

**Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª).**

**Sentencia núm. 167/2009 de 18 junio**

[AC\2009\1762](#)

**CONTRATOS BANCARIOS:** contrato de permuta financiera de tipos de interés o SWAP: liquidación: realización por el banco de una liquidación correcta sobre la base de lo pactado por las partes: no procede aplicar los intereses derivados del contrato de cuenta corriente sino los pactados en el contrato de permuta financiera: descuento de los gastos de reclamación del saldo deudor; los errores u omisiones en la información suministrada por el banco al cliente no pueden fundamentar una alteración de los términos del contrato que en ningún caso prueba la parte que se hayan producido.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación núm. 1071/2009

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares

La Audiencia Provincial de Ciudad Real declara haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 10-11-2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CIUDAD REAL

**SENTENCIA: 00167/2009**

Rollo Apelación Civil: 1071/09

Autos: Procedimiento Ordinario nº 230/07

Juzgado: 1ª Instancia nº 2 de Ciudad Real

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

Magistrados:

D. LUIS CASERO LINARES

Dª MARÍA PILAR ASTRAY CHACÓN

D. ALFONSO MORENO CARDOSO

SENTENCIA Nº 167

CIUDAD REAL, a dieciocho de junio de dos mil nueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los autos de

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 230/07, procedentes del JDO. DE

PRIMERA INSTANCIA N.2 de CIUDAD REAL, a los que ha correspondido el Rollo 1071/2009, en los que aparece como parte apelante, la mercantil codemandada "ARRAYANES GESTION

TECNICA, S.L.", representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. EVA MARIA SANTOS ALVAREZ y dirigida por el Letrado D. ANTONIO OBEJO ESCUDERO, la entidad demandante "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A." representada por el Procurador

D. JUAN VILLALON CABALLERO y dirigida por el Letrado D. JESUS CUELLAR SEN, y por el codemandado D. Dimas representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. EVA MARIA SANTOS ALVAREZ y asistido por el Letrado D. CARLOS

MUÑOZ DE MORALES, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS CASERO LINARES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta Capital se dictó sentencia en los referidos autos, de fecha diez de noviembre de dos mil ocho cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que desestimo la demanda formulada por el Procurador Don Juan Villalón Caballero, en nombre y representación de la entidad "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A." contra la entidad "ARRAYANES GESTIÓN TÉCNICA, S.L." representada por la Procuradora Doña Eva María Santos Álvarez, Don Dimas , con igual representación, Don Francisco y DON Gaspar , en situación procesal de rebeldía, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones formuladas de contrario, sin expresa condena en costa a ninguna de las partes.

Que desestimo la demanda reconventional formulada por la Procuradora Señora Santos Álvarez, en nombre y representación de la entidad "ARRAYANES GESTION TECNICA, S.L." contra "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.", debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones formuladas de contrario, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma por ambas partes, admitiéndose los recursos y dándoles el trámite correspondiente, las partes hicieron las alegaciones que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivos intereses, elevándose los autos a la Audiencia y correspondiendo a esta Sección por turno de reparto, se formó el correspondiente rollo y se turnó Ponencia, señalándose día para la votación y fallo del recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta apelación se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

Contra la sentencia dictada en primera instancia, desestimatoria tanto de la demanda principal como de la reconvenicional, se presentan recursos por la representación de D. Dimas , al entender que deben imponérsele las costas de primera instancia al banco demandante, por la demandante, para que se estime su demanda, y por la demandada Arrayanes Gestión Técnica S.L. para que se estime la reconvenición que planteó.

En la demanda, sobre la base de un contrato de permuta financiera de tipos de interés o SWAP, lo que se plantea es la reclamación de una cantidad dineraria, 73.963,15 €, resultado de la liquidación de ese contrato.

En la sentencia se analiza correctamente en qué consiste el SWAP contratado por las partes, ya que existe una amplia variedad de modalidades, pudiendo definirse como un contrato por el que normalmente un banco y una empresa acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente (en nuestro caso, tipos de interés fijos y variables) para cada uno de ellos, a un plazo determinado. En el caso enjuiciado, sobre un nominal de 6.000.000 €, y por un plazo de dos años, el banco se comprometía a pagar trimestralmente a Arrayanes Gestión Técnica S.L. las cantidades resultantes de aplicar el Euribor a 3 meses, mientras que Arrayanes se comprometía a pagar al banco, anualmente, la cantidad consistente en un interés del 2,5%, siempre que el Euribor a 12 meses no superara el 3,50%, pues de superarlo pagaría el interés consistente en ese Euribor minorado en 0,10 puntos porcentuales.

La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian, hecho destacado en la sentencia recurrida al recoger la expresión de una de las partes demandadas que señala que estamos ante una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, añadiendo que como en toda apuesta se puede ganar o perder.

Aun cuando no puede negarse que la formulación de este tipo de contratos por parte del banco demandante es verdaderamente engorrosa, siendo de difícil comprensión al mezclar unos innecesarios términos ingleses en lo que podría explicarse de forma sencilla a la vez que precisa y clara, lo cierto también es

que su mecánica es sencilla y que la misma está razonablemente especificada en el anexo del contrato, sin que por tanto surja duda sobre los términos del mismo.

Sobre la base de estos términos por el juzgador a quo se analiza la liquidación practicada a la vista del informe pericial realizado y las alegaciones de las partes, llegando a la conclusión de que la parte actora no ha acreditado los conceptos a los que corresponden las cantidades reclamadas y su importe, desestimando por ello la demanda, siendo lógicamente esta conclusión la que se combate por el banco demandante.

No podemos compartir la conclusión del juez a quo, en tanto que como bien señala el perito en su correspondiente informe, el banco ha efectuado una liquidación correcta sobre la base de lo pactado por las partes. La confusión que puede generar el documento 5 g) (folio 33), referente a la información remitida por el banco sobre la liquidación del segundo año de vigencia del contrato, en cuanto equivoca el periodo de cálculo y sólo informa del interés fijo, que es el primer escenario posible del contrato, y no del variable, que es el que realmente aplica, siendo el segundo escenario posible, no desvirtúa la corrección de la liquidación ni, desde luego, modifica los términos contractuales.

La conclusión de lo anterior no puede ser otra que considerar deudores a los demandados por la cantidad que como principal les reclama el banco, cantidad que según se desprende de los movimientos que constan al folio 40 de las actuaciones es de 59.596,03 € (183.948,70 - 124.352,67), más los intereses que a fecha de 1 de febrero de 2007 importaban 471,88 €, lo que da un total de 60.067,91 €.

Como bien se desprende de la prueba pericial, los intereses aplicados por el banco demandante son los derivados del contrato de cuenta corriente y no los pactados en el contrato de permuta financiera (SWAP), lo que no resulta correcto, en tanto que si lo que se está liquidando es ésta relación contractual, se debe aplicar su propio clausulado, y no el más beneficioso derivado de la propia operatividad del banco que obliga a contratar una cuenta soporte para reflejar los distintos movimientos derivados del contrato SWAP. Según los movimientos de la cuenta que el propio banco aporta no existen más apuntes que los derivados del contrato SWAP, lo que denota el carácter instrumental de la cuenta, de ahí que, como se ha dicho, es abusivo aprovechar la propia operatividad con la que trabaja el banco y que impone al cliente para gravar aún más la liquidación del contrato suscrito. De igual modo también deben descontarse "los gastos de reclamación del saldo deudor", al no justificar el banco demandante su razón, pues ni se aporta factura que los justifique ni se indica si se trata de alguna comisión previamente pactada y aceptada por los demandados.

En conclusión, el recurso sólo puede ser estimado parcialmente.

## SEGUNDO

El recurso que se plantea por la demandada Arrayanes Gestión Técnica S.L. incide en lo que constituyó la reconvención que planteó en su momento.

Se parte de la literalidad del interés que se refleja en el documento 5 g) de la demanda, esto es un interés fijo del 2,5%, aplicándolo a la liquidación, lo que da un saldo a favor de la demandada de 23.258,96 €. En definitiva, se aprovecha el error, o más bien la omisión del interés real aplicado, para practicar una nueva liquidación que evidentemente no respeta los términos del contrato.

Lo dicho en el fundamento anterior es bastante para desestimar el recurso, en tanto que los errores u omisiones en la información suministrada por el banco al cliente no pueden fundamentar una alteración de los términos del contrato que en ningún caso prueba la parte que se hayan producido. Y que en cualquier caso podía haber aclarado en las reclamaciones previas al proceso.

No obstante, no deja de tener cierta justificación la reclamación de la parte, pues nos encontramos con una demanda absolutamente parca y carente de cualquier información, salvo la mínima imprescindible relativa a las partes al contrato que las ligaba y al resultado de la liquidación, remitiéndose a una documental que cuesta comprender, de hecho ha precisado de una prueba pericial para aclarar sus términos, y que arroja errores y omisiones. Ello ha llevado a la desestimación de la demanda en primera instancia y a que se justifiquen diversas interpretaciones del contrato y su liquidación, tal como hace la parte demandada-recurrente, existiendo dudas de hecho que desde luego justifican la decisión del juez a quo de no imponer las costas de primera instancia, así como tampoco las de esta alzada.

## TERCERO

En cuanto al tercero de los recursos, alegando la necesidad de imponer las costas al banco demandante, dada la desestimación de su demanda en primera instancia, y dado que en esta alzada se modifica tal conclusión por la de una estimación parcial de la demanda, lo que implica, en aplicación de lo dispuesto en el art. 394 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, tal recurso debe ser desestimado.

## CUARTO

En orden a las costas de esta alzada, la estimación parcial del recurso

presentado por el banco Santander Central Hispano S.A., hace que no deba hacerse declaración expresa al respecto.

A igual conclusión cabe llegar con relación a los otros dos recursos, en el de Arrayanes Gestión Técnica S.L. por lo ya señalado en el Fundamento Tercero, y en el de D. Dimas , porque su desestimación viene provocada por la estimación parcial del recurso del banco demandante, sin que realmente se haya podido entrar a analizar las razones en las que se basaba sobre la base de la decisión judicial en primera instancia, solicitando de forma no irrazonable la aplicación del principio general del vencimiento en materia de costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

**FALLAMOS**

Por unanimidad,

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Villalón Caballero, en nombre y representación del Banco Santander Central Hispano S.A. y desestimando los presentados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Eva María Santos Álvarez, en nombre y representación de D. Dimas y Arrayanes Gestión Técnica S.L., contra la sentencia de 10 de noviembre de 2008, dictada en el Juzgado nº 2 de Ciudad Real , procedimiento ordinario nº 230/07, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución acordando la estimación parcial de la demanda, condenando a los demandados a abonar solidariamente a la demandante en 60.067,91 €, más los intereses pactados en el contrato SWAP desde el 3 de enero de 2007 hasta su pago; no se hace especial declaración en cuanto al abono de las costas causadas en esta alzada.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución a los oportunos efectos.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.