

Id Cendoj: 36057370062010100379  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Vigo  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 3452/2008  
Nº de Resolución: 497/2010  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

MATERIAS NO ESPECIFICADAS  
AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6  
PONTEVEDRA

**SENTENCIA: 00497/2010**

Domicilio: C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO  
Telf.: 986817388-986817389 - Fax: 986817387

Modelo: SEN00

N.I.G.: 36038 37 1 2008 0601075

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0003452 /2008

Juzgado procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000835 /2007

APELANTE: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO,S.A.

Procurador/a: CARINA ZUBELBIA BLEIN

Letrado/a: RAFAEL SOMOANO OJANGUREN

APELADO/A: N---- ----S.L.

Procurador/a: JOSE MARQUINA VAZQUEZ

Letrado/a: JUAN JOSE PEREZ BARREIRO

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta

por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Julio Picatoste Bobillo, Presidente; D. Juan Manuel Alfaya Ocampo y D. Eugenio Francisco Míguez Tabares, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente SENTENCIA núm.497/10

En Vigo, a dieciséis de julio de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, sede Vigo, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000835 /2007, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 0003452 /2008, es parte apelante-demandado: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO,S.A. , representado por el procurador D.ª Carina Zubeldía Bleín y asistido del letrado D.ª Rafael Somoano Ojanguren; y, apelado-demandante: N--- ----,S.L, representado por el procurador D.ª JOSE MARQUINA VAZQUEZ y asistido del letrado D.ª Juan José Pérez Barreiro , sobre nulidad de contrato.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./Dª Eugenio Francisco Míguez Tabares, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Vigo, con fecha 30 de junio de 2008 , se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador José Marquina Vázquez en nombre y representación de la entidad N--- ----,SL, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijado creciente de rango y debo condenar y condeno a la entidad Banco Español de Credito,SA a estar y pasar por esta declaración y a restituir a la entidad demandante la cantidad de 12.777,68 EUR, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas." Por auto de fecha 14/10/2008 se dictó auto de aclaración cuyo fallo textualmente dice: "Que debía completar completo la sentencia dictada el 30 de junio de 2008 en el sentido de hacer constar que en el fallo donde dice "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador José Marquina Vázquez en nombre y representación de la entidad N--- ----,SL, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente da rango y debo condenar y condeno a la entidad Banco Español de Crédito SA a

estar y pasar por esta declaración y a restituir a la entidad demandante la cantidad de 12.777,68 EUR, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas", debe decir" Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador José Marquina Vázquez en nombre y representación de la entidad N--- ---- SL, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente da rango y debo condenar y condeno a la entidad Banco Español de Crédito SA a estar y pasar por esta declaración y a restituir a la entidad demandante la cantidad de 15.928,10 EUR, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador Carina Zubeldía Bleín, en nombre y representación de Banco Español de Crédito, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria. Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Sexta, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 15/7/2010.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- En la demanda inicial se instaba la nulidad del contrato denominado de "Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente en Rango" de fecha 2 de marzo de 2005 por falta de consentimiento o, subsidiariamente, por error en el consentimiento y por dolo imputable a la demandada, con las consecuencias económicas correspondientes derivadas de dicha declaración de nulidad. En la sentencia de instancia se acogió la primera de las pretensiones planteadas y se declaró la nulidad del contrato por falta de consentimiento, pronunciamiento del que discrepa la entidad demandada al considerar que sí se ha acreditado la emisión de voluntad correspondiente. Debemos recordar que el *art. 1261 Cc* para considerar celebrado un contrato exige la concurrencia de los requisitos de consentimiento, objeto y *causa*, y el *art. 1262 Cc* precisa que el primero de ellos se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. El contrato existe entonces "desde que una o varias personas consienten en obligarse" (*art. 1254 Cc*), perfeccionándose "por el mero consentimiento" (*art. 1258 Cc*), y pudiendo "establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente" con una serie de límites (*art. 1255 Cc*). Procede entonces analizar si el contrato de litis realmente llegó a perfeccionarse.

SEGUNDO.- Existe conformidad entre las partes en que con fecha 2 de marzo de 2004 se concertó entre la entidad "N--- ----, SL." y la entidad "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A." el "Contrato sobre Operaciones Financieras" que se iban a desarrollar sobre instrumentos financieros derivados y se plasmó concretamente en la denominada "Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente y Convertible a Tipo Variable con Subvención" que se adjuntó como anexo del citado contrato y que tenía una duración de tres años (del 25/2/04 al 25/2/07). Dicho documento, cuyo original fue aportado por la parte demandada, aparece firmado en todas y cada una de las once hojas que lo componen por el administrador de la sociedad demandante, constando igualmente el sello de la entidad "N--- ----, SL."

La parte demandada afirma que la entidad actora solicitó la cancelación anticipada de dicho contrato y la formalización de otro similar pero con otras condiciones; y así afirma que con fecha 2 de marzo de 2005 se dio por el cliente la Orden de Contratación de otro producto derivado denominado "Permuta Financiera de interés con Tipo Fijo Creciente en Rango" solicitando la cancelación anticipada del anterior producto.

Toda vez que la parte demandante niega la existencia de esta nueva contratación, por la parte demandada, para acreditar la realidad de la misma, se aporta como documento nº 5 de la contestación a la demanda el documento original (que por copia se había aportado con la demanda) y, como correctamente se indica por el juez a quo, cabe distinguir en el mismo tres partes: la relativa a la identificación de los contratantes, la orden de contratación del nuevo producto y un anexo I en el que se plasma el producto primitivo cuya cancelación se insta. Del examen del citado documento se observa que el mismo aparece con numeración correlativa del "2 de 12" al "12 de 12", pero únicamente ha sido firmada la última hoja, manifestando la parte demandada que con dicha firma se rubrica la totalidad del documento,

extremo este del que discrepa la parte demandante, discrepancia que fue acogida en la instancia y debe mantenerse en esta alzada. Esto es así porque la mera numeración a ordenador de una serie de páginas no implica que con la firma de la última de ellas se esté prestando conformidad al contenido que figura en las que aparecen numeradas anteriormente, pues no consta que su existencia o contenido fuese conocido por el firmante. Como ya dijimos, en el anterior contrato se rubricaron la totalidad de las hojas que componían el mismo, a diferencia de lo que acontece en este; no cabe considerar probado que haya sido el cliente el que haya solicitado de la entidad de crédito la cancelación anticipada del primer producto -que en las dos liquidaciones semestrales practicadas le había arrojado algunos beneficios- para contratar otro nuevo de mayor riesgo y que se demostró en muy tiempo que resultaba francamente perjudicial para sus intereses económicos. Obviamente la totalidad de hojas que componen el citado documento nº 5 de la demanda fueron confeccionadas por la entidad bancaria y la firma de las mismas implicaría la prestación del consentimiento por parte del cliente (cuestión distinta sería entonces analizar la posible existencia de vicios en dicho consentimiento), pero al afirmar la parte actora que desconocía los términos de la contratación del nuevo producto, razón por la que el mismo se encuentra sin firmar, corresponde entonces a la parte demandada que alega la existencia del contrato acreditar el mismo, de conformidad con lo establecido en el *art. 217 LEC* para la carga de la prueba de las obligaciones.

Para sustentar la existencia del consentimiento la parte demandada expone tres argumentos: en primer lugar que en la hoja "12 de 12" se indica que existe independencia en la decisión de entrar en esta operación y capacidad de evaluar y entender los términos, condiciones y riesgos de la misma, por lo que considera que en estas expresiones se hace referencia a la nueva orden de contratación; en segundo lugar que posteriormente, el día 10 de marzo de 2005, se firmó entre las partes la "Póliza de Operaciones sobre Instrumentos Financieros Derivados" intervenida por notario que da cobijo a esta clase de operaciones; y en tercer lugar que la sociedad demandante no mostró objeción alguna en las dos primeras liquidaciones que arrojaron un saldo favorable a la misma. Sin embargo deben desestimarse dichas alegaciones, ya que ciertamente en la hoja "12 de 12" se plasman las manifestaciones invocadas por la parte demandada, pero en la misma página se hace constar al final y en negrita: "rogamos den conformidad a los términos de la presente operación firmando esta Orden de Cancelación anticipada" y a continuación está firmado, pero nada se indica de la supuesta nueva contratación pactada; sin embargo en la página "9 de 12", que se corresponde con la nueva "orden de contratación", se hace expresamente constar hacia el final, e igualmente en negrita, la expresión "rogamos den conformidad a los términos de la presente operación firmando esta Orden de Contratación", pese a lo cual dicha hoja no aparece firmada, por lo que no cabe deducir ni presumir el conocimiento y aceptación de este nuevo producto por parte de la entidad " N--- ----, SL.". Cuestión distinta es que en esta hoja hubiese existido una remisión de la firma a la última hoja, o que en dicha última hoja se precisase que el documento total lo componían 12 páginas en las que se incluía la nueva orden de contratación. Respecto a la suscripción de la póliza de fecha 10 de marzo de 2005 debemos decir que este simple hecho no implica que la nueva póliza guarde relación directa con la suscripción de un nuevo producto financiero unos días antes, pues nada se recoge en la póliza sobre dicho extremo, y de hecho en los exponendos y en la estipulación primera de esa póliza se hace referencia tanto a las operaciones ya concertadas como a las que se puedan concertar en el futuro sobre instrumentos financieros derivados. Por último el abono de las dos primeras liquidaciones con base en el nuevo producto no constituye prueba fehaciente ni del conocimiento, ni de la conformidad con el mismo, ya que dado el escaso importe pudo pasar desapercibido en la contabilidad de la empresa, como sucedió con el primer cargo negativo, a diferencia de lo que aconteció con los cargos negativos posteriores que ya ascendían a importes considerables.

TERCERO.- Llegamos entonces a la misma conclusión reflejada en la sentencia de instancia al considerar que no consta probada la declaración de voluntad, mediante la prestación del consentimiento, por parte de la entidad " N--- ----, SL." en la contratación del nuevo producto denominado de "Permuta Financiera de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente en Rango" de fecha 2 de marzo de 2005, por lo que no se ha acreditado la existencia de dicho contrato. Debemos no obstante matizar que no nos encontramos propiamente ante una nulidad del contrato, que se encuentra prevista en los *arts. 1300 y sig. Cc*, pues para que proceda la

anulación de un contrato debe el mismo reunir los requisitos que expresa el *art. 1261 Cc*, sino que realmente nos encontramos ante un contrato inexistente ante la falta del requisito de prestación de consentimiento por parte de uno de los contratantes.

Debemos entonces desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar íntegramente la sentencia dictada en la instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los *arts. 394 y 398 LEC* cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### **FALLAMOS**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Carina Zubeldia Blein, en nombre y representación de la entidad "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A.", contra la Sentencia de fecha 30 de junio de 2008 y el Auto de aclaración de fecha 14 de octubre de 2008 dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en el recurso. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a.

Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.