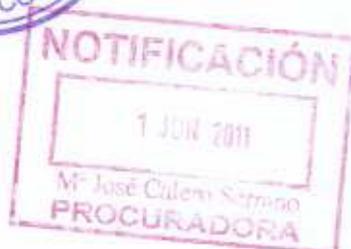




SENTENCIA Nº 161/11



AUDIENCIA PROVINCIAL CÓRDOBA

SECCIÓN SEGUNDA

ES COPIA

PRESIDENTE

D. JOSÉ MARÍA MAGAÑA CALLE

MAGISTRADOS

D. JOSÉ MARÍA MORILLO-VELARDE PÉREZ

D. JOSÉ ANTONIO CARNERERO PARRA

APELACIÓN CIVIL

ROLLO Nº 38/11

AUTOS Nº 538/09

JUICIO ORDINARIO

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 2

DE CABRA

En Córdoba, a veintisiete de mayo de dos mil once.

Vistos por esta Sala los autos de Juicio Ordinario nº 538/09 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Cabra, a instancias de la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Sra. Manchado Roper, y asistida del Letrado Sr. Gosálbez Coca, contra la entidad GRUPO , S.L., representada por la Procuradora Sra. Jiménez Ramírez y asistida del Letrado Sr. Roldán Garrido; pendientes ante

esta Audiencia Provincial en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en estos autos. Ha sido designado Ponente D. José Antonio Carnerero Parra, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó Sentencia por el Juez, cuya parte dispositiva dice: “ DESESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora María de la Sierra Manchado Ropero en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A., contra la mercantil GRUPO [REDACTED], S.L., y DECLARO la nulidad del contrato marco de operaciones financieras celebrado entre las mismas en fecha 22 de diciembre de 2006 y de los Contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre las mismas en fechas 22 de diciembre de 2006 y 15 de febrero de 2008, procediendo la anulación de los cargos y abonos que las partes hubieran efectuado a consecuencia de los mismos. Se condena en costas a la entidad actora.”

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de BANCO SANTANDER, S.A., que solicitó la revocación de la misma y el dictado de otra que declare la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia en favor del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba; la existencia de incongruencia extensiva al pronunciarse sobre la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y

del contrato de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre las partes, ambos de fecha 22 de diciembre de 2006; y, por último, entrando en el fondo del asunto, que se anule la declaración de nulidad del contrato de 15 de febrero de 2.008 y se estime su demanda en todos sus pronunciamientos, que interesaba la condena de la demandada a abonarle la cantidad de 244.168 €, más los intereses legales devengados a partir del 23 de octubre de 2.009, con los demás pronunciamientos que conlleve.

Tras dar traslado del recurso a la contraparte, por ésta se presentó escrito de impugnación del mismo, interesando la confirmación de la sentencia de instancia y la condena en costas del recurrente.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial, se les dio el trámite establecido en la ley; personándose en tiempo y forma ambas partes, a través de los Procuradores don Pedro Bergillos Madrid y doña María José Calero Serrano, en calidad de apelante y apelada, respectivamente.

La Sala se reunió para deliberación el día veinticuatro de mayo de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida.

PRIMERO.- El primer motivo de impugnación que contiene el escrito de apelación viene a cuestionar la competencia del Juzgado que ha resuelto el litigio en primera instancia, entendiéndose que correspondería al Juzgado especial de lo Mercantil, que había declarado el concurso voluntario de la mercantil demandada mediante Auto de 21 de enero de 2.010.

No deja de sorprender a este Tribunal el planteamiento que se realiza de manera novedosa en el recurso, tratando de deslegitimar al Juzgado de Primera Instancia, una vez que el mismo ha resuelto de manera contraria a sus intereses. La parte demandada aportó con el escrito de contestación la resolución del Juzgado de lo Mercantil, teniendo conocimiento la actora con su traslado, y desde entonces, hasta el dictado de la sentencia desestimatoria, nada había planteado contra la competencia del Juzgado de Primera Instancia, empezando por el momento adecuado del acto de la audiencia previa. No obstante, se trata de una cuestión de orden público que este órgano judicial debiera apreciar de oficio si ciertamente el Juzgado careciese de competencia para el conocimiento del asunto, en cuyo caso procedería la declaración de nulidad de lo actuado (art.48.2 L.E.C.).

La demanda que da origen a estos autos se presenta en fecha 17 de diciembre de 2.009 y la resolución antedicha del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba es de 21 de enero de 2.010. Al interesarse por otrosí por la empresa demandada la incompetencia objetiva del Juzgado de Cabra, se deniega su apreciación de oficio mediante Providencia de 15 de abril de 2.010, y esta Sala coincide con ese pronunciamiento.

El artículo 51.1 de la Ley Concursal establece que “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia...” Esta es la regla general, por lo que, aplicado al caso de autos, este juicio ordinario debía seguir hasta que obtenga resolución definitiva, y sólo después, en su caso, acumularse a los autos de concurso seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil.

Frente a lo anterior, el legislador prevé una excepción en los casos en que el Juez del concurso estime que la resolución del asunto tenga

trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la vista de los acreedores, lo que podía haber sido solicitado por la parte ante aquel órgano jurisdiccional, y lo que evidentemente no ha ocurrido ante la omisión de cualquier referencia al respecto. Es más, es la propia apelada la que pone de manifiesto que fue ella quien solicitó esa acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil con resolución denegatoria.

En virtud de lo razonado, procede la desestimación del primer motivo de impugnación que se contiene en el recurso de apelación.

SEGUNDO.- El segundo tiene también contenido formal y denuncia incongruencia extensiva en la sentencia, pues interesándose por la demandada exclusivamente la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 15 de febrero de 2.008, extiende esa declaración a los otros dos contratos suscritos entre las partes en fecha 22 de diciembre de 2.006, tanto el contrato marco de operaciones financieras, cuanto el contrato de permuta financiera.

Como se afirma por esta misma Audiencia Provincial en Sentencias de 7 de marzo de 2.007 o de 23 de septiembre de 2.010, apoyándose en Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 4 de noviembre de 2.004 y de 10 de noviembre de 2.005, *"la incongruencia extra petitum es la discordancia entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, en el sentido de que en éste se contienen pronunciamientos que no han sido objeto de aquél; así lo expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 180), que le da transcendencia constitucional, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y asimismo la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5595) que dice, literalmente: "la doctrina jurisprudencial que veda, en aplicación del art. 359 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), resolver planteamientos no efectuados (sentencias de 8 de junio de 1993 [RJ 1993, 4469], 26 de enero [RJ 1994, 445], 21 de mayo y 3 de diciembre de 1994, 9 de marzo de 1995, 2 de abril de 1996, 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9756]), sin que quepa objetar la aplicación (aludida en la sentencia de la Audiencia) del principio "iura novit curia", cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir (sentencias de 8 de junio de 1993, 7 de octubre de 1994, 24 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7846] y 3 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8258]), ni en definitiva autoriza, como dice la sentencia de 25 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4128), la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos>>, hasta el punto que como dice la STS de 21.6.2006 (RJ 2006, 3198) con remisión a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10.7.2000 (RTC 2000, 182), antes citada, "constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial". ...En el mismo sentido cabe citar la STS de 22.6.2006 (RJ 2006, 4713) y 5.5.2004 (RJ 2004, 1682), que entiende existe esa incongruencia "extra petita" cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida en el pleito, representando efectivo desajuste del fallo y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el pleito."

Pero esta cuestión está perfectamente resuelta en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida que, aunque parte de la falta de

claridad del suplico del escrito de contestación a la demanda, en el que se solicita se declare “la nulidad de pleno derecho del contrato suscrito entre las partes” (no especifica a cuál se refiere), el contenido de este escrito viene refiriéndose de manera indistinta a los tres contratos celebrados con la sociedad actora, tanto los dos de diciembre de 2.006, como el de febrero de 2.008, consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento de uno de aquéllos y del contrato marco del que nacen ambos, y denunciando de manera conjunta todo el mecanismo de contratación desde las primeras operaciones. No sólo las alegaciones de dicho escrito se refieren a la formalización de los tres contratos, sino que la prueba planteada y practicada, incluso la de la demandante, ha abarcado las tres operaciones citadas.

Por lo tanto, no aprecia esta Sala la incongruencia extra petita que se denuncia, al concebir toda la operación en su conjunto como una unidad, pues precisamente la parte demandada sostiene que el último contrato no es otra cosa que una consecuencia obligada de los pactados en 2.006, que le resultaban de imposible cumplimiento. Como se afirma en el escrito de oposición al recurso, la misma parte apelante define el contrato de 15 de febrero de 2.008 como una novación del de 22 de diciembre de 2.006, por lo que resulta esencial determinar también la validez de este primer contrato.

TERCERO.- Supone lo desarrollado hasta el momento el rechazo de los planteamientos formales del recurso, y que tengamos que entrar en el fondo del asunto enjuiciado, que constituye el tercer motivo de impugnación de aquél. Lo que sucede que este apartado está cojo, pues la parte apelante reduce prácticamente su argumentación al último contrato, en consonancia con su pretensión en el segundo. Y tratándose de la apreciación de nulidad en base a un error de consentimiento motivado por la defectuosa información recibida

del producto financiero en cuanto a sus riesgos, afirma que no es posible por tener ese conocimiento ya, tras los contratos suscritos en 2.006. Como el objeto de pronunciamiento se extiende a los tres, no vale el contenido de la impugnación.

No se trata, como parece inferirse en gran parte del relato del recurso y en la jurisprudencia que alega, de discutir sobre la validez en sí de estos contratos, sino en si el consentimiento prestado por el representante de la empresa demandada fue otorgado de manera válida, o el mismo estaba viciado por no ser adecuada la información recibida del producto sobre los riesgos de la operación, como se sostiene en la sentencia apelada.

En relación a este error de consentimiento, acorde con lo sostenido por esta misma Audiencia Provincial en Sentencia de 8 de abril de 2.011, no puede mantenerse en relación a la cláusula de cancelación anticipada. En dicha resolución se afirmaba que *"...la nulidad del contrato ha de versar sobre elemento esencial, de tal forma que la falta de éste determinará aquélla por no poder subsistir el contrato sin ese concreto particular esencial para su consideración como tal, y es precisamente aquí, en línea con la parte apelante, que se ha de privar de semejante significado a lo relativo al coste de la cancelación anticipada, puesto que eliminada la cláusula que regula lo relativo a ese desistimiento unilateral a favor del cliente, el contrato subsiste sin ningún problema, esto es, no es un elemento esencial, su falta en nada afectaría a la validez y vigencia del contrato como un conjunto equilibrado."*

En realidad, la cancelación anticipada tiene más trascendencia en nuestro supuesto a la hora de valorar la situación creada de imposibilidad de cancelar los contratos de 22 de diciembre de 2.006, y como ello motiva que por la demandada no se tenga más opción que suscribir el nuevo contrato de confirmación de 15 de febrero de 2.008. La situación derivada de las primeras

operaciones, con las liquidaciones negativas existentes, colocaba a la empresa en manos del negocio que el banco le impusiese en sustitución de aquél.

En relación al riesgo de la operación, esta Sala no puede sino compartir lo que se recoge en la sentencia a propósito del deber de información que tiene la entidad financiera, y que va dirigido a formar adecuadamente la voluntad del cliente; y, en el caso de autos, esto debe analizarse en esencia respecto de los contratos de 2.006, donde realmente se forja el conjunto de la operación. La mera lectura de las estipulaciones que afectan a esos riesgos, y que han sido trasladadas a la sentencia de instancia por el juez, ponen de manifiesto la tremenda dificultad de comprensión de las mismas, exigiéndose una explicación muy detallada que vaya más allá del mero funcionamiento genérico del producto, debiendo abarcar incluso la situación del mercado a ese tiempo y la probabilidad de su evolución. No basta con que se trate de un cliente del banco, cuyos representantes hayan participado con anterioridad en otras operaciones de crédito, pues se trata de un negocio extraordinariamente complejo que se les presentaba por primera vez, y que la parte no buscó sino que le fue ofertado directamente por la Directora de la sucursal bancaria.

El resultado de la valoración de la prueba en primera instancia, con una inmediatez de la que carece este Tribunal, resulta coherente y concluye que esa información apenas existió y que los representantes de la demandada no llegaron a tener auténtico conocimiento, ni siquiera próximo, de los riesgos que entrañaba el negocio para su empresa, como en seguida se descubrió con el resultado de las liquidaciones. En este sentido, dentro del contexto de una sentencia minuciosa, la fundamentación sobre la apreciación de la prueba en esta materia es muy razonada, primero con el resultado de los diferentes medios probatorios, para luego fijar su valoración en este extremo, especialmente en el fundamento de derecho octavo.

Con todo lo anterior hemos de concluir la corrección de la nulidad decretada por vicio de consentimiento en base a una deficiente información que causa un error insubsanable. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2.007, con cita de otras muchas, “ *como regla, el Tribunal Supremo considera todo error inexcusable cuando se produce en el conjunto de contingencias que domina o conoce el deudor y sólo declara el error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato* ”.

En el presente caso se aprecia esa asimetría en la posición de las partes, plasmada correctamente en la sentencia recurrida, pudiendo afirmarse con ella que el representante de la sociedad demandada no llegó a tener conocimiento de los riesgos que asumía al contratar estas operaciones, especialmente las de diciembre de 2.006, debido a la insuficiente información que le proporcionaron los responsables de la entidad bancaria. Por ello, debe rechazarse el tercer motivo del recurso, con la consiguiente confirmación de la resolución que se nos somete a revisión.

CUARTO.- Por aplicación del criterio objetivo del vencimiento, deben imponerse las costas de esta alzada a la parte apelante, a la que se han desestimado sus pretensiones (arts. 398 y 394 L.E.C.).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. María de la Sierra Manchado Roperero, en nombre y representación que

ostenta de la entidad BANCO SANTANDER, S.A., contra la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2.010, dictada en los autos de Juicio Ordinario núm. 538/09 por el Sr. Juez de Primera Instancia núm. 2 de Cabra, y en consecuencia, **confirmamos** la aludida resolución, con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Declaramos la pérdida y destino legal del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a su debido tiempo remítanse, junto con los autos originales, certificación de esta Sentencia, al Juzgado referido, para su conocimiento y cumplimiento, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

