

## **Deutsche Bank, Depfa, JP Morgan y UBS condenados por estafar con swaps al Ayuntamiento de Milán**

*Comentario a la sentencia de la Sección cuarta de lo Penal del Tribunal Ordinario de Milán de 19 de diciembre de 2012*

*Fernando Zunzunegui*

La [sentencia](#) de la Sección cuarta de lo Penal del Tribunal Ordinario de Milán de 19 de diciembre de 2012, del magistrado Oscar Magi, cuyos fundamentos se acaban de hacer públicos, constituye hasta el momento la mejor doctrina jurisprudencial sobre los swaps, junto con la sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 22 de marzo de 2011.

La sentencia italiana describe como se recomendó al cliente contratar un producto de cobertura que por la importancia de los costes ocultos que hacía efectivos en el momento de su contratación queda convertido en un instrumento de especulación. En opinión de Magi, la conveniencia de la operación desde la perspectiva del cliente exigía valorar los costes ocultos y no hacerlo puede ser constitutivo de un ilícito penal. De hecho los costes ocultos por importe de 72,5 millones de euros crean un desequilibrio inicial que constituye el beneficio ilícito del delito de estafa. En este sentido, la sentencia condena Deutsche Bank, Depfa, JP Morgan y UBS, a una multa de un millón de euros a cada uno, a la confiscación de otros 89 millones y a penas de seis a ocho meses de cárcel a nueve empleados de estos bancos.

Desde la perspectiva civil, esta práctica de cobrar un coste implícito no informado vicia de nulidad la contratación y así lo ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 22 de marzo de 2011, quien considera que el banco “vulnera su obligación de asesoramiento al no haber informado a la demandante de que el contrato recomendado en el momento de la firma tenía un valor de mercado negativo”, expresión de un grave conflicto de intereses que amenaza los intereses del cliente, al existir el peligro cierto de que el banco de su recomendación no sólo en interés del cliente. Para esta sentencia alemana es irrelevante el hecho de que los márgenes de ganancias del banco sean los habituales en el mercado, pues lo relevante es que el correcto asesoramiento es puesto en duda al colocar al cliente ante un importante riesgo de

pérdida en el mismo momento de perfeccionar el contrato. El conflicto no surge porque el banco tenga un beneficio o de la cuantía concreta del margen de beneficio, lo que conduce a la obligación de explicar y de rendir cuentas es únicamente el haber estructurado un producto conscientemente en perjuicio del cliente para obtener un beneficio inmediato.

La sentencia del tribunal milanés también analiza el conflicto de interés que surge al actuar la entidad financiera como intermediario y al mismo tiempo como contraparte. Considerando que hay un evidente conflicto de interés al haber actuado la banca como asesor y como contraparte. En este punto vienen a reforzar las conclusiones recogidas en nuestro estudio de la [negociación de swaps por cuenta propia](#).

En suma, la sentencia italiana considera que los bancos condenados no han respetado las normas y los principios de la Financial Services Authority (FSA) previstos en protección del cliente (Ayuntamiento de Milán), que no puede ser clasificado como contraparte elegible con igual experiencia comercial y financiera. Y que tampoco han cumplido la normativa italiana (Testo Unico della Finanza) que obliga a comunicar el precio de los instrumentos financieros derivados por parte del intermediario frente al inversor, obligación que quedada reforzada en nuestro caso ante la superposición en la figura del intermediario de la cualidad de asesor y de contraparte.

Oscar Magi, ponente de la sentencia, concluye que con este pronunciamiento no se busca un proceso al sistema bancario en su conjunto o a los instrumentos derivados, sino al mal uso de los mismos en una circunstancia histórica determinada..

\*\*\*