

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 1ª/1

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008
Tel: 945-004821
Fax / Faxa: 945-004820

N.L.G. / IZO: 01.02.2-09/015887
A.p. nº L2 / 372/2010
O. Judicial origen / Jatorriko Epallegia: Juzgado de 1ª Instancia
nº 5 (Vitoria) / Lehen Auzitegiko 5 zk.ko Epallegia (Gasteiz)
Autos de 1770/2009 (e) ko autoak

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
NOTIFICACIÓN

26 ENE. 2011

Recurrente/Emakurtagileak: CONSTRUCCIONES Y
Procurador / Prokuradoreak: D. [REDACTED]
Abogado / Abokatuak: Dª MARISA GRACIA VIDAL
Reclamado / Erakurritza: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.
Procurador / Prokuradoreak: Dª CONCEPCION MENDOZA
ABAJO
Abogado / Abokatuak: D. JOSÉ ANTONIO JIMÉNEZ VIRTO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Ilmos. Sres. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrados, ha dictado el día dieciocho de enero de dos mil once

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º 20/11

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 372/2010, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Amurrio, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 1770/09, ha sido promovido por

, representada por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL ANGEL ECHÁVARRI, asistido de la letrada Dª MARISA GRACIA VIDAL, frente a la sentencia dictada el 31 de marzo de 2010. Es parte apelada BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª CONCEPCION MENDOZA ABAJO, asistida del letrado D. JOSÉ ANTONIO JIMÉNEZ VIRTO. Actúa como ponente el Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

AUSBANC EMPRESAS.

ATENCION LETRADO MARISA GRACIA.

representación de

frente a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. y

a) Declarar la nulidad del "contrato sobre operaciones financieras" y el contrato anexo al contrato de operaciones financieras suscrito el 26 de septiembre de 2006 entre

con BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.

b) Condenar a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. a reintegrar a las mencionadas sociedades las cantidades que les hayan sido cobradas con ocasión del contrato de gestión de operaciones financieras, así como las cantidades que haya percibido durante la tramitación del procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en el contrato, minoradas en su caso con las cantidades que las citadas sociedades hayan percibido del banco, y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución, al tipo de interés legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria, y las costas de la primera instancia.

3.- **DECRETAR** la devolución al apelante del depósito consignado para recurrir.

4.- **NO HACER** condena en costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial doy fe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia el 31 de marzo de 2010, en procedimiento ordinario nº 1770/2009, cuya parte dispositiva dice:

"Desestimo la demanda interpuesta por
S.L. y SL y SL contra
Banesto SA: Con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de

, alegando que la prueba se había valorado incorrectamente al no apreciar vicio del consentimiento e infracción de la norma al no apreciar la nulidad absoluta, o subsidiariamente la anulabilidad del contrato suscrito por las partes.

TERCERO.- El recurso se tuvo por interpuesto mediante providencia de 26 de mayo de 2010, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. escrito de oposición al recurso presentado de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 24 de JUNIO de 2009 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui, a quien pasaron los autos para resolver sobre la prueba propuesta por las partes.

QUINTO.- Mediante auto de 30 de junio de 2010 se delega la práctica de la prueba propuesta, y firme tal resolución, el 5 de octubre se acuerda la celebración de vista el siguiente día 25 de noviembre, que se señala también para votación, deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La discrepancia sobre la valoración de la prueba

La apelante discrepa de la sentencia de instancia, que desestima íntegramente sus pretensiones de declarar la nulidad, o alternativamente, la anulabilidad o resolución de los contratos de SWAP u "Operación de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable" que suscribió con BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. Cuando planteó su demanda consideraba que habían suscrito, como clientes que eran de tal entidad bancaria, el mencionado contrato precisamente por la confianza que les inspiraba ser

ya clientes de la misma, por la insistencia de aquella y por la convicción de que adquirirían un "seguro" para cubrirse en caso de subidas de tipo de interés, todo lo cual determinaba

Efectivamente la prueba acredita, y la sentencia lo admite, que las sociedades eran clientes de BANESTO, con créditos, préstamos, líneas de descuento y efectos que tenían adosados pactos de remuneración de interés. También admite la sentencia y no discuten las partes que la iniciativa parte del banco, que precisamente en razón a la existencia de tales créditos con interés variable, ofreció el producto ahora controvertido. La discrepancia se centra, en este apartado fáctico, en si realmente se ofrecía un "seguro" para evitar mayores perjuicios en caso de subida de tipos de interés, o no sucedió así, como sostiene BANESTO y la sentencia impugnada.

Al respecto hay que ponderar que el "gestor comercial del banco", declara que se ofreció un producto para que el cliente se "cubriera" frente a eventuales subidas de tipos de interés. Por otro lado el propio demandado, hoy apelada, admite que la razón de la oferta contractual fue precisamente esa. Finalmente la propia sentencia da por probado tales extremos, todo lo cual conduce a concluir que la versión referida por los demandantes queda razonablemente acreditada.

Sin embargo los contratos aportados rezan en su exponendo I lo contrario, pues indican *"Que el cliente se ha dirigido al BANCO manifestando su voluntad de realizar una operación financiera sobre instrumentos financieros derivados (en lo sucesivo "la Operación") ajustada a determinadas características económicas y financieras decididas por el propio cliente"*. Lo cierto es que incluso los representantes del mismo y sus comerciales admiten que fueron ellos quienes propusieron su firma y quienes insistieron en varias ocasiones a cada uno de los clientes. Igualmente, el cliente manifiesta que, con mayor o menor detalle, lo que se le ofreció era protegerse frente a una eventual subida de tipos de interés. Ya se ha dicho que los empleados del banco también insisten en ese aspecto, aunque nieguen haber utilizado la expresión "seguro". No obstante la sentencia declara probado, y nadie lo discute, que el gestor, David, había ofrecido *"un producto financiero que tiene por objeto proteger al inversor en caso de subida de tipos, para prevenir el riesgo que puede conllevar una subida de tipos"*.

Parece claro, por lo tanto, que la entidad bancaria tomó la iniciativa contractual, esgrimió la eventual subida de tipos de interés, subrayó la falta de coste para el cliente, e incluso ofreció un incremento del crédito hasta entonces concedido, todo ello con la finalidad, nunca negada, de lograr la firma del contrato cuya validez ahora se discute.

De ahí se concluye lo contrario que en la instancia, es decir, que la razón esencial por la que los clientes contratan es evitar perjuicios para el caso de que los tipos de interés subieran. Se ha acreditado que el fundamento de la voluntad de contratar de quienes ya eran clientes del banco fue la persistente insistencia del mismo, que les llevó al convencimiento de que, de este modo, no se verían perjudicados, o no en un grado elevado, si se producía la eventualidad de la elevación de tipos de interés, pues los productos que ya habían firmado, créditos, préstamos o líneas de descuento, se remuneraban con interés variable.

También existe discrepancia sobre si se aseguró o no que la eventual resolución no supondría coste para las empresas clientes del banco. El banco lo niega, extremo que no se considera acreditado con la sentencia. Efectivamente los términos del contrato aportado evidencian que supondría algún coste. Al margen de la valoración jurídica que merezca,

respecto a su claridad, la cláusula segunda de los contratos, basta examinarla para constatar que además de ser precisos conocimientos jurídicos de algún nivel, no incluye una referencia exacta del coste que supondría tal resolución. Ni siquiera un avezado profesional sería capaz, con la mencionada cláusula, de determinar el coste de la resolución porque se remite a índices que, con su simple lectura, impiden conocer su cuantía. Este dato, unido a la creíble versión de la parte demandante, permite concluir, pese a la negativa del comercial del banco, que efectivamente no se informó, o al menos no se hizo de forma inteligible y concreta, del elevado coste que supone la resolución anticipada por parte del cliente. En consecuencia, también en este apartado debe admitirse la queja del apelante sobre la incorrecta valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza del contrato

Antes de continuar es preciso fijar, someramente, la naturaleza del contrato suscrito, pues es fundamental concretarla para analizar los motivos de nulidad, anulabilidad o resolución que, de modo alternativo, plantea la recurrente. Las partes han pactado intercambiar (swap significa en inglés cambio, canje o cambalache) tipos de interés, especulando con que superarán o no ciertos límites máximos o mínimos, a partir de los cuales quedan obligadas a reintegrar a la otra, por el tiempo que hayan pactado.

Es significativa la definición que de tal contrato contiene el modelo de contrato marco de operaciones financieras que oferta en su página web la Asociación Española de Banca Privada como *"aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada"*. Aunque el contrato suscrito no se haya elaborado por esta asociación, sino por BANESTO, expresa claramente una finalidad distinta que la cobertura o aseguramiento frente a la elevación de tipos de interés.

En la doctrina de la Audiencias destaca la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 27 de enero de 2010 (AC 2010/6), luego reiterada en la de 29 de octubre de 2010 de la Secc. 7ª de esta misma Audiencia, y sistemáticamente citada por otras Audiencias que la han seguido posteriormente. Dice su Fundamento Jurídico 3º que *"Es un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nacional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiene de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura*

financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el stinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes

Las SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de junio de 2010; SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010 y SAP Zaragoza, Secc. 5ª, de 26 de octubre de 2010, ROJ SAP Z 2416/2010, subrayan los tintes especulativos que lo caracterizan. Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010, dice que *"Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros"*

Esta misma Audiencia, en su SAP 143/2009 Álava (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la exousa de asegurarles ciertas garantías, en aquel caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad. Desde esta naturaleza jurídica habrá que resolver la cuestión principal.

TERCERO.- Sobre las maquinaciones e insidias en la nulidad por dolo

La pretensión de la apelante es la revocación para estimar la primera solicitud de la instancia, es decir, la nulidad del contrato. Sostiene, al respecto, la aplicabilidad del art. 1.261 del Código Civil (CCv), pues en su opinión existe, por un lado, el dolo negociat al que alude el art. 1.269, y por otro, error del consentimiento del art. 1.266 CCv. La primera alegación, sobre el dolo previsto en el art. 1.269 CCv, fue desestimada en la instancia argumentando falta de prueba de la conducta insidiosa, de que la voluntad del cliente quedara viciada, de que la conducta del banco fuera determinante de la declaración y de que no se haya causado por tercero ni empleado por ambas partes.

Analizando entonces este motivo del recurso, el precepto señalado dispone que concurre dolo si con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. La STS de 5 de marzo de 2010, RJ 2010/2390 explica que tales *"palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario"*

Lo que la prueba permite alumbiar es que el banco ofreció la contratación dando a entender que de este modo el cliente se "cubría" frente a la eventual subida de tipos de interés. No se incidía que era un contrato aleatorio, una especie de apuesta con el banco sobre la

tendencia de los tipos que, de forma sin duda imprecisa, iban a referenciar las obligaciones de una y otra parte. Esta forma de exponer el contenido del contrato quizá se explique por el escaso atractivo que para cualquiera supone realizar una apuesta en el que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos. Si BANESTO o cualquier otra entidad bancaria expusiera que el contrato en esencia se reduce a tal apuesta (paga el banco si los tipos de referencia suben por debajo de cierto nivel, paga el cliente si los tipos bajan), sería difícil conseguir la suscripción de esta clase de productos.

Pero si lo que se ofrece, aderezado de múltiples explicaciones sobre la tendencia alcista de los mercados —que luego nunca se confirmó— es una forma de evitar las costosas consecuencias de tal elevación de tipos, el producto se vuelve más atractivo, aunque la explicación no responda fielmente a la naturaleza del mismo. Esta práctica ha sido criticada por numerosas resoluciones de Audiencia Provincial, referidas a supuestos de vicios del consentimiento, que cuestionan que pueda ofrecerse como seguro un contrato de permuta de tipos de interés o swap (SAP Jaén, Secc. 3ª, de 27 de marzo de 2009; SAP Pontevedra 7 abril 2010; SAP Asturias de 23 de julio de 2010; SAP Bizkaia, Secc. 4ª, de 14 septiembre de 2010 y la antes citada SAP Valencia, Secc. 9ª, de 6 de octubre de 2010).

Se argumenta, por el banco, que el cliente pudo leer el contrato y que solicitó explicaciones en varias ocasiones. Frente a tal argumento puede acudirse al contrato, un contrato de adhesión, en el que las condiciones han sido predispuestas por el oferente. Es el banco quien redacta el contrato, y falta a la verdad cuando en el exponendo I asegura que el cliente se ha dirigido al mismo manifestando la voluntad de realizar esta operación financiera. Desde sus comienzos el contrato incluye esta expresión mendaz, pues no fueron los clientes quienes acuden a las oficinas reclamando este producto, sino sus comerciales quienes hubieron de insistir, de forma pertinaz, para convencer a los mismos de la bondad del producto ofrecido.

Es más, en tal exponendo I se asegura que el cliente requiere "*una operación financiera sobre instrumentos financieros derivados...*", expresión que parece poco probable que realmente emplearan. Lo que ocurrió es que la entidad bancaria tenía un decidido interés (no hay prueba de la especulación de la recurrente sobre la alegada previsión de pérdida de ingresos por el descenso de tipos), en que tal contrato se suscribiera, ofreciendo para ello incluso ampliar líneas de crédito, lo que hacía atractiva su contratación a las pequeñas empresas que luego le han demandado.

En definitiva el argumento de que basta analizar el contrato para concluir que se contrataba debe ser desestimado. El contrato no recoge la realidad desde su comienzo, y en fase precontractual se da a entender por el oferente que sirve para un fin, la evitación de costes añadidos en caso de subida de tipos de interés, que no responde a la realidad, pues también contiene previsiones que suponen coste para el cliente si los tipos bajan por debajo de ciertos límites.

Respecto al argumento de que el administrador social de las demandantes preguntó cuanto quiso y se asesoró por terceros, habrá que subrayar lo que realmente sucedió. Dicho administrador social no mostró interés en suscribir tal contrato, limitándose a indicar que "se lo iba a pensar". A pesar de ello, el banco vuelve a insistir a través de sus comerciales, como éstos refieren en juicio. Ante la reticencia en contratar, se le ofrece una ampliación del crédito del que podría disponer, y es entonces, finalmente, cuando acepta contratar.

En definitiva, el ofrecimiento de un producto con una finalidad diferente a la real, ocultando las consecuencias negativas que supone para el cliente suscribirlo, y el ofrecimiento de una ampliación del crédito para vencer su natural prudencia, son constitutivos de la maquinación o insidia de la que habla el art. 1.269 CCv, porque nunca hubiera contratado sin la insistencia del banco, sin el convencimiento que era una especie de seguro, y sin la oferta de ampliar el crédito que previamente ya disponía.

CUARTO.- Vicio de la voluntad, carácter determinante de la maquinación y falta de intervención de tercero o del otro contratante

En cuanto a la falta de prueba sobre que estas maniobras viciaran la voluntad del contratante, necesarias para que concurra el dolo y alegadas también como causa de nulidad conforme al art. 1.266 CCv, se argumenta que primero se signa un contrato, el 20 de abril de 2005, con vigencia hasta 2006, luego otro el 17 de marzo de 2006, vigente hasta 2007, y finalmente otro el 26 de septiembre de 2006, con vencimiento en 2011, habiéndose beneficiado de los primeros. Ciertamente es así, y se reconoce por los demandantes. La cuestión, sin embargo, es que los primeros contratos desenvuelven sus efectos en la forma que creían los clientes que funcionaba, es decir, supuso un ahorro neto de la modesta cantidad de 156,74 € (doc. nº 3 de la demanda, folio 101), aunque la mayoría de los meses el saldo era nulo. Es a partir del último contrato, el más extenso en el tiempo, cuando se empiezan a descontar cifras que rondan los 5.000 €, lo que determina la reacción de los clientes y su voluntad de resolver, frente a la que se esgrime que en aplicación de la cláusula segunda el coste de tal resolución superaría los 55.000 €. Como ha dicho la SAP León, Secc. 2ª, de 22 de junio de 2010, no puede oponerse el óbice de no manifestar la disconformidad cuando el contrato le favorece, puesto que es precisamente a partir de las liquidaciones negativas cuando se percata de sus gravosas consecuencias.

Nadie había advertido al cliente, como éste insiste y los testimonios de los demás intervinientes no logran desmentir, que la resolución del contrato pudiera ser tan costosa. El "Aviso Importante" destacado en negrilla al final del contrato sólo advierte del coste en caso de variación de tipos, no del importe a abonar si se pretendía desistir del contrato. El RD 629/1993, de 3 de mayo, que desarrollaba la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ambos vigentes al suscribirse el último contrato, establecía en su art. 5.3 de su anexo I la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, y en particular, "hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva", énfasis que la prueba no revela se hubiera atendido al menos en lo que a la resolución se refiere.

El coste de la resolución es además desproporcionado, porque en definitiva el incremento que podría haber padecido de haberse afrontado una eventual subida de tipos, que desde luego no se produjo, hubiera sido netamente inferior al que acarrea la resolución voluntaria del contrato litigioso. Dice al respecto la STS de 30 de diciembre de 2009, RJ 2010/409, que "también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido". Precisamente en relación al coste del desistimiento unilateral de un contrato de permuta de interés la SAP Cáceres, Secc. 1ª, de 18 de

junio de 2010, AC 2010\1070, estima la pretensión de un cliente que entiende confusa, oscura y desproporcionada las consecuencias de su voluntad de apartarse del contrato. Y la SAP Burgos, Secc. 3ª, de 10 de noviembre de 2010, luego reiterada por otra de 3 de diciembre de 2010, critica la falta de información que supone el desconocimiento del cliente de que la cancelación suponía el abono de todo el coste hasta el vencimiento del contrato.

En un contrato tan singular como el de autos, que el cliente no demandó y que el banco, con su insistencia, y haciendo tentadora la suscripción con la ampliación del crédito a conceder, era preciso aclarar qué consecuencias derivarían de una eventual resolución, ya que el costo de la misma es tan elevado. No hubo tal información, que ya criticábamos en el FJ 3º de la SAP Álava de 7 de abril de 2009, por lo que, como indica la STS de 5 mayo 2009 (RJ 2009\2907), se aprecia *"la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual"*.

Además cuestiona el banco que su conducta fuera determinante para la prestación del consentimiento contractual. Al respecto la sentencia de instancia valora la solvencia financiera del administrador social de las empresas demandantes y hoy recurrentes, y el hecho de que se hubiera pedido asesoramiento a quien habitualmente se lo prestaba. Sea cual fuere tal solvencia o el consejo facilitado, lo esencial en este caso es que el contrato se firma porque el banco ofrece una forma de evitar las consecuencias de una subida de tipos que da a entender se iba a producir, por su insistencia pese a las reticencias iniciales, y por la oferta de una ampliación de crédito que son, en definitiva, las que terminan por vencer sus reservas. Hay que ponderar que el banco que toma la iniciativa contractual había suscrito diversos contratos que suponían concesión de crédito a las empresas que lo han demandado. En esa tesitura, la iniciativa contractual que adopta, la insistencia en la contratación y la forma en que se da a entender que será ventajoso por el cliente, logran persuadirlo cuando, pese a sus reservas, se le amplía el crédito. Fue tal conducta del banco la determinante de la prestación del consentimiento, puesto que inicialmente no se mostraba por el cliente interés alguno en suscribir el contrato.

Finalmente no consta intervención de tercero ni empleo de dolo por los clientes del banco, que, al contrario, no temían por sus créditos ni por las variaciones del tipo de interés hasta que son prevenidos al respecto por el demandado, que por cierto yerra de manera flagrante —no hay prueba de que lo hiciera deliberadamente— al anunciar a sus clientes que la tendencia de los tipos era alcista.

Concurren, en definitiva, todos los requisitos exigidos en la norma y por la jurisprudencia para apreciar dolo en BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A., por lo que es innecesario analizar las peticiones restantes, alternativas a esta principal, razones que suponen la estimación del recurso y la nulidad del contrato suscrito y las consecuencias que se dirán, es decir, la estimación de la demanda en la instancia con la condena en costas que obliga el art. 394 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

QUINTO.- Las consecuencias de la nulidad

El art. 1.303 CCy dispone que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus

frutos, y el precio con los intereses. Esto supone la íntegra estimación de la pretensión que se incluía en el apartado o) de la solicitud de la demanda en la instancia, es decir, la retrocesión o devolución de las cantidades que han sido abonadas hasta ese momento y las que luego hayan tenido que atenderse.

Los demandantes, pese a la previsión del art. 1.306.2º CCv, que supone que cuando la causa torpe está de parte de un solo contratante éste no puede repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, pide que la cantidad que tiene que ser reintegrada se modere, no obstante, con las cantidades que se hubieran percibido en virtud de las liquidaciones practicadas a su favor. Razones de congruencia, derivadas del art. 218.1 LEC, obligan a atender su solicitud.

Respecto a los intereses reclamados, el legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad, se acomoda a lo previsto en el mencionado art. 1.303 CCv, por lo que se estima también esta pretensión.

SEXO.- Depósito para recurrir

Puesto que la Disposición Adicional 15ª.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), así lo dispone, deberá el apelante ser reintegrado del depósito que consignó para recurrir en apelación.

SÉPTIMO.- Costas

Conforme al art. 398.2 LEC no se hace condena de las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- **ESTIMAR** el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. _____ en nombre y representación de _____

_____ frente a la sentencia de 31 de marzo de 2009 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria en el procedimiento ordinario 1770/2009.

2.- **REVOCAR** la mencionada sentencia, y en su lugar, estimar la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. _____ en nombre y _____