

Roj: SAP O 585/2011  
Id Cendoj: 33044370012011100098  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Oviedo  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 27/2011  
Nº de Resolución: 185/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: GUILLERMO SACRISTAN REPRESA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RESOLUCION CONTRATOS

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00185/2011**

**S E N T E N C I A núm. 185/11**

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. José Ignacio Álvarez Sánchez

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a cuatro de Abril de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 291 /2010, procedentes del JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.7 de AVILES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 27 /2011, en los que aparece como parte apelante, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D. Serafin , asistido por el Letrado D. RAFAEL SOMOANO OJANGUREN, y como parte apelada D. Adrian D. Efrain y D. S.L. , representados por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> MARIA DE LA O ALONSO CIENFUEGOS, asistida por el Letrada D. Carlos NOGÉS MEDIAVILLA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Aviles dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 4 de Octubre de 2010 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por S.L. contra BANESTO S.A., por lo que: 1.- Se declara la nulidad del contrato de suscripción 1) contrato denominado " La operación" por importe de 450.000 de euros, suscrito con S.L., en fecha de 23 de febrero de 2007, comenzando el inicio del producto el 28 de febrero de 2007 y venciendo el 28 de febrero de 2010, y

liquidado supuestamente el día 9 de mayo de 2008 ( documento nº 2 de la demandada); 2) contrato denominado " la Operación" por importe de 450.000 suscrito con la misma entidad, en fecha 9 de mayo de 2008, con fecha de inicio del producto el 30 de mayo de 2008 y finalización el 30 de mayo de 2011, y con un resultado de liquidación a favor del banco a la fecha de la demanda que se adeuda de 15608,71 euros( documento nº 4). Segundo- Se condena a pagar a la actora la cantidad de 14495,01 euros, resultante de la liquidación y restitución recíproca de las cantidades adeudadas y abonos realizados hasta la echa de la demanda, e intereses del cc. Tercero- No ha lugar a costas. Se desestima la pretensión de Adrian Y Efrain sin imposición de costas.

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de Marzo de 2011, quedando los autos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La sentencia que impugna la entidad demandada, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, estima la demanda de la mercantil SL, previa declaración de la falta de legitimación activa de las dos personas físicas socios de la entidad que accionaban conjuntamente con ella, y declara la nulidad de dos contratos suscritos entre los litigantes, con la denominación "La Operación" en fechas 23 de febrero de 2007 y 9 de mayo de 2008 y como consecuencia de ello condena a la entidad bancaria a pagar 15.608#71 # resultante de la restitución recíproca de las cantidades adeudadas y abonos realizados hasta la presentación de la demanda.

Son motivos de la impugnación: en primer lugar, desde el punto de vista formal, el defecto legal en el modo de proponer la demanda; y en cuanto al fondo, error en la valoración de la prueba y en la aplicación de las normas y jurisprudencia habida hasta el momento sobre este tipo de operaciones financieras; por último, también solicita la imposición de las costas causadas por el ejercicio de la acción por las dos personas físicas cuya falta de legitimación se aprecia.

**SEGUNDO.-** El primero de los alegatos del recurso se asienta en que en el suplico de la demanda nada se dice sobre lo que se acuerda como primer pronunciamiento en la sentencia, que es la nulidad de las relaciones contractuales a que se refiere la reclamación, excepción ésta alegada al contestar a la demanda, y que la sentencia -se dice- resuelve brevemente y además diciendo que "dicha alegación es extemporánea".

Cierto que en el fundamento de derecho cuarto aparece esta expresión, si bien al mismo tiempo debe reconocerse que a renglón seguido dice que "en el suplico se pide en negrita la nulidad de los contratos, y así se deduce de la fundamentación jurídica" como explicación definitiva. En el encabezamiento de la demanda, tras la identificación de los actores, e inmediatamente antes de hacer lo mismo con la entidad demandada, dice: "formula demanda de procedimiento ordinario declarativo de nulidad de contrato"; en el hecho décimo insiste: "viene a solicitar la nulidad del contrato sobre operaciones financieras firmadas por las partes y la restitución patrimonial de las cantidades satisfechas por mis representados"; dentro de los fundamentos de derecho, en el apartado VI, cita y recoge literalmente los *arts. 1265 y 1266 del Código Civil* , ambos acerca de nulidad del consentimiento y error invalidante del mismo; por fin, en el suplico se contienen las siguientes palabras: "tenga por interpuesta demanda en procedimiento ordinario declarativo de nulidad y consiguientemente restitución patrimonial a la situación inicial de mis representados". La respuesta a esta primera alegación es tan obvia, que el propio Letrado de la entidad bancaria al contestar dice en el hecho primero, párrafo segundo: "una operación de **permuta financiera** de tipos de interés con tipo fijo creciente (similar a la que ahora resulta impugnada, alegando su nulidad)". Pues efectivamente la nulidad de los contratos es alegada, la acción que se ejercita es la de nulidad y lo que se pretende, como única lógica posible es dicha nulidad con la vuelta a la situación anterior a la firma de ambos contrato, lo que supone el pago por la mercantil demandada de determinadas cantidades a los actores, tras la correspondiente liquidación.

No hay defecto legal en el modo de proponer la demanda.

**TERCERO.-** La cuestión de fondo, pese a esa sencillez y absoluta comprensibilidad de las operaciones que predica el apelante, exige una previa explicación de los contratos firmados.

La denominación en el papel es "contrato sobre operaciones financieras" en el primero que lleva fecha de inicio el 28 de febrero de 2.007 y de vencimiento el 28 de febrero de 2.010, y "operaciones de **permuta financiera** de tipos de interés", en el segundo con fecha de inicio el 30 de mayo de 2.008 y de vencimiento el 30 de mayo de 2.011 (folios 27 y 38), lo que significa que se firma el segundo exactamente a los quince meses de la firma del primero, y veintiún meses antes del vencimiento previsto. Las condiciones particulares comienzan con la siguiente concreción, idéntica en ambos: "Mediante la siguiente Operación, el Banco y el Cliente acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos de interés sobre su Importe Nominal y durante el periodo de duración pactado para la Operación, todo ello con las condiciones señaladas más adelante". También en ambos se recoge a continuación lo siguiente: "Los términos contenidos en las presentes Condiciones Particulares y en las Condiciones Generales que no estén expresamente definidos en ambos documentos se interpretarán de acuerdo con las definiciones incluidas en el Contrato Marco de Operaciones Financieras #CMOF# elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) y protocolizado en acta autorizada por el Notario de Madrid Don Vicente Moreno-Torres Camy con fecha 5 de febrero de 1997, número 206 de su Protocolo. En aquellos casos no contemplados en dicho Contrato marco, se aplicarán las definiciones "2000 ISDA Definitios", elaboradas por la Internacional Swap Dealers Association". Ello supone que si el contrato fuera directamente inteligible para cualquier ciudadano medio, esta doble remisión a documentos que no se contienen en lo que se firma arrojaría ya manifiestos desconocimientos sobre su contenido. A partir de aquí, las condiciones pactadas son diversas: en el primero, el firmado en febrero de 2007, el tipo de operación es de "**Permuta Financiera** de Tipos de Interés con Tipo Fijo Creciente", mientras el firmado en mayo de 2.008 es de "**Permuta Financiera** de Tipos de Interés con Techo y Suelo Parcial (Collar K1 en el Floor)". En el primero se establece que el "Pagador de Importes Fijos es el Cliente", y el "Tipo Fijo Aplicable es para el Periodo de Cálculo 1, el 3#85%; para el 2, el 4#05 %; para el 3, el 4#15%; para 4, el 4#35%; para los Periodos de Cálculo 5. 6, 7 y 8, el 4#45%; y para los 9, 10, 11 y 12, el 4#55%", fijándose trimestralmente desde la fecha de Inicio hasta la fecha de Vencimiento. En el segundo, por el contrario, si bien los periodos de cálculo mantienen la periodicidad trimestral, se establece que el "Pagador de Importes Variables I es el Cliente", y que el Tipo Floor aplicable para todos los periodos es el 4#45%, y la Barrera de Entrada del Tipo Floor aplicable es el 3#85%. "El Pagador de Importes Variables II es Banesto", y el "Tipo aplicable para todos los periodos es el 4#95%".

Tratándose de un contrato de los denominados "swap" (sustantivo inglés que significa "intercambio"), si bien no es posible dar una definición única y cerrada debido a las modalidades existentes, puede decirse que 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, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente mediante compensación tales intercambios, resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o un saldo acreedor" (con palabras de la sentencia de la Sección 5ª de esta misma Audiencia, de fecha 27-1-2010 ). En otros términos, también suele señalarse que se trata de una apuesta sobre la evolución de los tipos de interés.

Una primera sorpresa consiste en que habiéndose firmado un contrato de duración tri-anual (28 febrero 2.007 - 28 febrero 2.010), llegado el mes de mayo de 2.008 las partes, a instancia de la entidad demandada, firman un nuevo contrato dejando sin efecto el anterior y modificando sus términos. La complementaria consiste en ver el resultado de aquellas liquidaciones periódicas correspondientes a cada uno de dichas "operaciones". A consecuencia de la primera, la mercantil actora obtuvo (según la documentación acompañada con su demanda) dos liquidaciones fechadas el 30-11-2.007 y 29-2-2008 (folios 36 y 37), por un importe a su favor de 650#64 # y 447#04 #. Como consecuencia de la segunda operación las liquidaciones fueron recibidas con fechas 28-11-2008, 29-5, 31-8, 30-11- 2009 y 26-2- 2.010, así como 14-1 y 15-02-2.010 (folios 99 a 105), y supusieron un único ingreso de 15#93 #, y siendo los restantes los siguientes cargos: 2.959#78 #, 3.736#50 #, 4.118#89, 4.106#30, 338#74 y 364#343, un total de 15.608#71 #.

**CUARTO.-** La sentencia de instancia entiende acreditado el vicio en el consentimiento del cliente, la sociedad mercantil dedicada al negocio de peluquería, al entender debidamente probada la falta de información clara sin reveses de la operación que se les daba a firmar, habiendo creado unas falsas expectativas mediante el primer contrato que sustituyó, a instancia del Banco en momento en que aún no había vencido el primer negocio por un segundo análogo pero de cláusulas evidentemente perjudiciales

para el cliente.

Una primera cuestión discutida fue si facilitó la documentación de los dos contratos a, alguno de los dos socios de la mercantil SL. El Director de la sucursal bancaria donde se firmaron tanto la hipoteca origen de los contratos litigiosos como estos mismos, D. David , dijo en su declaración que fue al asesor de la sociedad a quien se lo dio en mano, sin embargo no citó a esta persona para acreditar esta entrega, y quien declaró en nombre de dicha sociedad, D. Adrian , su legal representante aseguró que nunca llegaron a tenerla hasta que una vez surgidos los problemas de las deudas continuas, fueron a pedirla precisamente a instancia de su asesor. Al mismo tiempo, el propio trabajador de la entidad demandada reconoció que no fue él quien informó de los dos contratos, sino que fue otra persona de la entidad, el experto en ese tipo de operaciones, quien, según manifestó, dio toda clase de explicaciones, aspecto éste que no fue admitido por los actores que en su demanda dicen que nunca se les dijo lo que realmente estaban firmando, y tampoco la entidad trajo a aquel informante para acreditar este decisivo hecho cuya prueba le correspondía de acuerdo con el *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*.

Con este panorama, es manifiesto que ninguna prueba ha realizado la apelante para tratar de acreditar, por un lado la necesaria información de una operación que no tiene nada de sencilla, haciéndose necesario incluso para resolver las cuestiones aquí planteadas dar un concepto de lo que sea ese intercambio de intereses, que no lo son en sentido estricto, sobre una cantidad nominal que realmente no es entregada, lo que da lugar trimestralmente a liquidaciones de cantidades; pero, por otra parte, lo que tiene mayor trascendencia, tampoco ha sido capaz de explicar en forma mínimamente creíble la razón de ser de dejar sin efecto un contrato con duración de tres años y con una condición general segunda (folio 30) sobre vencimiento anticipado, en el que en forma rigurosa se prohíbe la cancelación anticipada salvo cuando concurren circunstancias tasadas, ninguna de las cuales desde luego tuvo lugar.

Es evidente de este modo la existencia de un vicio en el consentimiento por parte de quienes firmaron las dos operaciones, con aplicación de los *arts. 1265 y concordantes del Código Civil (CC)* , una vez acreditada la falta de una mínima información que les permitiera conocer la dimensión de la operación a que se comprometía y en particular el concreto motivo por el que el contrato primeramente firmado se dejaba sin efecto a instancia de la entidad bancaria. En este sentido, debe señalar que aun cuando se cita la *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en la demanda, en particular el art. 10* , el hecho de firmarse los contratos por la mercantil y no por sus socios a título individual hace, cuando menos difícil, la posible aplicación al supuesto de hecho de este texto, aun cuando en ambos además del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, también firma el otro socio sin justificación dada lo innecesario que resultaba. Ahora bien, el vicio en el consentimiento presente es el error de naturaleza invalidante al recaer sobre las condiciones que dieron motivo a celebrarlo (*art. 1266 CC* ), si se tiene en cuenta que al contestar la demanda se señala que la entidad bancaria "ante la posibilidad de subida de tipos de interés, y con el fin de proteger al mercado hipotecario español y de otorgar a los clientes una mayor protección y seguridad ante esta coyuntura económica" aconsejó la suscripción de las dos operaciones litigiosas (folio 9 de su escrito, en el 159 de los autos), habiendo tenido como consecuencia dicha peculiar protección el débito del cliente que superó los 15.000 # en un periodo de tiempo, desde la firma del segundo contrato hasta la última liquidación, inferior a dos años.

No debe olvidarse, también en esta materia, la Ley del Mercado de Valores (*Ley 24/1988* ), así como el RD 629/1993, de 3 de mayo, vigentes ambos textos cuando se firma el primer contrato, y la modificación del primer texto a través de la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ya en vigor cuando se firma el segundo, disposiciones* que regulan con enorme rigurosidad el comportamiento de las entidades que presten servicios de inversión, que debía ser con diligencia y transparencia en defensa de sus clientes, cuidando de sus intereses como si fueren propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos; en el *art. 16 del RD 629/1993, de 3 de mayo* , se establece la obligación de estas entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación un documento en el que se exprese con claridad los tipos de interés, comisiones o gastos aplicados y cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación, debiendo informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, llegando a incorporar como Anexo un código general de conducta en el que se incluía la necesidad de solicitarles la información necesaria sobre su situación **financiera**, experiencia inversora y objetivos de inversión (en el *art. 4. 1* ), y sin olvido de advertir de los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo; por fin, la reforma de la primera *Ley señalada establecía las diferencias entre clientes profesionales y minoristas para distinguir en su artículo 78bis* el comportamiento debido de dichas entidades de servicios de inversión frente a unos y a otros, y en el 79bis regula de forma exhaustiva los deberes de información dirigidos a los clientes no profesionales, incluidos los potenciales, siendo evidente que en el caso que se examina la sociedad limitada constituida por los dos firmantes de los contratos

merecen tal calificación. Evidentemente, en ninguno de las dos operaciones actuó la entidad bancaria con el mínimo cumplimiento de tales obligaciones ni la menos rígida de 1988 y 1993, aplicables a la primera, ni por supuesto la más rigurosa de 2007, aplicable a la segunda. Y en esta dirección, no puede considerarse que con la introducción en las condiciones generales de un "aviso importante sobre el riesgo de la operación" que figura en ambos contratos pueda exonerarse a la entidad bancaria de cualquier responsabilidad, pues en esa mera advertencia, puesta por la única parte que redacta el contrato, no se está dando cumplimiento a la debida y completa información a que se refieren las disposiciones normativas a que se acaba de hacer referencia.

Consecuencia de todo lo señalado, deberá ser la desestimación del recurso y confirmación en sus propios términos de la sentencia de instancia en lo que se refiere al fondo del asunto.

**QUINTO.-** Una última alegación, para pedir que al estimarse la falta de legitimación activa de las personas físicas, socios de la mercantil que firmó ambos contratos, no se hizo pronunciamiento sobre las costas causadas cuando debió aplicarse el criterio del vencimiento del *art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*.

Un dato, sin embargo, altera la pretendida evidencia manejada en este último argumento del recurso. Si se trata de un contrato en el que en una parte aparece una mercantil, como

SL, y en la otra el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (BANESTO), lo natural sería que firmara el representante de cada una de las dos entidades, y sin embargo, en ambos aparecen una firma en nombre del banco, pero dos en nombre de la sociedad de responsabilidad limitada, haciéndose innecesaria la de quien no era administrador único de la sociedad, si bien tal vez fue requerido por la contra-parte que no olvidaba que las dos operaciones estaban vinculadas a una hipoteca, personal de los dos socios como personas físicas al referirse a una vivienda unifamiliar, así como también en nombre de la mercantil, fechada el 26 de febrero de 2007 (folios 13 y siguientes). Pues bien, fue la propia entidad bancaria quien también a este nivel introdujo una seria duda que ha de servir en este momento para concluir su existencia a la hora de no hacer declaración sobre las costas causadas por las personas físicas que también accionaban, de acuerdo con el *inciso último apartado 1º del art. 394 LEC*. Por este motivo debe también confirmarse el no hacer tal pronunciamiento, pese a desestimarse la acción de las personas físicas por falta de legitimación activa.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso debe llevar consigo la imposición de las costas causadas en esta alzada, con aplicación del *art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos **CONFIRMAR** y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presenta alzada.

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