



JDO. DE 1A INSTANCIA N. 1 BADAJOZ

NOTIFICADO
08 FEB. 2011

AVDA. DE COLÓN N° 8, TERCERA PLANTA

SENTENCIA: 00019/2011

N.I.G.: 06015 42 1 2010 0003377

Proced.: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000751/2010

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. ANTONIO FERNANDEZ-AREVALO ROMERO, ANTONIO FERNANDEZ-AREVALO ROMERO

Abogado/a Sr/a. JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ, JUAN LUIS PICADO DOMÍNGUEZ

Contra D/ña. BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A. (BANESTO)

Procurador/a Sr/a. HILARIO BUENO FELIPE

Abogado/a Sr/a. FELIX PASTOR ALFONSO

SENTENCIA N° 19/2011

En Badajoz, a 1 de febrero de 2011.

D^a. Raquel Rivas Hidalgo, Magistrada-Juez del Juzgado referenciado al margen, dicta la presente sentencia habiendo visto las actuaciones de este **Juicio Ordinario n° 751/2010** tramitado en ejercicio de acciones principales objetivamente acumuladas de nulidad absoluta de sendos contratos de permuta financiera y, subsidiariamente, de acciones de anulabilidad o resolución contractual en el que intervienen, como demandantes, D. _____ y D^a.

, ambos representados por el Procurador D. Antonio Fernández de Arévalo Romero y asistidos por el Letrado D. Juan Luis Picado Domínguez y, como demandada, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO), representada por el Procurador D. Hilario Bueno Felipe y asistido por el Letrado D. Félix Pastor Alfonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2010, el Procurador Sr. Fernández de Arévalo Romero, en nombre y representación de D. _____ y D^a.

interpuso Demanda de Juicio Ordinario frente a BANESTO. Tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictase sentencia por la que "A) Declare la nulidad, absoluta o de pleno derecho o, subsidiariamente, relativa o anulabilidad, tanto del CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE FECHA 30/03/2007 N° 0030 1597 473 000018076, como del CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA N° 0030 1597 473 0028308, de fecha 30/05/2008, vencimiento 20/05/2011 - "operación de permuta financiera de tipos de interés con techo y suelo parcial Collar KI en el Floor". B) De forma

declare las resoluciones de pleno derecho o cancelación de los mencionados contratos, lo que implica la resolución o cancelación anticipada de las operaciones de derivados, y, al mismo tiempo, formule estas declaraciones: PRIMERA.- Declare la nulidad de la CLÁUSULA SEGUNDA del CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA Nº 0030 1597 473 0028308, de fecha 30/05/2008, vencimiento 30/05/2011, - "operación de permuta financiera de tipos de interés con techo y suelo parcial Collar KI en el Floor". SEGUNDA.- Declare la improcedencia de pago alguno a BANESTO, por parte de DON Y DOÑA

, con motivo de la resolución o cancelación anticipada del contrato. C) Condene a la entidad financiera al reintegro a mis mandantes de la cantidad de SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA EUROS Y SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (7.460,73 €), así como de las cantidades que la entidad bancaria cobre durante la tramitación del procedimiento, como consecuencia del contrato, minoradas, en su caso, con las cantidades que mis representados pudieran eventualmente recibir de la entidad, en virtud del mismo contrato, condenando igualmente 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. D) Condene a la entidad financiera al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma y de los documentos presentados a la demandada, emplazándola para que, en veinte días, presentase escrito de contestación a la demanda.

Con fecha 18 de junio de 2010, el Procurador Sr. Bueno Felipe, en nombre y representación de BANESTO, presentó escrito de contestación a la demanda en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictase sentencia absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidas de contrario, con imposición de las costas a los demandantes solidariamente.

TERCERO.- Con fecha 5 de julio de 2010, se dictó diligencia de ordenación convocando a las partes a la audiencia previa que había de tener lugar el día 5 de octubre de 2010.

La audiencia se celebró en la fecha señalada. Tras comprobar la subsistencia del litigio y exhortar a las partes a que llegasen a un acuerdo, y no existiendo cuestiones procesales que resolver, se pasó a los trámites de alegaciones complementarias, pronunciamiento sobre los documentos y fijación de hechos admitidos y controvertidos. Seguidamente, los litigantes propusieron las pruebas que estimaron convenientes, admitiéndose aquellas que se consideraron pertinentes (todo ello con el resultado que consta en el acta y en el soporte audiovisual), señalándose como fecha para la

celebración del juicio el día 16 de noviembre de 2010 y dándose por terminado el acto.

CUARTO.- El juicio tuvo lugar en la fecha señalada. Tras practicarse las pruebas admitidas y no renunciadas, las partes formularon oralmente sus conclusiones (en los términos y con el resultado que obra en acta y en el soporte audiovisual), dándose por terminado el juicio.

QUINTO.- Por auto de esa misma fecha, se acordó, como diligencia final, la declaración testifical de D^a. Susana Álvarez López, señalándose para su práctica el 16 de diciembre de 2010.

La prueba se llevó a cabo en la fecha señalada. Tras presentar las partes sus respectivos escritos resumen de pruebas, pasaron los autos para sentencia con fecha 3 de enero de 2011.

SEXTO.- Se consideran acreditados los siguientes hechos: (1) con fecha 19 de marzo de 2007, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO), en calidad de acreedora, y los cónyuges D^a.
y D. I , casados

en régimen de separación de bienes, en calidad de deudores hipotecantes, concertaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un capital de 300.000 € cuya finalidad era la adquisición de un local comercial y otros gastos asociados a la operación, fijándose que, en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2007 y el 1 de abril del 2008, el préstamo devengaría un interés nominal anual del 4,75 % y que, a partir del 1 de abril del 2008, el tipo de interés nominal sería principalmente el EURIBOR A UN AÑO + 0,85 pactándose, asimismo, un tipo de referencia sustitutivo; (2) con fecha 22 de diciembre de 2007, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO), como prestamista, y los cónyuges D^a. Montserrat Boza González y D. Rafael Fernández Vegas, en calidad de prestatarios, concertaron una póliza de préstamo mercantil por un capital de 24.959 €, destinado a la adquisición de maquinaria y utillaje, con un interés del EURIBOR A 6 MESES + 0,67; (3) con fecha 22 de marzo de 2007, D^a.

y D. concertaron con BANESTO un contrato de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable nº 0030 1597 473 000018076 por un importe de 225.000 € con fecha de inicio el 30 de marzo de 2007 y fecha de vencimiento el 30 de marzo de 2010; (4) dicho contrato fue cancelado anticipadamente siendo la fecha de efectividad de la citada cancelación el 30 de mayo de 2008, fecha de inicio de la cobertura del nuevo contrato de permuta financiera concertado entre las mismas partes; (5) así, con fecha 13 de mayo de 2008, D^a.

y D. concertaron con BANESTO un contrato de permuta financiera de tipos de interés con

0028308 sobre un capital de 225.000 € y siendo la fecha de inicio de la efectividad el 30 de mayo de 2008 y la fecha de vencimiento el 30 de mayo de 2011; (6) en aplicación de dicho contrato, D^a. y D.

deberían pagar liquidaciones a BANESTO siempre que el EURIBOR 3 MESES se situase en el 3,85% o por encima de dicho tipo ascendiendo el importe de la liquidación al resultado de aplicar al capital del 225.000 €, el tipo resultante de la diferencia entre el 4,45 % [tipo floor aplicable] y el valor del EURIBOR 3 MESES, por el contrario BANESTO debería pagar liquidaciones a D^a. Montserrat Boza González y D. Rafael Fernández Vegas siempre que el EURIBOR 3 MESES se situase por encima del 4,95% ascendiendo el importe de la liquidación al resultado de aplicar al capital de 225.000 € el tipo resultante de la diferencia en el EURIBOR 3 MESES y 4,95%; (7) en aplicación del citado contrato, D^a.

y D. abonaron a BANESTO, hasta la fecha de presentación de la demanda, la cantidad de 7.460,73 € en concepto de liquidaciones mientras que BANESTO únicamente abonó a D^a. Montserrat Boza González y D. Rafael Fernández Vegas la cantidad de 7,96 €.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que hemos considerado acreditados han quedado probados por la valoración conjunta de las pruebas practicadas en el procedimiento con especial relevancia de la documental unida a las actuaciones.

SEGUNDO.- En este procedimiento la parte actora ejercita inicialmente una acción de nulidad absoluta o, subsidiariamente, de anulabilidad y, alternativamente, de resolución contractual o cancelación anticipada con declaración de nulidad de la cláusula segunda [que regula el vencimiento anticipado] de sendos contratos de permuta financiera concertados por los litigantes con fecha 22 de marzo de 2007 y 13 de mayo de 2008.

En primer lugar, la parte actora alega que D^a.

no firmó el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 no siendo de la Sra. Boza González la firma que aparece en las copias del mismo aportadas a los autos por lo que ha de entenderse que la citada demandante no consintió los términos del contrato y que el mismo sería inexistente para ella.

Asimismo, la parte actora alega como causas de la nulidad absoluta (1) ausencia de consentimiento, por error en el objeto del contrato al desconocer el cliente la operativa del mismo; (2) ausencia de causa; (2) ausencia de objeto por dolo; (4) indeterminación del objeto por cuanto que la validez y el cumplimiento del contrato queda al arbitrio de una de las

partes, BANESTO, al configurarse unilateralmente como agente de cálculo de los importes de las liquidaciones.

Los demandantes alegan como causas de anulabilidad (1) vicio del consentimiento prestado por error al desconocer los demandantes las características esenciales del contrato firmado; (2) vicio del consentimiento por dolo; y (3) falsedad de la causa.

Asimismo, fundan la acción resolutoria ejercitada (1) en el ejercicio de la facultad resolutoria reconocida en el contrato y (2) en el incumplimiento por parte de BANESTO de sus obligaciones de los deberes de información y asesoramiento al cliente así como de las exigencias de transparencia y claridad de los contratos.

La demandada BANESTO se opone a la pretensión ejercitada frente a ella alegando, esencialmente, (1) que, con independencia de que la firma estampada en el contrato de fecha 13 de mayo de 2008 fuera de la Sra. Boza González [ya que su esposo se llevó el contrato para recoger la firma de su cónyuge] lo que estaba claro es que la misma habría prestado su consentimiento tácito a la celebración del contrato al haber realizado pagos y recibido cobros; (2) que no resultaba de aplicación el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre ni la L 7/1998, de 13 de abril, ya que el matrimonio demandante no ostentaba la condición de consumidores al haberse realizado la suscripción de la operación en el ejercicio de su actividad empresarial; (3) que los demandantes prestaron su consentimiento con conocimiento de la naturaleza de la operación como lo demostraría que, en el mismo contrato, de forma resaltada, se indicaba el riesgo de la operación; (4) que los demandantes no tendrían legitimación para plantear acción de nulidad absoluta o de anulabilidad en relación al contrato de permuta financiera de fecha 20 de marzo de 2007 ya que dicho contrato no existiría en la actualidad al haber sido cancelado por las partes de mutuo acuerdo con fecha 13 de mayo de 2008 resultando, además, que la acción de anulabilidad habría caducado por transcurso del plazo de 4 años previsto en el art. 1301 CC; (5) que los contratos celebrados eran perfectamente válidos al existir consentimiento, objeto y causa sin que existiese indeterminación alguna del objeto ni quedase el mismo al arbitrio de BANESTO; (6) que no concurría causa alguna de anulabilidad ya que ni existían vicios del consentimiento ni los mismos eran acreditados por la parte actora resultando, además, que BANESTO habría dado cumplimiento a las previsiones de la Ley del Mercado de Valores en cuanto a su deber de información sin que, además la normativa MIFID resultase aplicable al contrato de 13 de mayo de 2008 puesto que dicho contrato es una modificación del anterior de fecha 2007; y (7) que no procedía ni la resolución contractual -al haber cumplido BANESTO las obligaciones que le

imponía el contrato- ni la cancelación anticipada del contrato al no concurrir los supuestos de hecho previstos en el mismo.

TERCERO.- Debemos comenzar haciendo referencia a la doctrina de la ineficacia, en sentido amplio, de los negocios jurídicos dentro de la cual se incluyen las categorías de invalidez (provocada por causas intrínsecas al negocio) e ineficacia en sentido estricto (originada por causas extrínsecas).

Dentro de la categoría de invalidez debemos distinguir entre inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad (o nulidad relativa). La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto distinto al implicar la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma, si es un negocio solemne). La nulidad absoluta implica (art. 6.3 CC) la contravención de una norma imperativa o prohibitiva. Tanto la inexistencia como la nulidad absoluta son definitivas, insanables, apreciables de oficio y producen efectos "erga omnes". La anulabilidad se produce cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo (falta de capacidad de obrar o vicio del consentimiento), y hasta que el negocio sea anulado produce todos sus efectos teniendo, además, un plazo de caducidad determinado (4 años).

Por otra parte, dentro de la categoría de ineficacia en sentido estricto encontramos distintas figuras jurídicas tales como la revocación (posibilidad de eliminar los efectos de un negocio jurídico por la voluntad unilateral del sujeto o de uno de los sujetos del mismo, que sólo es admitida, dentro de los negocios *inter vivos*, para el mandato y la donación -sólo en los supuestos expresamente señalados-), la rescisión (recurso extraordinario concedido por el Ordenamiento Jurídico para evitar las consecuencias injustas de un negocio jurídico válidamente celebrado), la resolución (ineficacia sobrevinida con efecto retroactivo que tiene su origen bien en una condición resolutoria bien en el incumplimiento de una obligación en el contrato bilateral -arts. 1124 CC-) o la condición suspensiva, término, *conditio iuris* (que implican la ineficacia del negocio hasta que no se den las condiciones o llegue el término inicial).

En lo que se refiere concretamente a la anulabilidad aparece definida jurídicamente en el art. 1.300 CC al establecer que "Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley".

Las causas de pueden determinar la anulabilidad son la falta de capacidad de obrar (siempre que aquélla no sea una ausencia tal de capacidad que no llegue a producirse declaración de voluntad supuesto en el cual el negocio sería

inexistente) y la existencia de un vicio en la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación).

Respecto a la voluntad hemos de señalar que la misma se presume consciente y libre, presunción "iuris tantum" mientras no se pruebe la existencia del vicio, lo que supone una aplicación a esta materia del principio general de conservación de los negocios jurídicos que implica, en el mismo sentido, que todo negocio se presume que existe y es válido mientras no se demuestre la contrario.

El "error" puede implicar una ausencia de consentimiento y, por tanto, un contrato inexistente pero eso sólo ocurre en los supuestos de error obstativo, es decir, cuando existe un desacuerdo inconsciente entre la voluntad y la declaración como, por ejemplo, cuando se firma un documento en lugar de otro que era el que, en realidad, se quería firmar.

El error-viceo (diferente como hemos visto del error-obstativo) produce la formación de la voluntad sobre la base de una creencia inexacta que puede ser tanto un conocimiento equivocado (error) como una falta de conocimiento (ignorancia) y para que pueda ser considerado como un vicio de la voluntad y conllevar la anulación de un negocio válidamente celebrado debe reunir dos requisitos: (1) que sea esencial en el sentido de resultar determinante o causa principal de la declaración de voluntad -art. 1.266 CC- y (2) que sea excusable porque no hubiese podido ser evitado empleando una diligencia media y regular.

Por otra parte, el dolo es el error provocado por la actuación intencionada de una tercera persona y viene definido en el art. 1269 CC al establecer que "*Hay dolo cuando, 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*" indicando, asimismo, el art. 1.270 CC que "*Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*" de lo que se desprende que, para provocar la anulabilidad del negocio jurídico, el dolo ha de ser determinante de la declaración de voluntad, es decir, que ésta no se hubiera emitido de no concurrir el dolo.

CUARTO.- Uno de los motivos alegados por la parte demandante se centra en que la Sra. no firmó el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 (docs. 6 y 6 bis de la demanda unidos en carpeta separada) no siendo de la misma la firma que aparece en las copias aportadas a los autos por lo que habría de entenderse que la citada demandante no consintió los términos del contrato y que el mismo sería inexistente para ella.

BANESTO alega que, con independencia de que la firma estampada en el citado contrato fuera o no de la Sra.

[ya que su esposo se llevó el contrato para recoger en el mismo la firma de su cónyuge], lo que estaba claro es que la Sra. habría prestado su consentimiento tácito a la celebración del contrato al haber realizado pagos y recibido cobros.

Respeto a dicha cuestión debemos indicar, en primer lugar, que, en su escrito de demanda, la parte actora impugnó la autenticidad de la firma atribuida a la Sra. Boza González en el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 (docs. 6 y 6 bis de la demanda unidos en carpeta separada) por lo que, en principio, correspondería a la parte contraria proponer las pruebas tendentes a acreditar la autenticidad de dicha firma, carga de la prueba que no ha sido enervada.

En cualquier caso no puede olvidarse que la constancia de la firma de una persona en un determinado contrato no es más que la forma usual de manifestación y acreditación de la concurrencia del consentimiento del firmante, consentimiento que es uno de los elementos necesarios para la existencia de un contrato.

Sin embargo, el hecho de que no conste la firma de una determinada persona en un contrato no quiere decir que la misma no haya prestado su consentimiento ya que el mismo puede haberse emitido y exteriorizarse por otras vías tales como, por ejemplo, el propio comportamiento del contratante frente al contrario al adaptar su conducta a los derechos y obligaciones surgidos de un citado contrato lo que, con independencia, de la concreta firma de un documento, puede ser considerado como clara exteriorización del consentimiento.

En este sentido, la STS 4078/2006, de fecha 5 de julio de 2006, dice que el consentimiento tácito viene siendo admitido *"por la jurisprudencia cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna"*.

La STS 6494/2007 de fecha 9 de octubre de 2007 dice que *"esta Sala tiene declarado que el silencio por parte de los titulares de las cuentas bancarias frente a los extractos remitidos regularmente por el banco puede implicar, si no la expresión de una voluntad negocial dispositiva o de fijación, una prestación tácita de conformidad de naturaleza confesoria en cuanto a la autorización de las operaciones reflejadas"*

sometida a la apreciación probatoria mediante las reglas de la sana crítica (STS de 24 de marzo de 2006)".

No ha de olvidarse, por otra parte, que puede considerarse como algo relativamente habitual en el tráfico jurídico en los casos de suscripción de contratos de seguros, contratos bancarios,... que los empleados de las agencias de seguros y de las entidades bancarias, con la finalidad de facilitar a los clientes la firma de los contratos sin necesidad de desplazarse frecuentemente a las oficinas, hagan entrega de los citados contratos a uno de los titulares para permitir que el otro u otros pueda estampar su firma en su domicilio o lugar de trabajo con el menor trastorno posible.

Así, precisamente en este supuesto concreto, la demandada BANESTO afirma que fue eso precisamente lo que ocurrió y que se hizo entrega al codemandado Sr. [redacted] del contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 para que éste fuese firmado por su esposa resultando que el codemandado entregó en la oficina bancaria el contrato con ambas firmas estampadas desconociendo BANESTO si esa firma fue plasmada efectivamente por la Sra. Boza González o por otra persona del ámbito de confianza del Sr. Fernández Vegas toda vez que fue él quien se llevó el contrato.

A la vista de las diferentes versiones de los hechos sustentadas por las partes tanto en sus respectivos escritos de demanda y contestación como en las distintas declaraciones vertidas en el procedimiento no es posible llegar a esclarecer como sucedieron realmente los hechos, sin embargo, respecto a dicha concreta cuestión sí podemos hacer las siguientes precisiones: (1) el hecho de que la copia del contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 aportada como doc. 6 de la demanda carezca de las firmas de los representantes de BANESTO y, por el contrario, que las mismas aparezcan estampadas en la copia del contrato aportado como doc. 6 bis) se trata de una simple irregularidad formal carente de relevancia a los efectos de este procedimiento desde el momento en que, tratándose la citada copia de aquella que se hallaba en poder de la demandada BANESTO y, por tanto, dentro de su ámbito de actuación, resulta entendible que, por una parte, exigiesen la firma de la contraparte en el contrato y que, por otra, descuidasen u omitiesen inicialmente rubricar ellos mismos el contrato, defecto que fue subsanado cuando se percataron de la citada circunstancia; (2) la Sra. Fernández Boza reconoció su firma en el contrato de permuta financiera inicial de fecha 22 de marzo de 2007 [doc. 3 de la contestación a la demanda, folios 263 a 272 de los autos] pero, por el contrario, manifestó que no era suya la firma que obraba ni en la orden de cancelación de la citada permuta [doc. 5 de la demanda, en carpeta separada] ni en las copias de los contratos de permuta financiera de fecha 13 de mayo de [redacted] de la demanda en carpeta separada; (3)

si se examinan las firmas atribuidas a la Sra. Fernández Boza en la orden de cancelación y en el contrato de 13 de mayo de 2008 puede comprobarse que las mismas son absolutamente similares y que la composición de las rúbricas de los cónyuges demandantes es similar en ambos documentos lo que es indicativo de que la cancelación de la permuta inicial y la firma de la nueva se hicieron en el mismo acto [como resulta lógico por otra parte, a la vista del desarrollo temporal de los hechos reconocidos por ambas partes]; (4) sin embargo, mientras que en la demanda no se discute la validez de la firma de la Sra.

en la cancelación del inicial contrato de permuta, por el contrario, sí se impugna su autenticidad en el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008, actuación que resulta contradictoria; (5) así, del desarrollo causal de los hechos se desprende que, si la Sra.

conoció y consintió -de forma genérica y sin entrar a valorar, en este momento, posibles vicios del consentimiento- tanto la celebración como la cancelación del contrato de permuta de fecha 22 de marzo de 2007, también debió conocer y consentir en los mismos términos el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 máxime teniendo en cuenta que el mismo tenía una naturaleza idéntica al contrato previamente celebrado y la cancelación del mismo venía motivada precisamente por la celebración del nuevo contrato hasta el punto de que, en la propia orden de cancelación [respecto a la cual, reiteramos, los actores no hacen manifestación alguna en su demanda respecto a la autenticidad de la firma de la Sra. Fernández Boza] se hace constar, como fecha de efectividad de la cancelación anticipada, la "fecha de inicio de la nueva cobertura" lo que es indicativo de que ambos negocios estaban vinculados y que D^a. Montserrat no puede pretender conocer y aceptar uno de ellos y negar haber prestado su consentimiento -aún cuando fuera tácito- al otro negocio; (6) asimismo, si examinamos los detalles de los avisos de liquidación acompañados como doc. 4 de la contestación a la demanda, folios 272 y ss. de los autos, llegamos a la conclusión de que la Sra.

conoció y consintió -sin entrar, reiteramos, en la posible existencia de vicios del consentimiento- la celebración del contrato de permuta de 13 de mayo de 2008 toda vez que, de las citadas liquidaciones, que se efectuaban en una cuenta titularidad conjunta de los cónyuges, se hacía referencia a la existencia del contrato litigioso y a los datos esenciales de la liquidación, sin que pueda confundirse los extractos de movimientos que se acompañan como docs. 46, 47 y 48 de los autos [que pueden dar lugar a equívocos acerca de la naturaleza de los movimientos reflejados] con los extractos de liquidaciones de diferentes operaciones financieras en los que se informa a los clientes de los diferentes detalles de las citadas liquidaciones y frente a las cuales no puede oponerse, tras la recepción reiterada de las mismas, que el cliente no consintió de forma efectiva la celebración de los contratos en los que tienen origen las citadas liquidaciones.

Las razones expuestas nos llevan a entender, en conclusión, que, con independencia de que la firma que obra en el contrato de permuta financiera de fecha 13 de mayo de 2008 (docs. 6 y 6 bis de la demanda unidos en carpeta separada) pueda no ser la de la Sra. , la misma conoció y consintió inicialmente la contratación del citado producto.

QUINTO.- Los contratos de permuta financiera o swap de tipos de interés concertados por los aquí litigantes, con fecha 22 de marzo de 2007 y 13 de mayo de 2008, y en relación a los cuales se plantean en este procedimientos diversas pretensiones de ineficacia pueden definirse brevemente, como aquellos contratos en los que dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos.

La reciente SAP Cáceres, Sección 1ª, de 18-6-2010 estudia este tipo de contratos pronunciándose en el siguiente sentido de que el swap de tipos de interés "...viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente 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. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable". En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19 regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica. Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, 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

recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) 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. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocial, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor. Debe señalarse, 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 tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 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 sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. 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".

Como ya hemos reseñado con anterioridad, en relación a los contratos concertados por los aquí litigantes, con fecha 22 de marzo de 2007 y 13 de mayo de 2008, la parte actora alega, como causas de la nulidad absoluta pretendida, las siguientes: (1) ausencia de consentimiento, por error en el objeto del contrato al desconocer el cliente la operativa del mismo; (2) ausencia de causa; (2) ausencia de objeto por dolo; (4) indeterminación del objeto por cuanto que la validez y el cumplimiento del contrato queda al arbitrio de una de las partes, BANESTO, al configurarse unilateralmente como agente de cálculo de los importes de las liquidaciones.



A este respecto debemos hacer las siguientes precisiones en aplicación de la teoría de la ineficacia de los negocios jurídicos brevemente expuesta en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución: (1) la ausencia de consentimiento, objeto o causa en un contrato no sería causa de nulidad absoluta sino de inexistencia contractual; (2) los contratos de swap firmados por los litigantes no son inexistentes ya que en los mismos concurren los elementos exigidos por el art. 1261 CC, esto es, tanto el consentimiento de las partes -aún cuando en el mismo pudiera existir algún vicio- como el objeto -adecuadamente determinado- y la causa tal como se desprende de la propia definición de los contratos concertados entre los litigantes y del específico contenido de los mismos en los términos expuestos en el Antecedente de Hecho Sexto de esta resolución; (3) el "error" sólo implica la ausencia de consentimiento y, por tanto, la inexistencia del contrato en los supuestos de error obstativo, es decir, cuando existe un desacuerdo inconsciente entre la voluntad y la declaración, supuesto que no concurre en el presente caso, resultando que el error-vicio sería una causa de anulabilidad pero no de inexistencia o nulidad contractual; (4) la concurrencia de dolo no determinaría una ausencia de objeto y, por tanto, una eventual inexistencia sino que supone un vicio del consentimiento que, en caso de concurrir los requisitos fijados legalmente, sería una causa de anulabilidad; (5) los contratos firmados no incumplen el art. 1256 CC ya que ni la validez ni el cumplimiento de los mismos queda al arbitrio de los contratantes y ello con independencia de que se atribuya a una de las partes la facultad de calcular las liquidaciones toda vez que las bases para el cálculo de las mismas -a pesar de su dificultad de comprensión- se derivan del contrato y nada impide al otro litigante comprobar la corrección de la liquidación estableciendo, asimismo el art. 1273 CC que "*La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*".

Por otra parte, los demandantes instan la nulidad absoluta de los contratos firmados pero la citada causa de invalidez sólo concurriría en aquellos supuestos en que los citados negocios jurídicos fuesen en sí mismos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva de conformidad con lo previsto en el art. 6.3 CC al establecer que "*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

Lo primero que debe indicarse, al respecto, es que, entre la normativa citada en la demanda resulta muy dificultoso encontrar la concreta norma imperativa o prohibitiva en que la parte actora pretende fundar su pretensión de nulidad de los

acordar la citada nulidad ni siquiera bastaría la disconformidad con la norma o el incumplimiento de la misma sino que sería precisa la contradicción directa de conformidad con el tenor literal del art. 6.3 CC.

La parte demandante hace referencia al art. 1 de la L 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, alegando que una serie de estipulaciones en los contratos deberían considerarse nulas en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1 de la citada norma en relación con el art. 74.2 del RD 217/2008, de 15 de febrero y del art. 79 bis) aptdo. 3 de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores.

A este respecto debemos tener en cuenta que, si bien el art. 74.2 del RD 217/2008 puede ser considerado una norma prohibitiva, y aún cuando parece bastante claro que BANESTO incumplió el deber de obtención de información previsto en los arts. 6 y 7 del art. 79 bis) de la Ley 24/1998, sin embargo, dicha infracción no puede elevarse al grado de "incitación" previsto en el ya citado art. 74.2 RD 217/2008.

Por otra parte, aún cuando los demandantes consideran de aplicación al presente caso la legislación de protección de consumidores (véase, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, respecto al contrato de fecha con fecha 19 de marzo de 2007, o el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, respecto al contrato de 13 de mayo de 2008) lo cierto es que dicha normativa no resulta aplicable al supuesto litigioso desde el momento en que los contratos discutidos fueron concertados por los demandantes, no en su calidad de consumidores, sino en el ámbito del ejercicio empresarial de Sra. que firmó tanto el préstamo hipotecario de 300.000 € como el posterior préstamo personal de 24.959 con la finalidad de destinarlos a la adquisición de un local comercial y de la maquinaria necesaria para el mismo, resultando que los contratos de swap litigiosos estaban vinculados con las citadas operaciones crediticias y fueron contratados por los demandantes con la intención de tener una cobertura frente a eventuales fluctuaciones de intereses de los mercados financieros.

A la vista de lo anterior entendemos que no ha quedado acreditado que los contratos en su totalidad infrinjan alguna norma imperativa o prohibitiva de nuestro Ordenamiento Jurídico y, por tanto, que concurra en ellos una causa de nulidad absoluta conforme al art. 6.3 CC.

Los demandantes también alegan, como causas de anulabilidad, (1) vicio del consentimiento prestado por error al desconocer los demandantes las características esenciales del contrato firmado; (2) vicio del consentimiento por dolo; y

Respecto a la concurrencia y aplicabilidad al presente caso de las citadas causas de anulabilidad debemos partir de no habría caducado la citada acción ni siquiera respecto al contrato inicialmente suscrito al no haber transcurrido el plazo de cuatro años, previsto en el art. 1301 CC ,entre el 22 de marzo de 2007 -fecha de la firma del contrato- y el 4 de mayo de 2010 -fecha de presentación de la demanda-.

Por otra parte, el citado contrato de permuta financiera de 22 de marzo de 2007 fue cancelado anticipadamente en mayo de 2008 por lo que actualmente el mismo no existe ni produce ningún efecto valorándose que, hallándose extinguido dicho contrato a la fecha de presentación de la demanda, los demandantes carecen de legitimación tanto para instar la acción de anulabilidad como de resolución o "cancelación" del mismo toda vez que pretenden que se prive de validez a un negocio jurídico que ha dejado de existir.

Asimismo, aún cuando tanto la inexistencia como la nulidad absoluta son definitivas, insanables, apreciables de oficio y producen efectos "erga omnes" por lo que podría entenderse que los demandantes tendrían legitimación para entablar una acción de inexistencia o nulidad absoluta, incluso respecto al contrato inicial a pesar de estar extinguido, sin embargo la anulabilidad sólo implica la existencia de un vicio o defecto que incluso puede ser susceptible de subsanación por lo que puede entenderse que, dado que los demandantes no impugnan en este procedimiento la validez de su consentimiento en la orden de cancelación del contrato de permuta financiera de 22 de marzo de 2007, dicho consentimiento válidamente emitido vendría a suponer la confirmación o ratificación del emitido en el citado contrato, valorándose, por tanto, por lo ya expuesto, que no procedería declarar la anulabilidad del contrato de fecha 22 de marzo de 2007.

Respecto a la concurrencia de la causa de anulabilidad consistente en el vicio del consentimiento por error respecto al contrato de permuta de financiera de fecha 13 de mayo de 2008 podemos hacer las siguientes precisiones: (1) los demandantes han alegado que por parte de la demandada se les ofreció una información deficiente de la permuta financiera que iban a contratar manifestándoles únicamente que era un seguro que les protegía frente a las subidas de intereses; (2) a la fecha de la celebración del citado contrato resultaban de aplicación al mismo los deberes de transparencia, diligencia e información consagrados en los arts. 78 a 79 bis) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio del Mercado de Valores y en los arts. 60 y ss. del RD 217/2008, de 15 de febrero; (3) BANESTO no cumplió las previsiones establecidas en la citada normativa ya que, no sólo no les realizó los preceptivos test o exámenes de idoneidad, sino que no ha demostrado, mediante prueba objetiva

alguna -al margen de la declaración testifical de sus empleados que, por su relación de vinculación, no pueden considerarse pruebas bastantes al respecto- haber informado adecuadamente a los demandantes de la naturaleza del producto contratado; (4) la escasa comprensión por parte de los actores de la naturaleza de este producto financiero se demuestra en el hecho de que, cuando concertaron el contrato inicial, con fecha 22 de marzo de 2007, en la deuda hipotecaria, que era la que, dada su cuantía de 300.000 €, les suponía un coste mayor, tenían fijado un interés nominal anual del 4,75 % hasta el 1 de abril del 2008, por lo que, al menos durante ese primer año, carecía de sentido firmar un contrato de permuta financiera ya que la finalidad que evitar las fluctuaciones de los tipos ya estaba conseguida por las propias cláusulas pactadas en el préstamo hipotecario firmado; (5) el hecho de que en el contrato se hiciera regencia a los posibles riesgos, no implica que los demandantes -que sólo pueden ser considerados clientes minoristas y en ningún caso profesionales- conociesen y consintiesen adecuadamente los mismos como se desprende de la propia lectura de las condiciones particulares del contrato que resultan de difícil comprensión para cualquier persona no experta en la materia.

Las razones expuestas nos llevan a entender, en conclusión, que procede anular el contrato de permuta financiera de tipos de interés concertado por las partes con fecha 13 de mayo de 2008 por entender que el consentimiento prestados por los demandantes vino provocado por un error esencial y excusable acerca de la naturaleza y efectos del contrato que estaban concertando, declaración que conlleva la devolución de las prestaciones y, concretamente, la condena de la demandada a abonar la cantidad de 7.452,77 € (7.460,73 € - 7,96 €) así como de aquellas cantidades que BANESTO haya cobrado durante la tramitación del procedimiento, como consecuencia del contrato, minoradas, en su caso, con las cantidades que los demandantes pudieran haber percibido de la entidad en virtud del mismo contrato.

La estimación de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento respecto al contrato de fecha 13 de mayo de 2008 hace innecesario entrar a valorar las demás pretensiones planteadas de forma alternativa respecto a dicho contrato.

SEXTO.- Respecto a los intereses solicitados y dado la naturaleza de la acción estimada (de anulabilidad y no de nulidad absoluta) únicamente son procedentes los intereses del art. 576 LEC respecto a los cuales no es preciso hacer pronunciamiento en el fallo de esta resolución ya que se entienden impuestos de forma automática por ministerio de ley.

SÉPTIMO.- En aplicación de lo previsto en el art. 394.2 LEC, al haberse producido una estimación parcial de la demanda no ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas por

lo que cada parte abonará las causas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fernández de Arévalo Romero, en nombre y representación de D. _____ y D^a.

_____, frente a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO), representada por el Procurador Sr. Bueno Felipe:

1.- Acuerdo la ANULACIÓN del CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA N° 0030 1597 473 0028308, de fecha 30/05/2008, vencimiento 20/05/2011 - "operación de permuta financiera de tipos de interés con techo y suelo parcial Collar KI en el Floor"- concertado entre D. _____ D^a. _____ y BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO).

2.- Condono a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO) a reintegrar a D. Rafael Fernández Vegas y D^a. Montserrat Boza González la cantidad de **SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (7.452,77 €)** así como aquellas cantidades que BANESTO haya cobrado durante la tramitación del procedimiento, como consecuencia del contrato, minoradas, en su caso, con las cantidades que D. _____ y D^a. _____ pudieran eventualmente recibir de la entidad, en virtud del mismo contrato.

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra esta sentencia puede interponerse Recurso de Apelación que se preparará ante este mismo Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación informando a los litigantes que no se admitirá dicho Recurso si, al prepararlo, no han procedido a la consignación de un depósito de cincuenta euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Lo mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior resolución en el día de la fecha por la Sra. Magistrada-Juez que la dictó,