüentment, sense entrar a valorar el tema indemnitzatori, per tant, absol

Amb costes a l'actora.

Es va demanar complement de la sentència quant a imposar a la demandada les costes de la traducció de la comissió rogatòria. S'hi oposà la demandada. L'Acte d'1-2-2017 (f. 1975 i ss.) denega dita compleció.

Quart. El primer, segon i part del tercer motius de l'apel·lació de la part actora, en primer lloc, neguen l'aplicabilitat del Dret mercantil i civil espanyol i afirmen la del Dret anglès, en base al dictamen d'experts acompanyat (i que aquesta Sala ha admès com a prova documental), **sostenint la plena vigència i acceptació per la demandada, tramès en exemplar només en anglès, encara que tàcitament, del contracte marc anomenat *Terms of Bussiness for Professional Clients* , que ahora conté la clàusula de submissió de les parts al Dret anglès ;** atès que entén acreditat que les parts en contacte sabien totes dues l'anglès (en base als continguts dels mails creuats posteriorment a la remesa de dit document i en concret al mail de 17-1-2008 on Petromiralles 3 SL contesta "vale"), de manera que haurien consentit en sotmetre's al Dret substantiu anglès.

S'ha d'acollir en part.

Hem de desgranar diverses qüestions aquí.

1. Quant a si sabien anglès els interlocutors de l'actora Sres. Nicolasa i Inés : respecte d'elles ja no es qüestiona la seva capacitat per a contractar i vincular l'empresa, com tampoc que operaven en el comerç internacional del petroli, en nom i representació de Petromiralles 3 SL. I en interès de Willoil.

Tractant-se, en el cas de la Sra. Nicolasa , de la cap de departament de compres, encara que per sota del departament financer, resulta fins i tot pueril fer-nos creure que es tracta d'un equip de persones sense un domini acceptable de la llengua anglesa. O que la mateixa cap no tingui aquesta qualificació.

Operant com operen, tant la filial demandada com el grup Petromiralles en general, en un mercat de proveïdors internacional (que és notori té la seva seu a Londres, on p. ex. cada dia es tanca el preu de referència del cru *brend*), no saber anglès l'equip encarregat d'establir els contactes i tancar els contractes amb aquest peculiar món, és quasi equivalent per a qualsevol administratiu del segle XIX no saber escriure.

I suposar que el departament de recursos humans de la mercantil demandada no procura exigir al seu personal un coneixement, quant menys amb la deguda fluïdesa, d'aquesta llengua, és inversemblant. De ser això cert demostraria, per altra banda, una tremenda incúria que ens duria a no poder (de ser el cas, que no é així perquè la demandada no es defensa ni invoca la nul litat) acceptar errors de consentiment ni enganys, per no emprar la diligència deguda.

Sí que és cert, però, que tota la negociació es va dur a terme en castellà entre persones que mai es van expressar entre sí en anglès.

Ara bé, els actes propis són transcendents, tant pel que positivament s'ha fet com pel que s'ha omès quan s'havia de fer quelcom.

Si, en rebre l'exemplar del que ja solament de la lectura del títol s'havia de veure venir que seria un contracte-marc a l'estil del nostre CMOF o quelcom similar, es va limitar la interlocutora de Petromiralles a contestar a partir de 17-1-2008 un "vale", el més raonable d'acord a les regles del criteri humà (art. 386.1 LEC) és inferir d'aquesta actuació que no solament s'havia rebut sinó que s'havia llegit i comprès el seu contingut.

Més avall abordarem si es va acceptar o no.

2. Unes notes sobre la resolució anglesa al respecte: en el recurs, la demandant no s'hi refereix ni activa ni passivament. La demandada en contestar el recurs (lògicament, en no haver contestat ni reconvingut



difícilment pot invocar fets nous, però sí referir-se als invocats de contrari a instància, com és el cas) no fa al lusió a allò que va decidir el Tribunal Mercantil del *High Court* d'Anglaterra i Gales com a autoritat a seguir.

No s'invoca la cosa jutjada respecte de dita resolució quant a la prova del coneixement de l'anglès per part del personal de Petromiralles. Ni, conseqüentment, per a la conclusió de si es va contractar o no i de si es van sotmetre les parts al Dret anglès i als Tribunals anglesos.

Cal deixar ben clar que la resolució anglesa no té cap efecte sobre aquest procés.

En primer lloc, perquè no ha estat demanat el seu *exequatur* per a que desplegui efectes plens a Espanya, ni a través de la normativa reglamentària europea ni de l'estatal espanyola.

És un document més, simplement, amb l'autoritat moral que es vulgui, però no té efectes jurídics directes. Ni vincula, per suposat a aquest Tribunal ni al d'instància.

Cal deixar, al respecte, també ben clar el contingut de dita resolució. En ella simplement es va dirimir la competència jurisdiccional per a conèixer d'aquest cas.

El Tribunal anglès es declara incompetent, certament contra el que és habitual (la seva jurisdicció vindria donada no per cap punt de connexió segons normativa comunitària ni tampoc segons el *common law*, que regia aquestes qüestions fins fa ben poc (on predominava la doctrina del *forum conveniens* quan la majoria de circumstàncies relacionaven el cas amb Anglaterra i Gales, com el lloc de celebració, la residència de les parts -en dret de conflicte anglès tradicional se segueix el *domicile* i no pas la nacionalitat com a punt de connexió-), sinó per voluntat de les parts, submissió expressa a la llei anglesa com a aplicable al cas.

Li es desmarca de la jurisdicció perquè té dubtes sobre si la clàusula ha estat entesa i, per tant, acceptada. En no ser una jurisdicció que vingui de la llei parlamentària, del costum o dels principis establerts per la jurisprudència dels tribunals anglesos, cobra extraordinària importància la necessitat d'establir primer si hi hagué veritable consentiment i després establir si hi hagué o no veritable submissió. I, de retruc, jurisdicció. O no.

Cal deixar clar també que un Tribunal anglès només aplica Dret anglès (o comunitari europeu) al fons dels litigis, de manera que ho fa en funció de ser, prèviament, competent; i una forma de desplaçar al seu favor aquesta competència és a través de l'elecció -més que submissió- del Dret aplicable, en aquest cas l'anglès.

Un d'aquests continguts és la clàusula de submissió al Dret d'Anglaterra i Gales.

3. Quant a si la clàusula de submissió és transparent i comprensible en sí mateixa : aquesta s'emmarca en un context contractual on apareixen els trets del marc futur contractual entre parts a efectes de contractació de productes financers. Del tarannà general de dit contracte ha de participar sens dubte la clàusula d'elecció de dret aplicable, sens dubte. Cal que examinem, als efectes que ens interessa, dit contracte.

A la vista del contracte marc traduït (f. 451 i ss.) apareix una primera clàusula, 1.4, que és d'importància extrema per a la resolució d'aquest cas, en la mesura que dona a conèixer que **aquest contracte s'aplicarà als contractes entre les parts, futurs com presents, amb caràcter complementari. A partir d'1-11-2007, "una vegada que es manifesti la seva acceptació mitjançant la realització d'una ordre [de subscripció, s'entén] el dia 1-11-2007 o després del 1-11-2017, hagi o no signat i reenviat [el client] la carta de presentació"**.

Nogensmenys, la clàusula 1.5 "subjecció al reglament aplicable" garanteix l'aplicació preferent de les obligacions legals [imperatives].

Sobre dita clàusula, cal dir en primer lloc que hauria estat millor traduït el mot "reglament" per "ordenament" ja que si bé és traducció fidel de *regulation*, en anglès aquest mot significa regulació, reglament i reglamentació, de manera que aquest terme en anglès és ambigu i pot anar referit, segons context, tant a un reglament comunitari europeu (amb valor de llei) com a una norma processal (a Anglaterra les normes processals, com a Alemanya, no són normes legals parlamentàries de legislació directa sinó indirecta - *statutory instruments* - que elabora el ministre de Justícia -abans ho feia el Lord Cancellor- i tenen una provació de conjunt parlamentària, no article per article) o a un reglament en sentit de norma administrativa.

Per això entenem que es refereix a Ordenament jurídic com marc obligatori contraposat al contractual. Pel context.

De manera que **dita clàusula avisa les dues parts futures que la llei aplicable prevaldrà en cas de contradicció, no exclourà el contracte les obligacions legals**, que es podran adoptar les mesures que es considerin necessàries per a garantir el compliment de les obligacions legals, que seran vinculants per al client, i que l'adopció de tals mesures no es considerarà [que generi] una responsabilitat de la part bancària.

Reitera la clàusula 1.7 que aquest contracte regirà les operacions entre parts a partir d'1-11-2007, o existents en aquell moment, s'hagin o no formalitzat abans.



La clàusula 3 deixa clar que **és un contracte d'execució d'operacions** i que aquestes no són fruit d'assessorament per part del banc [en aquest sentit execució és equivalent a **mera comercialització**]. A no pactar-se altra cosa. I que es parteix del caire professional del client als efectes de considerar que posseeix totes les capacitats per fer el client la seva pròpia avaluació de les característiques i riscos de cada operació empresa. En cas d'un producte nou sí se li demanarà la informació rellevant que el banc consideri oportuna i suficient per tal de demostrar que posseeix els coneixements i experiència corresponents i corroborar que el producte és adequat per al client.

El mòdul D (operació) conté un seguit de clàusules de les que resulta la **possibilitat en principi, de que el client produeixi ordres al banc tant per escrit (inclòs fax o mail) o oralment (per telèfon -que es podrà enregistrar-)**

El mòdul G conté la possibilitat (8.2) de actuar serveis de compensació (10) amb intermediaris, mentre que el mòdul J (15) recull els casos d'incompliment, compensació i resolució. A banda de les causes més habituals a tot sistema (impagament o incompliment del contracte marc -15.1 a)-, fallida, mort o incapacitat que impedeixi complir amb els deutes, dissolució social, etc.) contempla també -15.1 e)- "que es negui, rebutgi o repudii alguna obligació a l'empara d'aquest contracte o garantia, contracte d'hipoteca, marge o contracte o document de garantia [fiançament, aval] o qualsevol altre instrument que contingui una obligació d'una entitat creditícia o de vostè [el client] a favor de nosaltres [el banc]"

Una altra classe de compensació diferent de la pròpia del tràfec bancari és la que es conté a aquest contracte-marc en funció d'incompliment (16). Amb una redacció semblant a la que fan servir els bancs espanyols en els contractes més habituals, com el d'hipoteca p. ex., on s'irroguen la possibilitat de compensar deutes amb actius situats en comptes i dipòsits del client, en aquest contracte-marc s'estableix (16.1) que "després de l'aparició d'un cas d'incompliment podrem exercir els nostres drets en virtut d'aquesta clàusula, llevat que, si s'apliqués la sub-clàusula 16.14 (cas de fallida) s'aplicarà la disposició de resolució automàtica establerta a aquesta clàusula", de manera que qualsevol incompliment desencadenarà (16.2) la notificació per part del banc d'una comunicació especificant una data com a data de liquidació i sol licitant la resolució i la liquidació de les operacions [pendents] de conformitat a dita clàusula, s'aturen les operacions pendents de compensació (16.4 a) i es calcula la liquidació (el saldo resultant a favor de qui sigui) operació per operació, en la divisa base (16.4 b) i si és positiu aquest saldo a càrrec del client, l'haurà d'abonar aquest. Si fora negatiu, el banc.

La clàusula de legislació aplicable és la 21 . I és doblement a favor del Dret anglès . Així la 21.2 deixa clar que "la legislació aplicable a la nostra relació [entre banc i client] abans de formalitzar aquest contracte serà la del dret anglès" i la 21.1 estableix que "les operacions que estiguin subjectes a la normativa d'un mercat es regiran pel Dret aplicable a les mateixes en virtut de tal Normativa. Amb subjecció a allò que es disposa en ella, aquest contracte es regirà i interpretarà de conformitat amb el Dret anglès"

I segueix la clàusula de submissió a la jurisdicció anglesa que com ja hem dit més amunt no regeix entre parts davant d'aquest tribunal en no haver estat establerta la jurisdicció anglesa ni executada a Espanya cap resolució anglesa en aquest sentit.

A la vista de dites clàusules, cal dir que la segona no té cap sentit entre clients a qui ja els sigui aplicable directament el Dret anglès (per residència a Anglaterra o per ser aquell el fur més convenient de decisió ja establert) com entre clients i banc que s'hagin o no s'hagin ja sotmès al Dret anglès en virtut d'un altre contracte anterior, ja que si ja s'han sotmès és supèrflua i si no ho han fet mai podran estar sotmesos al Dret anglès per voluntat, sinó que cal analitzar el marc normatiu aplicable.

Es tracta d'una empresa espanyola i un banc anglès que contracten en territori espanyol, de manera que abans de formalitzar, d'acceptar aquest contracte marc cadascuna està sotmesa al seu propi dret i l'acceptació de dit contracte ve regit pel Dret designat pel Dret Internacional privat que regeixi el cas.

Segons el Dret Internacional aplicable al cas per a resoldre el conflicte, que no tenim dubte és el **Conveni de Roma de 1990, art. 4 , entenem que per a aquestes negociacions, havent-hi dues parts de dos Estats diferents, també s'aplicaria la solució pròpia d'un contracte .**

En aquest conveni prima l'elecció de Llei; en defecte d'elecció, el major vincle amb la legislació d'un Estat.

En aquests tractes preliminars on no hi ha hagut prèvia elecció de Llei aplicable, per tant, **cal aplicar l'art. 4.2 i 4.5.**

Diu l'art. 4:

"Artículo 4 Ley aplicable a falta de elección

1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, **el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos** . No obstante,



si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

2. Sin perjuicio del apartado 5, **se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga**, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, **si se tratare de una sociedad**, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, **si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte**, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o, según el contrato, **la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento**.

(...)

5. **No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica**. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país".

Tractant-se doncs de la conclusió del conveni-marc, la Llei que l'ha de regir en principi no hauria de poder ser la de la "prestació característica" (en el sentit com ho ha sostingut l'actora), ja que és un precontracte, que vincula per igual ambdues parts, cara a futures operacions -on sí que es podrà dir que l'operació característica és la venda de derivats financers i altres productes d'inversió per part del banc-; però, en aquesta fase prèvia, ambdues parts van a obligar-se simplement a respectar un marc normatiu obligacional per al futur. No hi hauria prestació característica.

Quan hi ha parts de diferent marc regulador, no es pot dir que aquesta interpretació ens deixi sense poder resoldre el conflicte, ja que **caldrà trobar la major connexió** en base a la suma dels elements o factors que vinculen cada part amb un determinat sistema jurídic ja que la norma desconeix el punt de connexió lloc de celebració, que seria absolutament diriment.

Així aquí hem de sumar que l'actora -qui al seu moment va presentar el precontracte o contracte marc a signar a la demandada- és una societat anglesa, sucursal a Espanya de Barclay's Bank plc i Barclay's Capital, les dues societats que són la part oferent d'aquest conveni marc; evidentment també angleses; que tenen en Barclay's España SAU (soceitat constituïda segons el Dret espanyol) no l'establiment (també anglès) a Espanya, sinó l'intermediari natural, del tot equivalent, que s'ha d'encarregar de fer la presentació i facilitar l'acceptació del contracte i de l'execució futura dels contractes que dimanin d'aquest.

Es comporta a tots els efectes com una representació de la part anglesa.

A l'altra banda tenim només la demandada, que és una societat espanyola.

El conveni, més que celebrat, està cridat a celebrar-se en un establiment -precisament el que vehicularà la producció dels futurs contractes- de l'actora situat a Espanya.

Hem de concloure que hi ha més elements favorables a considerar una major connexió amb el Dret anglès que no pas amb l'espanyol. A major abundor, el conveni en si mateix està totalment redactat segons el dret anglès.

En canvi, segons la nostra normativa conflictual interna, que no pot ser d'aplicació preferent havent-hi un Conveni internacional signat pels Estats dels dos contractants, si entenem els tractes preliminars o negociacions com productors d'obligacions negocials, contractuals, mai extracontractuals, tant per virtut de l' art. 10.5 apartats 1 com 2, el CC ens menaria al Dret espanyol (pel punt de connexió de la llei del lloc del contracte -llegeixi's negociació- en defecte de nacionalitat comuna o residència habitual comuna, que evidentment aquí no es dona); mentre que si els entenguéssim com actes que generen obligacions no contractuals -que no responsabilitat extracontractual *stricto sensu* - l' art. 10.9 Cc ens menaria igualment a la Llei del lloc de negociació, a la Llei espanyola.

Devent-se d'aplicar el Conveni, cal entendre que les parts estaven vinculades ja abans de signar aquest acord marc amb el dret anglès, no per la clàusula, sinó pel marc normatiu aplicable.

Entenem, altrament, que el contracte marc és perfectament comprensible i transparent en la forma en que ve redactat (i traduït) i que havia de ser-ho igual quant a la seva versió original per a un lector versat en llengua anglesa.

No hi ha grans tecnicismes jurídics en allò que ens interessa. És un estil molt planer. Més aviat la dificultat del Tribunal sorgeix a l'hora de copsar el veritable significat econòmic i bancari d'algunes de les operacions que s'hi descriuen, amb les quals no estem familiaritzats.



Dificultat que, per definició, no pot predicar-se d'una societat mercantil que negocia en el mercat internacional. Ni mai s'acceptaria com a causa d'un error o mala representació.

4. Quant a si es va acceptar el contracte marc: No tenim cap dubte que es va rebre, es va llegir (en tot cas s'havia de llegir) i es va comprendre. I que la clàusula d'elecció de o submissió al Dret mercantil i civil anglès estava clara, era transparent i comprensible.

El debat rau en si amb el "vale" es va acceptar com a marc de futures contractacions o només es va acusar rebuda.

Entenem que si bé el contracte marc es va rebre el 17-1-2008 i es va llegir i es va entendre, no es va acceptar amb la tramesa del famós mail de 24-1-2008 on es diu que "vale".

Ja podem avançar que efectivament caldrà resoldre si hi podria haver hagut al seu moment una acceptació tàcita, però no a 24-1-2008, sinó a 14-2-2008, implícita per i amb l'acceptació -aquesta sí expressa- del derivat financer ofert a les negociacions prèvies.

A data 14-2-2008 ja regia el contracte marc i no es podien contractar productes financers en base a aquest nou marc convencional.

Recordem que 1.4 estableix que **aquest contracte s'aplicarà als contractes entre les parts, tant futurs com presents, amb caràcter complementari. A partir d'1-11-2007, "una vegada que es manifesti la seva acceptació mitjançant la realització d'una ordre [de subscripció, s'entén] el dia 1-11-2007 o després del 1-11-2007, hagi o no signat i reenviat [el client] la carta de presentació"**

L'existència mateixa del conveni-marc com a paraigües legal convencional de tota nova contractació de productes fins ara mai contractats (els acumuladors) o dels ja existents (a la data d'inici d'eficàcia) s'explica precisament perquè mai abans s'havien contractat entre parts aquests acumuladors. Per la raó que sigui

De manera que quan es demana un derivat financer, encara que sigui un dels previstos al nou marc normatiu, aquest no regeix si es tracta de contractes anteriors a 1-11-2007. Aquí ja estaria vigent el " *time to performance* ".

La declaració de 14-2-2008 volia contractar un nou producte, l'acumulador de dòlars, basat en el nou conveni marc, i podia. També podia contractar qualsevol producte dels que fins aleshores es feien segons el marc anterior, segons el nou marc. Sense perjudici de que els contractes anteriors i que estiguessin encara vigents amb posterioritat a 1-11-2007 passarien a regir-se pel nou marc tan bon punt es contractés un nou producte (qualsevol) inclòs al nou marc regulador entre parts a partir d'1-11-2007.

La única conclusió raonable possible a considerar aquí, atès el contingut del correu de 24-1-2008, és que no és gens clar que fora concloent, en si mateix, d'una acceptació d'oferta i, per tant, d'un consentiment contractual sobre dit contracte marc; i, per tant, se l'ha de tenir pel que raonablement és: una simple comunicació o justificant de recepció.

5. Segons el recurrent, aquest correu de 24-1-2008 aparentment sembla de més volada. **Segons la recurrent englobà una acceptació tàcita del contracte marc** en tant que conseqüència de ser una veritable ordre d'adquisició del derivat financer acumulador de dòlars. I no fou l'únic acte propi consecutiu que hem de valorar. Anem a examinar-ne el contingut i la veritable intenció a través de la interpretació del propi document (arts. 1281 i ss. CC) i dels correus posteriors.

Quan al mail de 14-2-2008 podia tenir l'abast que se li vol donar atès que la vigència del contracte marc començava, a tots els efectes, l'1-11-2007.

Aquest estava previst que s'activaria automàticament des del moment que l'ara demandada contractés qualsevol producte inclòs, l'1-11-2007 o després; més en concret, els derivats que ara ens ocupen.

6. Cal, per tant, concloure que s'hauria acceptat (tàcitament, implícitament, conseqüentment) el conveni marc en formular a 14-2-2008 (i ratificar-ho en data 22-2-2008 per telèfon i correu electrònic) una oferta de subscripció (tot i que amb un condicionament molt imprecís -no de present, sinó quant a durada futura immediata-) d'un nou producte, l'acumulador de dòlars.

Aquest conjunt de documents revela una inequívoca intenció de contractar per part de Petromiralles 3 SL, com a entitat diferenciada del grup Petromiralles (d'aquí la petició d'obrir nou compte i tancar el del grup), el nou producte, no tant per a si mateixa com a destinatari final sinó per a Willoil.

I, en conseqüència, en encarregar un acumulador i assumir implícitament el contracte marc, s'hauria perfeccionat també la submissió al dret anglès (i comunitari aplicable) per a aquesta i per a futures contractacions.



Creiem que la nostra conclusió és clarament lògica i raonable.

El mail de 14-2-2008 el que va fer fou intentar -sense eficàcia- contractar l'acumulador al tipus de canvi del dia (amb el sostre i sòl pactats a la negociació prèvia a la presentació del conveni marc) alhora que demanava una revisió de les condicions (que no podria ser interpretada més que com una revisió sobre la marxa i durant la seva vigència) per tal que el canvi li fora més favorable (*dies incertus an et incertus quando*).

Tornarem més endavant sobre l'abast d'aquest "condicionament".

Ni gramaticalment ni teleològicament tindria sentit aquest mail si no tendís a que l'entitat bancària, la contrapart financera, contractés i carregués al seu compte i en nom seu quant menys el primer acumulador.

Qualsevol eventual contracte a partir d'aquell moment entre les parts (fins i tot les cobertures *forward*) tendents a assegurar un tipus de canvi estable en relació a les divises euro/dòlar amb les que fixar les compravendes internacionals de petroli s'haurien de regir pel dret anglès (i comunitari aplicable).

7. Cal encara preguntar-se si seria possible una acceptació tàcita del conveni marc separable de la derivada de l'expressa quant al producte, segons el Dret anglès.

No hi ha dubte que sí, quant al Dret anglès intern civil i mercantil aplicable al fons (-bàsicament de configuració consuetudinària (*Common Law* estricta) a través de les *auctorities* o jurisprudència-) i el mateix passaria segons el nostre Dret civil i mercantil interns, art. 1278 CC, art. 51 CCom). La clàusula en concret es refereix al Dret anglès. Per seguir la pràctica inveterada al respecte. Dret anglès infiltrat del Dret comunitari europeu aplicable.

8. Certament, com en el cas dels demés Estats europeus de la Unió (i el mateix s'hauria de ponderar si el contracte es regís pel dret espanyol), i malgrat que en el cas britànic i danès els respectius tractats d'adhesió creen un règim especial que els diferencia força sobre els demés socis, el cas és que en els espais de sobirania cedits, el Dret comunitari plana damunt del Dret intern en un pla com a mínim d'igualtat, però que en la pràctica esdevé de superior jerarquia legal en molts casos, ja que les reglamentacions europees són legislació primària europea en funció de les facultats legislatives cedides a través dels successius tractats constitutius, normes d'aplicació directa que deroguen tàcitament tota norma interna que entri en contradicció amb la nova normativa comuna.

I quant al Dret comunitari promulgat mitjançant les Directives, des del moment que obliguen als Estats a implementar noves normes, quan aquestes Directives xoquen amb el dret propi obliguen als parlaments interns a derogar les normes anteriors pròpies que hi estiguin en contradicció.

Si examinem (no perquè ho esmenti la part apel·lada en defensar-se del recurs -ja que com a rebel no està realment aportant arguments de defensa, o no s'ha d'entendre la remissió a dit reglament com a tal argument, que seria extemporani-, sinó *ex iura novit curia*) hi ha una normativa europea relativament recent que intenta posar ordre al mercat financer mitjançant tot un seguit de tècniques de controls i organismes de control.

Un exemple d'aquestes estratègies seria el Reglament 648/2012 de 4-7-2012 i els seus reglaments de desplegament, com el 148-153/2012.

Es tracta d'una legislació que pretén que la majoria o quant menys les operacions més transcendents del món dels derivats financers es facin a través d'entitats de compensació.

La Unió europea ha volgut implementar un seguit de normes encaminades a posar ordre en el mercat de derivats financers, doncs al preàmbul ja es diu que "(4) Els derivats extrabursàtils ("contractes de derivats extrabursàtils") no tenen transparència, doncs es tracta de contractes negociats amb caràcter privat i solament les parts contractants disposen per terme general d'informació sobre ells. Aquests contractes creen una complexa xarxa d'interdependències que pot dificultar la determinació de la naturalesa i el nivell dels riscos en joc. Com ha demostrat la crisi financera, aquestes característiques incrementen la incertesa en moments de tensió en els mercats i, en conseqüència, comprometen l'estabilitat financera. Aquest Reglament estableix condicions amb vista a atenuar aquests riscos i a millorar la transparència dels contractes de derivats".

Altrament, es tracta d'una preocupació mundial, que ve de fora de la Unió fins i tot, de la reunió de Pittsburgh del G-20 de setembre de 2009, on es va advocar per una normativa de regulació d'aquestes transaccions. Així, seguint amb el preàmbul d'aquest reglament, observem "(5) A la cimera de Pittsburgh, celebrada el 26 de setembre de 2009, els dirigents del G-20 van convenir que per a finals de 2012 **tots els contractes de derivats extrabursàtils normalitzats haurien de compensar-se a través d'una entitat de contrapartida central (ECC)** i que els contractes de derivats extrabursàtils haurien de notificar-se a registres d'operacions. El juny de 2010, els dirigents del G-20, reunits a Toronto, van reiterar el seu propòsit i es van comprometre així mateix a accelerar



la implementació de mesures fermes amb vista a millorar la transparència i la supervisió reglamentària dels contractes de derivats extrabursàtils de manera coherent i no discriminatòria a escala internacional".

Més endavant assenyala "(8) **És convenient i necessari** en aquest context, hagut compte de les característiques dels mercats de derivats i el funcionament de les ECCs, comprovar l'equivalència efectiva dels sistemes reguladors estrangers a l'hora de complir els objectius i les normes del G-20, a fi de **millorar la transparència en els mercats de derivats, reduir el risc sistèmic i protegir contra l'abús dels mercats**. La molt particular situació de les ECCs exigeix que les disposicions que es refereixin a tercers països s'organitzin en funció i d'acord a les modalitats pròpies sobre aquestes entitats de l'estructura de mercat. Aquest enfoc no constitueix necessàriament un precedent per a una altra legislació".

I així "(11) **Una de las funciones básicas** que s'han de dur a terme a través **del Sistema Europeu de Bancs Centrals (SEBC) és promoure el bon funcionament dels sistemes de pagament**. A aquest respecte, els membres del SEBC duen a terme una supervisió **garantint uns sistemes de compensació i liquidació eficients i solvents, incloses les ECCs**. Així doncs, els membres del SEBC participen activament en l'autorització i la supervisió de les ECCs, el reconeixement d'ECCs de tercers països i l'aprovació dels acords d'interoperabilitat. També participen activament en l'establiment de normes tècniques reglamentàries i en l'elaboració de directrius i recomanacions. **Aquest Reglament s'entén sens perjudicade les responsabilitats** del Banc Central Europeu (BCE) i **dels bancs centrals nacionals a l'hora de garantir uns sistemes de compensació i liquidació eficients i solvents en la Unió Europea i en relació amb altres països. En conseqüència, per tal d'evitar la possibilitat de que es creïn conjunts de normes paral·lels, l'AEVM i el SEBC han de cooperar estretament entre sí quan preparin els corresponents projectes de normes tècniques**. Per altra part, és fonamental que el BCE i els bancs centrals nacionals tinguin accés a la informació quan desenvolupin la seva comesa en relació amb la supervisió dels sistemes de compensació i liquidació i en relació a les funcions d'un banc central d'emissió".

I entén que "(12) **És precís dotar-se de normes uniformes en relació amb els contractes de derivats contemplats en el annex I, secció C, punts 4 a 10, de la Directiva 2004/39/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d'abril de 2004, relativa als mercats d'instruments financers** (DO L 145 de 30.4.2004, p. 1)".

Per abreujar, assenyalarem que al preàmbul es deixa clar que la fita és una implantació gradual del sistema de compensació a través d'entitats solvents que el Reglament en qüestió defineix, estructura, i alhora dota de competències supervisores i sancionadores:

" (16) **Aquest Reglament estableix els criteris per a determinar si diferents categories de contractes de derivats extrabursàtils han d'estar subjectes o no a una obligació de compensació**. Sobre la base de projectes de normes tècniques reglamentàries elaborats per l'AEVM, la Comissió ha de decidir si una categoria determinada de contractes de derivats extrabursàtils ha d'estar subjecta a una obligació de compensació, i a partir de quin moment ha de produir efecte l'obligació de compensació amb inclusió, quan procedeixi, d'una implantació gradual i de la vigència mínima restant dels contractes subscrits o que hagin estat objecte de novació abans de la data a partir de la qual produeix efecte l'obligació de compensació, conforme a allò previst en aquest Reglament. **La implantació gradual de l'obligació de compensació podria establir-se en funció dels tipus de participants en el mercat que hagin de complir amb dita obligació**. Al determinar quines categories de contractes de derivats extrabursàtils han d'estar subjectes a l'obligació de compensació, l'AEVM ha de tenir en compte el caràcter específic dels contractes de derivats extrabursàtils que siguin subscrits amb emissors de bons garantits o amb fons de cobertura per a bons garantits", tot això partint, però, de que ara per ara el procediment d'interposició d'una entitat de compensació serà voluntari (" (22) **Per la compensació de contractes de derivats extrabursàtils es requereix que les dues parts que intervenen en el mateix estiguin subjectes a l'obligació de compensació o que hi donin el seu consentiment**. Per tant, **convé delimitar estrictament les exempcions de l'obligació de compensació**, sota pena de reduir la seva eficàcia i els avantatges de la compensació a través de una ECC i d'afavorir l'arbitratge regulador entre grups de participants en el mercat").

Advertint en tot cas de les limitacions que d'entrada té el sistema escollit per la Unió per tractar de donar més transparència al sistema: doncs si per una banda "(18) Quan l'AEVM hagi determinat que un producte derivat extrabursàtil està normalitzat i és apte per a la compensació, però cap ECC estigui disposada a compensar dit producte, l'AEVM ha d'investigar les raons d'això", per l'altra "(19) En determinar quines categories de contractes de derivats extrabursàtils han d'estar subjectes a l'obligació de compensació, s'ha de tenir en compte el caràcter específic de les categories pertinents de contractes de derivats extrabursàtils. El principal risc de les operacions amb algunes categories de contractes de derivats extrabursàtils pot estar relacionat amb **el risc de liquidació**, que **s'aborda mitjançant mecanismes d'infraestructura independents, i pot servir per a distingir determinades categories de contractes de derivats extrabursàtils (com les divises) d'altres categories**. La compensació a través d'una ECC té per objecte abordar específicament el risc de crèdit de contra-part, i pot no ser la millor solució per a abordar el risc de liquidació. El règim de dits contractes s'ha basat en particular en



la convergència internacional preliminar i en el reconeixement mutu de les infraestructures corresponents" i en tot cas s'ha d'operar en base a l'estat actual de la qüestió, doncs "(21) En determinar si una categoria de contractes de derivats extrabursàtils ha d'estar subjecta a l'obligació de compensació, l'objectiu de l'AEVM ha de ser reduir el risc sistèmic. Això significa que es tinguin en compte en l'avaluació factors com ara el **nivell de normalització contractual i operatiu dels contractes, el volum i la liquiditat de la categoria pertinent de contractes de derivats extrabursàtils, i la disponibilitat d'informació imparcial, fiable i generalment acceptada sobre la formació de preus en la categoria pertinent de contractes de derivats extrabursàtils**"; alhora que expressa els objectius a assolir: "(29) En el seu cas, **les normes aplicables a les contraparts financeres s'han d'aplicar així mateix a les contraparts no financeres. És sabut que les contraparts no financeres recorren als contractes de derivats extrabursàtils amb finalitats de cobertura front a riscos directament vinculats a les seves activitats comercials o de finançament de tresoreria**. En conseqüència, en determinar si una contrapart no financera ha d'estar subjecta a l'obligació de compensació, s'ha de prendre en consideració la **finalitat** amb la que dita contrapart no financera utilitza els contractes de derivats extrabursàtils i la magnitud de les exposicions que tingui en aquests instruments. A l'objecte de garantir a les entitats no financeres l'oportunitat d'expressar les seves opinions sobre els llindars de compensació, l'AEVM ha de dur a terme, al preparar les normes tècniques reglamentàries corresponents, una consulta pública oberta en la que hom garanteixi la participació de les entitats no financeres. L'AEVM ha de consultar també totes les autoritats pertinents, per exemple, l'Agència de Cooperació dels Reguladors de l'Energia, a fi d'assegurar-se de que les particularitats d'aquests sectors siguin tingudes degudament en compte. Per altra part, **a més tardar el 17 d'agost de 2015, la Comissió ha de dur a terme una avaluació de la importància sistèmica de les operacions amb contractes de derivats extrabursàtils realitzades per empreses no financeres de diversos sectors, entre ells el sector de l'energia**.

(30) A l'hora de determinar si un contracte de derivats extrabursàtils redueix els riscos directament relacionats amb les activitats comercials o de finançament de tresoreria d'una contrapart no financera, **s'ha de tenir degudament en compte les estratègies globals de cobertura i atenuació del risc de dita contrapart. En particular, s'ha de tenir en compte si el contracte de derivats extrabursàtils és adequat, des d'un punt de vista econòmic, per tal de reduir els riscos en la direcció i gestió d'una contrapart no financera, quan els riscos estan relacionats amb les fluctuacions dels tipus d'interès, dels tipus de canvi, les taxes d'inflació o els preus dels productes bàsics**".

I no tot ho ha de fer la UE: "(46) Tenint en compte els principis enunciats en la Comunicació de la Comissió sobre règims sancionadors més rigorosos en el sector dels serveis financers i els actes legislatius de la Unió adoptats arran de dita Comunicació, **els Estats membres han d'establir normes relatives a les sancions aplicables als supòsits d'infraacció d'aquest Reglament**. Els Estats membres han d'aplicar aquestes sancions de manera que no pateixi minva l'eficàcia de les normes. Dites sancions han de ser eficaces, proporcionades i dissuasòries. S'han de basar en directrius adoptades per l'AEVM amb vista a promoure la convergència i la coherència intersectorial dels règims sancionadors en el sector financer. Els Estats membres han de vetllar per tal que les sancions imposades es facin públiques, en el seu cas, i per tal que els informes d'avaluació sobre l'eficiència de les normes vigents siguin publicades a intervals periòdics"

Però a banda d'exigir cotes de transparència importantíssimes com a element essencial del projecte "(76) A fi de permetre als participants en el mercat de prendre decisions fonamentades, **és indispensable la transparència dels preus, les comissions i els models de gestió de riscos corresponents als serveis prestats per les ECCs, els seus membres i els registres d'operacions**", "(98) A fi de facilitar processos eficients de compensació, registre, liquidació i pagament, les ECCs i els registres d'operacions **han d'adaptar-se**, quant als seus procediments de comunicació amb els participants i les infraestructures de mercat amb els que estiguin en relació, **als procediments i normes internacionals de comunicació pertinents en matèria de missatgeria i dades de referència**.

(99) Donat que els **objectius** d'aquest Reglament, a saber, **l'establiment de requisits uniformes aplicables als contractes de derivats extrabursàtils i les activitats desenvolupades per les ECCs i els registres d'operacions, no poden ser assolits de manera suficient pels Estats membres i, per tant, degut a les dimensions de l'acció, poden ser assolits millor a escala de la Unió, aquesta pot adoptar mesures, d'acord amb el principi de subsidiarietat consagrat a l'article 5 del Tractat de la Unió Europea**. De conformitat amb el principi de proporcionalitat enunciat en dit article, aquest Reglament no excedeix d'allò que és necessari per tal d'assolir **aquests objectius**", avisa de que intervindrà com a ens supraestatal on no arribin els Estats.

El Reglament (l'art. 1 " estableix requisits en matèria de compensació i de gestió bilateral del risc per als contractes de derivats extrabursàtils, **requisits d'informació per als contractes de derivats i requisits uniformes per al desenvolupament de les activitats de les entitats de contrapartida central ("ECC") i els registres d'operacions**"), ens dota d'algunes definicions importants (art. 2) com ara "entitat de contrapartida



central" (una **persona jurídica que fa d'intermediària entre les contraparts dels contractes negociats en un o varis mercats financers** , actuant com a compradora front de tot venedor i com a venedora front de tot comprador), "compensació" (procés consistent en establir posicions, inclòs el càlcul de les obligacions netes, i en assegurar que hom disposa d'instruments financers, efectiu, o ambdues coses, per tal de cobrir les exposicions derivades de dites posicions), "derivat" o "contracte de derivats" (un **instrument financer enumerat a l'annex I, secció C, punts 4 a 10, de la Directiva 2004/39/CE** , tal i como s'apliquen en virtut dels arts. 38 i 39 del Reglament (CE) núm.. 1287/2006), "categoria de derivats" (com un subconjunt de derivats que comparteixen característiques comunes i essencials que inclouen quant menys la relació amb l'actiu subjacent, el tipus d' actiu subjacent i la moneda del valor nocional. Els derivats pertinents a la mateixa categoria poden tenir terminis diferents), "derivat extrabursàtil" o "contracte de derivats extrabursàtils" (com un contracte de derivats quina execució no té lloc en un mercat regulat, tal i com es defineix a l' art. 4, apartat 1, punt 14, de la Directiva 2004/39/CE , o en un mercat d'un tercer país que es consideri equivalent a un mercat regulat de conformitat amb l' article 19, apartat 6, de la Directiva 2004/39/CE), "contrapart financera" (com una empresa d' inversió autoritzada de conformitat amb la Directiva 2004/39/CE, una entitat de crèdit autoritzada de conformitat a la Directiva 2006/48/CE, una empresa d'assegurances autoritzada de conformitat a la Directiva 73/239/CEE, una empresa d'assegurances autoritzada de conformitat a la Directiva 2002/83/CE, una empresa de reassegurances autoritzada de conformitat a la Directiva 2005/68/CE, un OICVM i, si procedeix, la seva societat de gestió, autoritzat de conformitat a la Directiva 2009/65/CE, un fons de pensions d'ocupació tal i com ve definit per l' art. 6, a), de la Directiva 2003/41/CE i un fons d'inversió alternatiu gestionat per GFIA -gestors de fons d'inversió alternatius- autoritzats o registrats de conformitat amb la Directiva 2011/61/UE), "contrapart no financera" (com empresa establerta en la Unió diferent de las entitats esmentades als punts 1 i 8 -bancs centrals i organismes públics i entitats financeres-), "risc de crèdit de contrapart" (com a risc de que la contrapart en una operació pugui incórrer en incompliment abans de la liquidació definitiva dels fluxos de caixa d'aquesta operació), i finalment concreta quines operacions han de ser compensades a través d'ECC (art. 4 i 5 en relació amb el 10), essent especialment interessant que ho seran els contractes entre una contrapart financera i una no financera on l'objecte siguin els derivats declarats subjectes a compensació (vide art. 5.2) si (art. 10.1,b), es tracta de **"...contractes de futurs de conformitat amb l' art. 4 en cas de que la posició mitja al llarg de 30 dies hàbils hagi superat el Llímit"** , de manera que (ap. 2) "la contrapart no financera que hagi quedat subjecta a l'obligació de compensació de conformitat amb l' ap. 1, lletra b), i que demostrï posteriorment a l'autoritat designada de conformitat a l' apartat 5 (cada Estat membre ha de designar una autoritat responsable de vetllar per tal que es compleixi l'obligació establerta a l' ap. 1) que la seva posició mitja durant 30 dies hàbils no excedeix del límit de compensació, deixarà d'estar subjecta a l'obligació de compensació establerta a l'art. 4", de manera que (ap. 3) **"En calcular les posicions a que es refereix l' ap. 1, la contrapart no financera inclourà tots els contractes de derivats extrabursàtils subscrits per ella o per altres entitats no financeres del grup al que pertanyi la contrapart no financera, que no redueixin d'una manera objectivament mesurable els riscos relacionats directament amb l'activitat comercial o l'activitat de finançament de tresoreria de dita contrapart no financera o de dit grup"**.

Finalment tota aquesta normativa sectorial conté també algunes normes concretes per als contractes en particular.

Certament l'art. 11 (relatiu a les **tècniques de reducció del risc aplicables als contractes de derivats extrabursàtils no compensats per una ECC**), que és el cas que aquí ens ocupa, a banda d'establir nombrosos requisits a les parts tant financera com no financera per tal d'assegurar la disminució de riscos, al seu ap. 1 els obliga a adoptar confirmacions electrònicament comprovables.

Diu així l'ap. 1: **"1. Les contraparts financeres i les contraparts no financeres que subscriguin un contracte de derivats extrabursàtils no compensat per una ECC vetllaran amb la diligència deguda per la instauració de procediments i mecanismes adequats para mesurar, controlar i reduir el risc operatiu i el risc de crèdit de la contrapart, entre els que figuren, com a mínim, els següents :**

a) la confirmació oportuna, per mitjans electrònics, cas de disposar-se d'ells, dels termes del contracte de derivats extrabursàtils pertinent;..."

Ara bé, **la infracció de les normes establertes no implica la nul litat dels negocis fets en infracció d'aquestes** , sinó sancions administratives, doncs l'art. 12 estableix que:

"Sancions.

1. Els Estats membres determinaran el règim de sancions aplicable en cas d'infracció de les disposicions del present títol i adoptaran totes les mesures necessàries per tal de garantir el seu compliment. Les sancions consistiran com a mínim en multes administratives . Les sancions previstes seran eficaces, proporcionades i dissuasòries.



2. Els Estats membres vetllaran per tal que les autoritats competents responsables de la supervisió de les contraparts financeres i, en el seu cas, no financeres, facin públiques totes les sancions que s'hagin imposat per incompliment d'allò disposat als arts. 4, 5 i 7 a 11, a menys que dita divulgació pugui posar en greu risc els mercats financers o causar un perjudici desproporcionat a les parts implicades. Els Estats membres publicaran periòdicament informes d'avaluació sobre l'eficàcia de les normes aplicades en matèria de sancions. La divulgació i publicació d'aquests no inclourà dades personals en el sentit de l' art. 2, lletra a), de la Directiva 95/46/CE .

A més tardar el 17 de febrer de 2013, els Estats membres notificaran a la Comissió el règim de sancions a que es refereix l' apartat 1. Comunicaran sense demora a la Comissió qualsevulla modificació ulterior del mateix".

I més encara, recalca l'apartat 3 que "**Cap infracció de les disposicions d'aquest títol afectarà la validesa d'un contracte de derivats extrabursàtils ni a la possibilitat de que les parts executin els termes d'un contracte de derivats extrabursàtils. Cap infracció de les disposicions d'aquest títol justificarà cap reclamació per danys i perjudicis contra una de les parts d'un contracte de derivats extrabursàtils**".

Es tracta d'un reglament aplicable a tots els membres de la Unió des dels 20 dies següents a la publicació oficial (que va tenir lloc el 27-7-2012). Per tant plana sobre el Dret que regeix el contracte que ens ocupa i sobre els contractants.

No hi ha, per tant, una obligació de forma substancial que tingui transcendència civil en l'existència o validesa dels contractes. Tampoc en el cas dels concrets contractes que se suposa haurien contractat les parts en base al conveni marc.

Per que fa al Reglament Delegat 148/2013 (vigent des de 20-12-2012), fa referència a les notificacions que han de dur a terme les parts a les autoritats de supervisió en base a l' art. 9 del reglament 648/2012 . Fa referència al contingut d'aquestes notificacions, no pas a la forma.

El Reglament 149/2013 en canvi, a l'art. 12 assenyala:

"Article 12

[desenvolupa l' Article 11, apartat 14, lletra a), del Reglamento (UE) nº 648/2012]

Confirmació oportuna

1. Els contractes de derivats extrabursàtils celebrats entre contraparts financeres o contraparts no financeres contemplades a l'article 10 del Reglament (UE) núm. 648/2012 i no compensats per una ECCs'hauran de confirmar per mitjans electrònics, si se'n disposa d'ells, tan aviat com sigui possible i :

a) en el cas dels **contractes de permutes de cobertura** per impagament i permutes de tipus d'interès **celebrats fins el 28 de febrer de 2014** , inclusivament, a més tardar al final del segon dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats extrabursàtils;

b) en el cas dels contractes de permutes de cobertura per impagament i permutes de tipus de interès celebrats després del 28 de febrer de 2014, a més tardar al final del dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats extrabursàtils;

c) **en el cas dels contractes de permutes d'accions, permutes dedivises , permutes de matèries primeres y tots els demás derivats no especificats en la lletra a) , celebrats fins el 31 d'agost de 2013, inclusivament, a més tardar al final del tercer dia hàbil següent a la data d' execució del contracte de derivats ;**

d) **en el cas dels contractes de permutes d'accions, permutes de divisives , permutes de matèries primeres i tots els demás derivats no especificats en la lletra a) , celebrats després del 31 d'agost de 2013 i fins el 31 d' agost de 2014, inclusivament, a més tardar al final del segon dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats ;**

e) **en el cas dels contractes de permutes d'accions, permutes dedivises , permutes de matèries primeres i tots els demás derivats no especificats en la lletra a) , celebrats després del 31 d'agost de 2014 , a més tardar al final del dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats.**

2. Els contractes de derivats extrabursàtils celebrats amb una contrapart no financera no contemplada en l'article 10 del Reglamento (UE) nº 648/2012 hauran de ser confirmats per mitjans electrònics , si se'n disposa d'ells, tan aviat com sigui possible y:

a) en el cas dels contractes de permutes de cobertura per impagament i permutes de tipus d'interès celebrats fins el 31 d'agost de 2013, inclusivament, a més tardar al final del cinquè dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats extrabursàtils;



b) en el cas dels contractes de permutes de cobertura per impagament i permutes de tipus d'interès celebrats després del 31 d'agost de 2013 i fins el 31 d'agost de 2014, inclusivament, a més tardar al final del tercer dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats extrabursàtils;

c) en el cas dels contractes de permutes de cobertura per impagament i permutes de tipus d'interès celebrats després del 31 d'agost de 2014, a més tardar al final del segon dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats extrabursàtils;

d) **en el cas dels contractes de permutes d'acciones, permutes dedivises , permutes de matèries primeres i tots els demés derivats no especificats en la lletra a), celebrats fins el 31 d'agost de 2013, inclusivament, a més tardar al final del setè dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats ;**

e) **en el cas dels contractes de permutes d'accions, permutes de divises , permutes de matèries primeres i tots els demés derivatsno especificats en la lletra a) , celebrats després del 31 d'agost de 2013 i fins el 31 d'agost de 2014, inclusivament, a més tardar al final del quart dia hàbil següent a la data d'execució del contracte de derivats ;**

f) **en el cas dels contractes de permutes d'accions, permutes dedivises , permutes de matèries primeres i tots els demés derivats no especificats en la lletra a), celebrats després del 31 d'agost de 2014, a més tardar al final del segon dia hàbil següent a la data d'execució .**

3. **Quan l'operació contemplada en els apartats 1 o 2 es tanqui després de les 16.00 hores, hora local, o amb una contrapart situada en un fus horari diferent que no permeti la confirmació dintre del termini fixat , la confirmació tindrà lloc tan aviat com sigui possible i, a més tardar, un dia hàbil després de la data límit fixada en l'apartat 1 o 2, segons procedeixi.**

4. Les contraparts financeres es dotaran del procediment necessari per tal de notificar mensualment, a l'autoritat competent designada de conformitat amb l' article 48 de la Directiva 2004/39/CE del Parlament Europeu i del Consell (1), el nombre d'operacions amb derivats extrabursàtils a que es refereixen els apartats 1 i 2 que no hagin estat confirmades i portin pendents de confirmació més de cinc dies hbiles".

Fixem-nos en que es tracta d'una confirmació posterior a la celebració. No és, en puritat, un requisit de forma *ad solemnitatem* sinó *ad probationem* .

Però, al final, aquesta normativa és administrativa-bancària i, per tant, el problema continua essent que la infracció d'aquestes normes té conseqüències només administratives. No li treu existència ni validesa al contracte efectivament "tancat" o "celebrat" amb anterioritat (i en base al Dret propi o intern aplicable al contracte, legal o pactat).

Ja podem avançar, per tant, que en el cas que ens ocupa tot apunta que hi hagué consentiment vàlid i eficaç per a vincular les parts amb un derivat financer nou, regit pel conveni marc de referència i supletòriament pel dret civil i mercantil anglo- gal lès.

Cinquè. Reprenent el motiu segon del recurs, aquest considera mal aplicat l' art. 8.2 del Conveni de Roma , perquè mai ha estat invocat per la demandada i perquè no estem en un cas de manca de consentiment del contracte marc i, per tant, de la clàusula de submissió al Dret anglès.

I entén que aquest és plenament aplicable.

S'ha d'acollir.

Bàsicament atenent que no regia el marc convencional que suposa l'actora que regia.

Cert que no ha estat invocat (fou rebel la demandada) mai aquest precepte per reconduir el cas al Dret espanyol.

Conseqüentment amb allò que hem establert més amunt, en segon lloc, les negociacions de les parts estaven sotmeses al Dret anglès per la major connexitat (art. 4.2 i 5 del Conveni de Roma de 1980) i fou acceptat de retruc el conveni marc en contractar el derivat.

Els ara demandat i actor es van sotmetre al Dret anglès en base al qual havia estat redactat aquest conveni marc i en base al qual venen dissenyats els derivats financera a adquirir a partir d'1-11-2007 des del moment que es va contractar efectivament l'acumulador. No pels que s'adquirissin abans (p. ex. els forwards) però sí també per als forwards adquirits després.

Altrament, fins i tot sense la clàusula de submissió genèrica o d'elecció de Dret del contracte, les clàusules mateixes de dit contracte marc eren igualment obligatòries entre parts per a qualsevol contractació coetània o posterior a 1-11-2007.

En aquest cas, des de que dita contractació és posterior a la recepció de dit conveni marc.

El consentiment al conveni marc ve lligat a una contractació efectiva de qualsevol dels seus continguts.

Aquí han coincidit oferta i acceptació en tot cas sobre el derivat contingut a l'acord marc.

I aquesta solució seria la mateixa tant en base al Dret anglo-galès (que de seguida examinarem) com també en base al nostre Dret (art. 2 Ccom , art. 1255 CC).

I, encara que tractant-se d'una veritable clàusula d'elecció de Dret aplicable en favor del Dret anglès s'hauran de qualificar les clàusules d'acord a aquell Dret (art. 12.3 CC , qualificació *lege causae* enlloc de la *lege fori* usualment aplicada per l' art. 12.1 CC -ja que quan hi ha submissió no hi ha determinació del Dret aplicable en base al DIPr. propi-), no es tracta d'institucions massa distants de les del Dret obligacional del nostre CC.

Hem de reconèixer també, respecte del motiu que analitzem, que no és aplicable l' art. 8.2 Conveni de Roma per resoldre la situació conflictual creada a partir dels fets de febrer-abril 2008 i que són l'objecte d'aquest litigi en favor de l'aplicació del Dret espanyol.

Les parts es regien en els tractes preliminars pel dret anglès en funció de la major connexió, com hem vist més amunt.

No calia aplicar el Dret espanyol per determinar si hi havia o no acumulador de dòlars tancat vàlida i eficaçment entre les parts.

No ha estat ben aplicat l' art. 8.2 del Conveni de Roma ja que en realitat, de regir, regiria el 8.1.

Al moment al que es refereixen els fets constitutius de l'acció, febrer-març de 2008, regia el Conveni de Roma (creat al sí de l'aleshores CEE amb vuit Estats membres i vigent des de 1991) de Dret aplicable als contractes, de 19-6-1980, substituït l'any 2008 pel Reglament Roma I **593/2008** de 17-6-2008, publicat el 4-7-2008 i vigent ara mateix, que no és aplicable a aquest cas per raó de vigència temporal.

El Conveni de 1980 exigeix que l'elecció de la Llei aplicable sigui expressa, però permet la tàcita que resulti dels termes.

Diu així l'art. 3:

"Article 3

Llibertat d'elecció:

1 . Els contractes es regiran per la llei escollida per les parts. Aquesta elecció haurà de ser expressa o resultar de manera segura dels termes del contracte o de les seves circumstàncies .

Per a aquesta elecció, les parts podran designar la llei aplicable a la totalitat o solament a una part del contracte.

2 . Les parts podran, en qualsevol moment, convenir que es regeixi el contracte per una llei distinta de la que el regia abans, ja sigui o bé en virtut d'una elecció segons aquest article, o bé en virtut d'altres disposicions d'aquest Conveni. Tota modificació, quant a la determinació de la llei aplicable, posterior a la celebració del contracte, no obstarà a la validesa formal del contracte a efectes de l'article 9 i no afectarà els drets de tercers.

3 . L'elecció per les parts d'una llei estrangera, acompanyada o no de la d'un tribunal estranger, no podrà afectar, quan tots els demés elements de la situació estiguin localitzats en el moment d'aquesta elecció en un sol país, les disposicions que la llei d'aquest país no permetin excloure per contracte, denominades en el successiu "disposicions imperatives".

4 . L'existència i la validesa del consentiment de les parts quant a l'elecció de la llei aplicable es regiran per les disposicions establertes en els articles 8, 9 i 11".

Per tant, d'una banda era perfectament possible pactar aquesta elecció de llei ja que com hem vist més amunt totes les parts no estaven ni sotmeses a un sol dret ni totes localitzades al lloc d'aplicació natural d'aquest.

L'art. 8 el que permet és invocar el Dret propi (art. 8.2) a efectes de negar el consentiment , que és allò que ha fet la part demandada.

Diu així l'art. 8:

"Article 8

Consentiment i validesa de fons.

1 . L'existència i la validesa del contracte, o de qualsevulla de les seves clàusules, estaran sotmeses a la llei que seria aplicable en virtut d'aquest Conveni si el contracte o la disposició foren vàlids.



2 . Nogensmenys, a efectes de provar que no ha donat el seu consentiment, qualsevulla de les parts podrà remetre's a la llei del país en que tingui la seva residència habitual si de les circumstàncies resulta que no és raonable determinar l'efecte del comportament de tal part segons la llei prevista en l'apartat precedent".

Fixem-nos, però, en que aquesta possibilitat d'argumentar la manca de consentiment segons Dret propi de la part (llei del lloc de residència habitual de la demandada, en aquest cas, Llei espanyola) ve condicionada perquè de les circumstàncies del cas no resultés raonable determinar els efectes del seu comportament segons la llei a la que les parts s'hagin sotmès per contractar.

Si segons aquesta llei de residència habitual el contracte hagués de ser per escrit, p. ex., efectivament no seria raonable cap de les formes de consentiment tàcit possibles segons el Dret anglès. No és el cas. Segons Dret espanyol tampoc calen formalismes.

Ja hem examinat el conjunt de circumstàncies. I hem conclòs que tant en base als principis del propi conveni marc com en base als principis que regeixen la contractació al nostre país l'actitud, la conducta de la part demandada, expressada pels successius correus electrònics examinats, mena cap a un consentiment exprés, cap a la contractació d'un producte financer concret, contractació que es regula no per l' art. 1255 i 1258 Cc bàsicament, en defecte d'altra norma estructuradora (no tenim acumuladors en Dret codificat ni legal parlamentari espanyol, ni consta que estigui regulat per cap ús del comerç que hagi estat invocat com a vigent), sinó pel contracte marc que hauria estat acceptat tàcitament des del moment de demandar la contractació sotmesa a ell.

No s'ha fet una aplicació correcta de l'art. 8.2 del Conveni per part de la sentència d'instància pels motius que manifesta. Perquè no és aplicable el dret espanyol a la fase precontractual on les parts es van quedar. S'havia d'haver establert -com ha fet aquest Tribunal- que les parts en negociació ja estaven sotmeses al Dret anglès. Per a contractar o no el conveni marc.

No tenim dubte que hi ha hagut submissió al Dret anglès. De retruc, en contractar els continguts del Conveni Marc.

Com hem ja apuntat més amunt, d'haver estat acceptat el conveni marc expressament, que no és el cas, tampoc seria tan transcendental la remissió al Dret anglès ja que el mateix conveni marc en realitat podria perfectament ser analitzat com simple conjunt d'epactes entre parts també admissibles i vinculants segons el nostre Dret (art. 1255 CC).

Efectivament, conté una normativa convencional aplicable entre les parts que també seria obligatòria segons el Dret personal o territorial de qualsevulla d'elles.

Ara bé, encara que les parts encara que estiguessin sotmeses al dret anglès per a les negociacions prèvies, cal entendre que la part demandada tenia dret a invocar l'art. 8.2 del Conveni per tal d'analitzar si finalment hi ha hagut o no contracte.

En aquest sentit estaria ben invocat l'art. 8.2 del Conveni per intentar demostrar que els suposats contractes són inexistents. És una facultat que dona el Conveni i que la part interessada té tot el dret d'invocar i el Tribunal ha d'aplicar. El problema és que el demandat ha romàs rebel i en l'audiència prèvia o posteriorment no pot reclamar l'aplicació d'aquest article.

Que tampoc pot aplicar el Tribunal d'ofici ja que ve establert l'apartat 2 com una facultat o excepció per a la part que vulgui negar la seva adhesió.

Però, encara que entenguéssim que la major connexitat -com a punt determinant d'aplicabilitat del dret obligacional anglès- encara perdura entre les parts al moment d'analitzar si realment s'ha assolit o no una contractació, si s'han arribat a perfeccionar contractes subsumibles dintre del marc ofertat, caldrà analitzar si la conducta de la demandada com a acceptant davant d'una oferta va ser la que s'espera segons el Dret anglès i si reuneix tots per considerar un contracte perfeccionat.

I restaria encara, en segon lloc, determinada la llei anglesa aplicable en base a l' art. 4 del Conveni, per a la seva aplicabilitat pel tribunal espanyol, concloure que s'ha provat la seva vigència conforme a l' art. 281 LEC : per bé que el Tribunal d'instància no ha fet ús de cap dels mitjans dels mitjans d'esbrinament que li facilita dit precepte, i que aquesta Sala ha admès el dictamen d'experts acompanyat per la part actora, no tenim cap dubte que aquest dictamen prova la vigència de la normativa anglesa respecte del conveni marc i de la regulació dels derivats financers oferts i, el que és més important, de les *auctorities* o jurisprudència, sobre temes de consentiment i acceptació en Dret anglès, però sempre pressuposant una acceptació del conveni marc que ja hem dit que no es dona abans de contractar específicament un dels derivats continguts en ell.



No es tracta aquí de saber si és aplicable el dret anglès o el dret espanyol a la contractació dels derivats que pretén l'actora es van contractar. És indubtable que no seria mai aplicable el Dret espanyol a dita contractació, ni en tot ni en part, d'aquests derivats financers, perquè no estan regulats al nostre sistema.

El cas aquí és si existeix o no acceptació del conveni marc i dels contractes posteriors segons Dret anglès.

Sisè. El motiu tercer del recurs entén també que en tot cas les condicions de l'acord marc no van ser rebutjades sinó acceptades implícitament quan a 14-2-2008 Petromiralles 3 SL va fer una demanda d'adquisició o contractació (condicionada).

S'ha d'acollir.

Ja ens hem avançat més amunt al respecte. El mail de 14-2-2008 és una acceptació en ferm pura i simple, de present.

És una ordre de subscripció del derivat financer en concret, a data del moment, com a molt per a quan el dòlar abasti la cotització 1,458, amb unes condicions concretes i una durada definida. El temps de present que utilitza "Confirmamos" enlloc de "confirmaremos" creiem que aquí té un pes decisiu. Encara que després afegeix una mena de condicionants que ens han de fer valorar acuradament si es va tractar d'una acceptació vàlida i eficaç, pura o condicionada.

Cal veure si fou condicionada (suspensiva o resolutoriament) cara al present o al futur immediat.

Cara al present cal descartar-ho, atesos els termes mateixos del propi condicionament afegit a l'ordre de compra.

No és aquesta declaració una condició suspensiva segons la qual no es contractaria fins que es donessin les noves, futures i incertes condicions a que aspirava la demandada.

La incertesa total, *an et quando*, tot i pròpia de l'essència de les condicions suspensives és incompatible amb emprar uns termes que categòricament impliquen una contractació de present d'un objecte concret i amb un contingut obligacional concret. I amb un venciment concret.

Petromiralles 3 SL a 14-2-2008 està volent contractar ja i alhora manifestava una declaració d'intencions per tal d'assolir un acord d'intencions sobre una revisió en algun moment de la vigència del contracte.

No és una simple declaració d'intencions ni ajornaria en principi la contractació aleshores present. No és una condició suspensiva.

Cara al futur tampoc era una veritable condició resolutori, perquè aquesta necessitaria fixar més precisament el fet futur i incert en el temps que determinaria l'extinció del contracte i la seva necessària revisió immediata (novació), com ho seria un concret tipus de canvi considerat més favorable o quant menys una forquilla entre un màxim i un mínim, quelcom necessàriament a fixar d'antuvi per tal que l'absoluta indeterminació no fes ineficaç la condició (independentment de la seva consideració com pura -el tipus de canvi no depèn de la contrapart- o mixta -si, malgrat això, introduís algun element discrecional entre una o altra cotització on l'entitat financera "pogué" enlloc de "degué" revisar-lo).

Res de tot això tenim aquí. No hi ha veritable condició resolutori.

Petromiralles cercava amb aquest afegit a la seva declaració purament financera (ordre de subscripció) polsar la voluntat de la contrapart a plegar-se a una revisió pràcticament del tipus *rebus sic stantibus*, quelcom d'entrada agosarat perquè aquests contractes es mouen en un marc alt de tipicitat que pràcticament desconeix condicions ni pactes addicionals novatoris com el que es podria pensar que es pretenia assolir.

I la prova és que la contrapart financera mai va donar resposta afirmativa ni negativa.

Mai es va rebre resposta quant a acceptació o refús de la proposta d'acord d'intencions de novació sobre la marxa. I aquí la resposta era més que necessària molt convenient, atesa la naturalesa del contracte, la seva contractació, en principi en ferm i, per tant, la necessitat d'una clara voluntat d'introduir un mecanisme novatori durant la seva vigència.

El banc tampoc podem entendre que hagi acceptat tàcitament el plantejament del client perquè quan li tocava parlar va guardar un silenci que no es pot interpretar raonablement, ateses totes les circumstàncies del cas, com afirmatiu, com a consentiment.

Hauria estat sens dubte més clarificador (no estariem aquí tal vegada) si la contrapart financera hagués contestat la proposta negativament de forma positiva o, encara millor, si a la vista de que el text no era la clàssica acceptació pura, hagués postposat la contractació en ferm del derivat en qüestió a fi i efecte d'aclarir

posicions i cerciorar-se efectivament d'estar davant d'una acceptació a la seva proposta d'acumulador a sis mesos.

Però ni tenia obligació de fer-ho segons el Dret anglès ni el seu silenci es podria interpretar com acceptació ni, menys encara, com paralització de l'ordre de subscripció implícita en el mateix mail.

Tenim, per tant, que conclourem que Petromiralles 3 SL va tractar de contractar els acumuladors proposats en les negociacions a partir de 14-2-2008 i 22-2-2008.

Més avall examinem exactament l'ajust de la seva declaració a l'acceptació de tota oferta segons el Dret anglès.

Setè. El motiu tercer del recurs entén que sens dubte Petromiralles 3 SL és un client professional, tant segons el contracte marc i el codi de conducta bancari anglès com segons el Dret bancari espanyol.

S'ha d'acollir.

En el sentit de que és una obvietat. Es tracta d'una societat mercantil, que encara que tot apunta a que era una filial nova, participada al 50% per Petromiralles SL, operava o pretenia operar en el mercat internacional petroler i a més encapçalant la representació o gestió *de facto* (és indiferent) dels interessos econòmics d'una tercera companyia, la suïssa Willoil Trading AG.

L'equip d'interlocutors amb el grup Barclay's (per molt que la resolució anglesa el definís com junior) s'ha demostrat que tenia plena capacitat orgànica corporativa per a representar i gestionar els interessos de Petromiralles 3 SL front del banc.

Ja hem deixat assentat que sabien i comprenien anglès, que van entendre abans de comunicar-ne la recepció, del contracte marc tramès només en aquella llengua i que no van consentir acceptar dit contracte fins al moment mateix de contractar els derivats.

Els volums de negoci de l'empresa coincideixen amb els criteris de classificació com a *professional client* i com a client professional, tant en dret anglès com espanyol.

Els mails immediatament posteriors a la contractació efectiva (realment més de 16 operacions en un mes) denoten (degut a la caiguda del dòlar front de l'euro, que fou simultània pràcticament a la contractació que ens ocupa) una preocupació per tractar de solucionar una situació que cap de les dues parts havia previst (malgrat que a la primera documentació oferint el derivat ja s'adverteix en general de la volatilitat dels tipus de canvi i especialment -això era notori a aquells moments- del dòlar atès tot el que s'anava sabent que anava succeint als EEUU i que va acabar esclatant des de finals de l'estiu de 2008), reforçant la idea de que les dues parts tenien per cert que s'havia contractat allò que ja no convenia a una d'elles. No pas amb desconeixement del que es contractava o dels seus efectes (de fet mai s'ha invocat error).

Vuitè. El quart motiu de recurs entén que no hi ha dubte de que es va contractar els acumuladors objecte d'aquest litigi.

S'ha d'acollir.

Del conjunt de la prova i del que es dirà entenem que hi hagué contracte d'un derivat comprès al conveni marc que es va acceptar de retruc vàlida i eficaçment en manifestar la voluntat de contractar dit contingut.

El recurrent invoca preceptes del dret espanyol, com l'art. 1278 i l'art. 51 Ccom per defensar que la contractació telemàtica dels derivats financers per part d'un comerciant professional és perfectament vàlida, atès el principi de llibertat de forma imperant a Espanya.

El mateix cal dir en base al Dret anglès. La Sala ha cercat els mitjans telemàtics adients per tal d'esbrinar i il·lustrar-se sobre les regles de la contractació anglesa aplicables (bàsicament Common Law estricta, configurat per diverses *auctorities* o jurisprudència dels Tribunals que es poden trobar a qualsevol manual universitari; en el nostre cas hem seguit també obres en paper, especialment un opuscle tan esquemàtic com útil com és el Contract Law, d'Emili Finch i Estefan Fafinski, col·lecció Law Express de l'Editorial Pearson, 5a. edició, 2017) i està en disposició de resoldre aquest cas segons les mateixes.

Només ens referirem a que estem davant d'un consentiment expressat amb ple concurs d'*offer, acceptance and consideration* d'allò que s'estava cercant.

Per tal de ser breus -i començarem pel més diferent-, la *consideration* al Dret anglès i per extensió al *Common Law* anglosaxó, és allò que permet distingir una promesa quin compliment és exigible legalment d'una promesa gratuïta sense efectes jurídics. És, per tant, la contraprestació o el motiu pel que l'altra part ha celebrat el contracte i que li atorga el dret a exigir-ne el seu compliment (la *consideration* fou definida per la House of Lords com "un acte o indulgència d'una part, o la promesa de la mateixa, el preu pel qual es compra la promesa



de l'altra, i la promesa així donada pel valor és executable" en l cas *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915].

Semblant a la nostra causa, va íntimament lligada al consentiment o *compliance* (conformitat) com a voluntat manifestada d'acceptar una oferta de l'altra part. La *consideration* té de ser suficient, que vol dir que té de ser real, tangible i tenir alguna mena de valor **des del punt de vista jurídic**.

Nogensmenys, no sempre resulta fàcil determinar què és real, tangible o que té valor .

La jurisprudència ha configurat un seguit de regles i d'excepcions que actuen com a pautes, però, en la pràctica, les diferències poden ser un tant subtils i no és rar trobar sentències contradictòries, però cal subratllar que en l'essencial, no disten pas del nostre sistema de principis (p. ex. la **privity of contract** que estableix que només es pot demandar a les parts del contracte la prestació contractada - *Tweddle v Atkinson* [1861] EWHC QB J57-, quelcom idèntic al nostre 1257 CC; o la **past consideration** , que la consideració no pot ser anterior al contracte: de la mateixa manera que l'aigua passada no mou el molí, això també és aplicable a la **consideration** ; suposem que algú s'ofereix a fer una obra i un cop acabada el beneficiari es compromet a abonar-li la feina. Segons la doctrina de la *consideration* no estaria obligat a pagar malgrat haver-s'hi compromès ja que la prestació ja realitzada s'hauria fet en base a una *consideration* anterior a la promesa que suposadament hauria donat origen al contracte; promesa que esdevindria una liberalitat i, com a tal, en dret anglosaxó, no se'n podria exigir el compliment.

De manera que quan la *consideration* és anterior a la celebració del contracte, el contracte no és vàlid - *Mc Ardle* [1951] Ch 669, *Roscorla v Thomas* (1842) 2 QB 234-; ara bé, si qui fa l'obra és un professional , malgrat que hi hagi una relació d'amistat entre aquest i qui demana l'obra, si després no paga hi ha acció perquè es presumeix que estava disposat a pagar-ho (el que es coneix amb el nom de presumpció o doctrina de *Lampleigh v Braithwaite* [1615] 80 ER 255); paralel lament, una suposada *consideration* no serà vàlida quan la prestació és deu a una anterior que obliga legal o contractualment - *Stilk v Myrick* [1809] EWHC KB J58, *Collins v Godefrey* [1831] 1 B & Ad 950- , a no ser que la "segona" contraprestació -més gran- depengui de la *consideration* anterior - *Glasbrook Bros v Glamorgan County Council* [1925] AC 270-

Però aquí en realitat no es qüestiona la *consideration* ja que es tracta de contractes onerosos quina naturalesa d'etals ningú qüestiona.

Per tant, ens interessa més copsar si s'ha donat -a més- el concurs entre l'oferta i l'acceptació, quelcom (com en el nostre CC) essencial en Dret anglès per tal que hi hagi contracte.

En el Dret anglès, com pràcticament en qualsevol altre Ordenament, per celebrar un contracte s'han de donar determinats requisits: la **oferta** , sol ser el primer; cal distingir-la de la invitació a negociar (**invitation to treat** o **invitation to bargain**) i s'ha d'entendre en el sentit de **certainty of terms (certeza o seguretat dels termes)** en relació amb la oferta contractual.

Per regla general, el contracte, en el *Common Law*, es sol definir com un pacte (*agreement*) entre dues o més parts que genera obligacions de caràcter vinculant, encara que també es defineix sovint com una promesa (*promise*) de la que se'n deriven obligacions jurídiques (del tipus *stipulatio* en Dret Romà).

Si ens atenem a la primera definició, per a que hi hagi un contracte ha d'existir un acord (**agreement**), la intenció de obligar-se (**intention**) i una determinada i certa contraprestació (**consideration**).

En el Dret anglosaxó les promeses gratuïtes -sense *consideration* - no solen considerar-se contractes i, per tant, no se'n pot exigir el seu compliment. El mateix succeeix amb els acords que no compleixen els altres requisits esmentats.

El contracte s'origina a partir de l' **oferta** (**offer**) i es perfecciona amb l' **acceptació** (**acceptance**), de manera que els elements essencials que han de concòrrer, en el *common law* , són l'oferta (**offer**) . l'acceptació (**acceptance**) i la contraprestació o causa suficient (*consideration*).

El desig d'obligar-se (**intention to create legal relations**), igual que en dret continental, diferencia aquestes declaracions d'aquelles altres que no tenen sentit contractual (p. ex. una declaració *iocandi causa*)

I si bé és cert que hi ha una presumpció favorable a que els *agreements* en els camps familiar domèstic i social no hi ha intenció de crear relacions legalment obligatòries (*Balfour v Balfour* , [1919]KB 5719, tractant-se d'acords comercials entre empreses la presumpció és que tot acord pretén crear efectes legals entre parts. Es requereix un pacte en contra (p. ex. en el cas *Rose & Frank Co v Crompton Bros Ltd* [1925] AC 445) o quan per la seva pròpia naturalesa el contracte pretén una finalitat gratuïta (*Edwards v Skyways* [1969] 1 WLR 349).

No obstant això, no s'aplica a les anomenades " *comfort letters* " o "cartes de comoditat", que s'interpreten com una declaració de fet més que com una promesa contractual (*Kleinworth Benson Ltd v Malaysian Mining*



Corporation [1989] 1 WLR 379). A més, no s'aplica als acords (com ara els pals o apostes de futbol) que són declarats obligatoris només segons l'honor (*Jones v Vernons Pools* [1938] 2 All ER 626)

Com es pot veure és un sistema sostingut jurisprudencialment i no normativament però perfectament definit i estable. Molt semblant al nostre 1261 CC i concordants.

Però, tot i que l'oferta i l'acceptació tenen alguna particularitat, en termes generals, recorden força o molt la regulació espanyola. La *consideration* ja hem avançat que no coincideix totalment amb la causa contractual del nostre ordenament.

Cal diferenciar *contract* i *agreement* . Com se sol dir, tots els contractes són acords, però no tots els acords contractes ("*all contracts are agreements, but not all agreements are contracts*") . Qualsevol que treballi amb documents en anglès -un traductor jurídic, per exemple- haurà ensopegat en infinitat d'ocasions amb contractes encapçalats amb la paraula **agreement** . Tan acostumats estem tots a traduir-la com a "contracte" que, a la que ens descuidem, acabem identificant **agreement** i **contract** . Doncs bé, quant menys sobre el paper, existeix una diferència fonamental entre ells: el seu caràcter vinculant. **Els contractes (*contracts*) són acords (*agreements*) que generen obligacions exigibles jurídicament.** És la definició també de contracte en Dret continental. Als contractes hi han de concórrer els elements que s'acaben d'esmentar.

La oferta: per a que neixi un contracte hi ha d'haver una oferta contractual, és a dir, una declaració de voluntat realitzada amb la intenció de celebrar un contracte i que contingui tots els elements necessaris per tal de que l'altra persona l'accepti. En anglès, la persona que realitza l'oferta rep el nom d' **offeror** (oferent) i la que la rep seria l' **offeree** (destinatari de l'oferta).

L'oferta i la invitació a negociar (*invitation to treat* o *invitation to bargain*) són coses diferents. En ocasions, existeixen dubtes sobre si allò que proposa l'oferent s'ha de considerar una oferta contractual. En aquests casos, la controvèrsia es centra en si hi hagué oferta o si es va tractar d' una mera invitació a negociar, en el context d'unes negociacions preliminars. En el dret anglès, aquesta invitació es denomina **invitation to treat** i en el dret estadunidenc **invitation to bargain** .

Comunicació de l'oferta i la *certainty of terms* : per tal que l'oferta doni lloc a un contracte, és necessari que l'oferent se la comuniqui al seu destinatari. També és necessari que aquest tingui coneixement de l'existència de l'oferta. En cas contrari, no podrà produir-se l'acceptació i no es conclourà el contracte.

Així mateix, l'oferta ha de ser certa (**certain**): ha de contenir **tots** els elements necessaris per a ser acceptada de forma que els aspectes substancials de l'acordat estiguin suficientment definits i no quedin a l'arbitri d'una de las parts.

És el que hom coneix com a **certainty** o **certainty of terms** (certesa o certesa dels termes del contracte). Es tracta d' un concepte relativament proper a l' **object e cert** del contracte del nostre art. 1261 CC . Se sol dir que *A legal requirement of a valid offer to contract; that it must be precise and definite in order to be subject to acceptance.*

En el cas que ens ocupa tenim suficientment clar -i és pacífic entre parts- que els tractes preliminars van donar com a fruits l'enviament del conveni marc i d'una proposta d'acumulador a sis mesos. De manera que l'oferta no tenim dubte que es va donar i no cal confondre-la amb simples anuncis, catàlegs, declaracions de preus aplicables, invitacions a tractar o negociar, etc. que no ho serien i que conceptualment serien precedents a aquesta.

Tampoc tenim dubte que aquí estaríem segons Dret anglès davant d'una oferta per a perfeccionar un contracte bilateral o intercanvi de promeses, on ambdues parts quedaran lligades, l'una a comprar i lliurar uns dòlars i l'altra a pagar-los.

Tampoc hi ha dubte que l'oferta ha estat comunicada i rebuda, llegida i compresa per la part ara demandada.

Quant a l' **acceptació** (*acceptance*) hi ha tres termes curiosos del *Common Law* relacionats amb ella: la doctrina del mirall (**mirror image rule**), la del darrer tret (**last shot rule**) i les guerres de formularis (**battle of the forms**).

L'acceptació i la *mirror image rule*: l'acceptació és una **declaració de voluntat mitjançant la qual es comunica una resposta positiva a l'oferta** .

En el *Common law* , no existeix acceptació si aquesta va acompanyada d'una contraoferta o s'aprofita la resposta per negociar altres condicions.

És a dir, en l'acceptació s'aplica allò que els anglesos denominen la regla de la imatge en el mirall (mirror image rule): l'acceptació ha de ser com la imatge d'un mirall, ha de coincidir exactament amb l'oferta.



Contraoferta: atès que l'acceptació ha de correspondre exactament amb els termes de l'oferta per tal que sigui vàlida, es dedueix que una resposta que introdueixi nous termes o intents de variar els termes proposats a l'oferta no és vàlida. En aquest cas, la resposta es converteix en una oferta contrària que destrueix l'oferta original, fent-la incapaç d'acceptar-la.

El cas clau d'aquesta doctrina és la sentència *Hyde v Wrench* (1840) 49 ER 132, un cas on el Sr. Victor Manuel va fer oferta al Sr. Adriano de vendre-li una granja per 1000 lliures de l'època. Hyde la va refusar i en va oferir 950. Victor Manuel va refusar la contraoferta de Hyde i aleshores va vendre la granja a un tercer. Hyde aleshores va intentar demandar a Victor Manuel per incompliment contractual. La seva tesi fou rebutjada. El Tribunal va establir que la contraoferta havia implicat el refús de l'oferta inicial y, a partir que havia estat destruïda l'oferta inicial, no podia Hyde acceptar-la per més temps.

Cal diferenciar-ho també de la demanda de més informació. En el cas *Stevenson, Jacques & Co v McLean* (1880) 5 QB 346, el Sr. Amador va telegrafiar el Sr. Arcadio oferint-li 3.800 tones de ferro "a 40 schillings al comptat per tona, obert fins el dilluns"; el dilluns al matí Arcadio va telegrafiar a Amador "si us plau, vostè acceptaria filferro quaranta per a lliurar durant dos mesos o si no el termini més llarg que li vulgui donar". Mc Lean no va respondre. A la 1:34 del migdia Va tornar a telegrafiar Arcadio acceptant l'oferta original. Per aquella hora Amador ja havia venut el ferro a un tercer que l'hauria telegrafiat a l'1:25. El Sr. Arcadio va demandar el Sr. Amador per incompliment contractual. El Tribunal estimà la seva demanda sobre la base de que el primer telegrama del Sr. Arcadio no era cap contraoferta sinó una demanda d'informació. Per això va entendre que l'oferta de Amador va estar oberta fins l'1:34 en que fou acceptada.

Quan s'usen formularis Standard solen haver-hi conflictes. Per exemple quan A presenta un formulari Standard a B i aquest contesta amb un altre formulari que no coincideix del tot. Generalment es solen entendre com contraofertes

Cada comunicació es considera una oferta contrària perquè si es forma un contracte (en aquests casos, l'acceptació normalment es dedueix per la conducta), ha de ser en els termes de l'última contraoferta. Es considera que s'ha acceptat i són els termes de la contraoferta final que s'aplica al contracte en general (vegeu, per exemple, *Zambia Steel & Building Supplies Ltd. v James Clark & Eaton Ltd* [1986] 2 Lloyd's Report 225).

Guerres de formularis i la *last shot rule*: en el dia a dia, moltes relacions de caire comercial no es tanquen amb una reunió en la que es signa un contracte. És més habitual que el proveïdor d'un servei envii un pressupost amb unes condicions i que el client li respongui amb un altre formulari similar, que inclogui les seves. És el que, en anglès, es coneix com "**the battle of the forms**" (la batalla dels formularis). ¿Què succeeix quan les parts creuen que han arribat a un acord, però no es posen d'acord sobre què s'ha pactat perquè cada una d'elles entén que s'han d'aplicar les clàusules generals del seu document? El més probable és que acabin als tribunals i que aquests apliquin la **mirror image rule** que hem vist més amunt.

També és possible que el tribunal interpreti de forma conjunta les condicions generals de cadascun dels formularis emprats per tal de determinar quins pactes són vàlids. Això es va fer per exemple Lord Denning en el cas *Butler Machine Tool v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd* [1979] 1 WLR 401 . Va entendre que, en aquell cas, devien de ser aplicades les condicions del darrer formulari que es va signar. És el que hom coneix com **last shot rule** (doctrina del darrer tret). Com es sol dir, qui pega el darrer, pega més fort ; o "... where there is a battle of the forms, there is a contract as soon as the last of the forms is sent and received **without taking objection to it** . **In some cases, the battle is won by the person who fires the last shot. He is the person who puts forward the latest term and conditions; and, if they are not objected to by the other party, he may be taken to have agreed with them.**" ("... on hi ha una batalla de formularis, hi ha un contracte tan aviat com l'últim dels formularis sigui enviat i rebut sense fer-ne cap objecció. En alguns casos, la batalla és guanyada per la persona que dispara l'últim tret. És la persona que planteja l'últim terme i condicions; i, si no són objecte d'objecció per part de l'altra part, es pot considerar que ha acceptat amb ells").

En tot el relat del nostre cas no podem sinó concloure que hi ha hagut, a partir de 18-2-2008, una plena acceptació de l'oferta del banc per part del client per la via de contractar un producte comprès al marc convencional.

L'acceptació així expressada coincideix amb l'oferta.

No hi ha batalla de formularis aquí perquè l'ara demandada mai no va plantejar en realitat seguir negociant, altres condicions, sinó que volia contractar el producte concret que se li oferia. Com han declarat les testimonis que van negociar per la part demandada, les hi feia por l'acumulador perquè era una operació a llarg que els permetria disposar d'estabilitat en el preu del dòlar durant sis mesos, però acostumades com estaven a operacions a curt, a 30 dies, a contractar amb el preu del dia de pagament de factura, sabien que es podien enganxar els dits.



Però enlloc de rebutjar l'oferta o de demanar més informació van emprar uns termes de present claríssims per acceptar l'oferta, emprant el "confirmem" enlloc del confirmarem si" que encapçalaria una contraoferta.

El que va suposar l'afegitó, reiterem un cop més el dit ja més amunt, fou la cerca d'una mena d'invitació a negociar cara al futur més immediat. No reiterarem el ja dit. Podia haver acceptat expressament el conveni marc i prou. Sabem que no ho va fer.

I no hi ha dubte que el darrer requisit, la comunicació de l'acceptació, consta perfectament.

No tenim cap mena de dubte de que el contracte d'acumuladors de dòlars es va tancar entre les parts el 14-2-2008, amb una durada i condicions especificades, les de l'oferta.

Novè. El cinquè motiu de recurs de la part actora entén que estem davant d'un veritable incompliment a partir d'haver-se negat a signar les confirmacions (doc. 42 demanda); confirmacions que, com ja hem vist més amunt, no solament dimanen de la pràctica sinó que recull i exigeix la normativa europea d'ordenació del sector.

S'ha d'acollir.

S'ha acceptat el conveni marc en contractar-se vàlidament i eficaçment els dos contractes financers nous derivats de dit conveni marc.

Està clar que, havent estat acceptat el conveni marc i contractat, la clàusula 15 del contracte marc permetria entendre com a indicador d'incompliment la negativa a dita signatura. Ha arribat a ser norma pactada entre les parts exigible segons el Dret anglès com també segons el Dret espanyol (ex art. 1255 CC).

I ara es pot invocar la clàusula 17, que permet resoldre el contracte si, a la vista de dita negativa a signar les confirmacions, raonablement es considera que no es podrà o no s'estarà en condicions de complir en el futur.

El cas és que l'ara demandada no només va contractar entre febrer i març de 2008 aquests acumuladors sinó també altres productes sotmesos als acords que estiguessin aleshores vigents entre les parts o ja substituïts pel nou marc obligacional i que no són objecte d'aquest litigi.

Certament, en les setmanes posteriors al mail amb el que es va confirmar un primer acumulador de dòlars, de 22-2-2008 (doc. 38 de la demanda) es van contractar aquests forwards. Un forward de tipus promig tancat el 18-2-2008 fou confirmat a data 18-3-2008.

Mentre que la demandada va declarar a través de les testimonis Sres. Nicolasa i Inés que mai van contractar els acumuladors perquè es veien venir un risc de canvi molt gran, la recurrent actora suposa i sosté que no es va voler signar la confirmació per intentar desempallegar-se dels contractes perquè el canvi ja no els era favorable alhora que sosté que sí es van contractar els forwards de març perquè el tipus de canvi encara els era favorable.

La demandada no es defensa, no discuteix si ha incomplert o no (fou rebel) i en alçada es defensa invocant simplement una inexistència de contracte que no és certa.

L'actora sosté un incompliment definitiu en base a la conducta negativa de l'ara demandada (no signa, no diu ni fa res) que realment només es podria sostenir com adient i conseqüent provant que mai es va contractar. Hem establert que no fou així. La confirmació que va perfeccionar el contracte es va donar el 14-2-2008.

La confirmació que se li demana el març cercava simplement la prova de dita perfecció contractual.

L'actora afirma que va comprar els dòlars. La demandada no ho nega. No es defensa. No podem entrar, per tant, en si va complir l'actora o no. Hem de pressuposar que va cursar l'ordre de subscripció en deguda forma en no constar clarament el contrari.

Quant a si les clàusules 15 i 17 operaren automàticament, desencadenant o una facultat de resolució per un incompliment merament formal; o preventiva d'un greu incompliment de les obligacions, de fons, que s'hagués de manifestar d'alguna manera, cal dir que efectivament la clàusula 15a permet presumir per la no acceptació que s'incomplirà o s'està incomplint i la 17a permet resoldre si es tem que no es complirà.

Manifestat aquest probable o raonable incompliment en quelcom tan impropri com negar-se a confirmar un acte propi i previ. I en els actes propis subsegüents.

El cas és que en les setmanes següents a no voler signar el nou derivat financer, l'ara demandada va seguir comprant dòlars però no en base als acumuladors contractats sinó en virtut de contractes preexistents o nous (el *forward* de tipus promig, p. ex.) de vigència més a curt termini. Quina necessitat tenia la demandada de contractar aquests nous productes si acabava de signar els acumuladors? Llevat de fer front a operacions



de venciment immediat, cap. La cerca de nous contractes de cobertura a curt tenint tancades operacions a llarg, podria ser interpretat com una activitat encaminada a desentendre's d'aquells altres contractes.

Sigui com sigui, la demandada no s'ha defensat i no acredita que estigués complint. La seva mateixa actitud de negar haver contractat és clarament un acte contrari a reconèixer i per tant a voler quedar obligat, els contractes efectivament tancats per la seva sola declaració de voluntat.

Podia l'ara demandant resoldre ja en base a dites clàusules? Entenem que, en no constar el compliment del contracte, sí.

I podia i devia de liquidar quan abans millor la situació creada. Retenint qualsevol saldo en compte del deutor i compensant el deute (s'enfilava a abril de 2008 a 3,3 milions de dòlars) amb el saldo favorable que altrament tingués -com així era- l'ara demandada front l'ara actora. I així es va fer; i el saldo resultant és la suma que aquí es reclama.

Desè. Resta examinar la impugnació de la part demandada.

No es pot acollir, en la mesura que no té gravamen per recórrer ni en apel·lació independent ni impugnant la sentència a la vista de l'apel·lació actora, perquè, en primer lloc, fou absoluta. El que feia inadmissible el recurs (art. 448.1 LEC). I, en segon lloc, no té legitimació per invocar qüestions que en tot cas hauria d'haver invocat contestant la demanda. I que ara són en tot cas *res novae* inatendibles.

Per tot el que hem de concloure que cal estimar en part el recurs de la part actora, desestimar íntegrament la impugnació de la part demandada, revocar la decisió d'instància, estimar íntegrament la demanda i condemnar la demandada a abonar a la part actora la suma reclamada d'1.340.356,71 €, més interessos de demora (des de la reclamació extrajudicial de 28-4-2008). Incrementats en dos punts des d'aquesta sentència (art. 576 LEC).

Dotzè. La prosperitat parcial del recurs d'apel·lació exclou la imposició de les costes de l'alçada (art. 398 LEC). La desestimació total de la impugnació imposa les costes d'alçada causades per aquesta a la part demandada (art. 398 LEC).

Tretzè. Atès allò que disposa l' art. 208.4 LEC s'informa a les parts litigants que aquesta sentència no és ferma. I que contra la mateixa cabrà interposar recurs extraordinari per infracció processal i/o de cassació atès que la quantia ultrapassi els 600.0000 € ja sigui davant el TSJCat. (si la cassació es fonamenta en infracció del Dret Civil català o la jurisprudència del TSJCat.) o bé davant del TS (si la cassació es basa en infracció de normativa civil estatal o jurisprudència del TS).

Decisió

Estimem en part el recurs d'apel·lació interposat per la representació de la part actora i desestimem íntegrament la impugnació interposada per la representació processal de la part demandada contra la sentència dictada el 31 de desembre de 2016 pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 d'Igualada , a les actuacions de procediment ordinari núm. 1021/2008 (Rotlle núm. 766/2017) que revoquem íntegrament.

En conseqüència, estimem íntegrament la demanda i condemnem la part demandada a abonar a l'actora la suma d'1.340.356,71 € més interessos ordinaris de demora des de 28-4-2008, incrementats en dos punts des d'aquesta sentència fins al total pagament; amb imposició de les costes de primera instància a la part demandada; i sense imposició de les costes de l'alçada derivades de l'apel·lació i amb imposició a la part demandada de les costes de l'alçada derivades de la seva impugnació.

L'estimació parcial del recurs determina la devolució al recurrent del dipòsit constituït per recórrer.

La desestimació total de la impugnació comporta per a la part demandada la pèrdua total del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.