

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SEGOVIA**

SENTENCIA: 00173/2011

SENTENCIA Nº 173/ 2011

MARTA B. PEREZ GARCIA

Procurador

C/ José Zorrilla nº 47 – 2º B

40002 SEGOVIA.-

Tel./Fax: 921 44 28 72

MOVIL: 629 35 56 78

NOTIFICADO: 02-09-2011

CIVIL

Recurso de apelación

Número 218 Año 2011

Juicio Ordinario 264/10

Juzgado de 1ª Instancia de

SEGOVIA Nº 3

En la Ciudad de Segovia, a veintiuno de julio de dos mil once.

La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Andrés Palomo del Arco, Pdte.; D. Ignacio Pando Echevarria y Dª María Felisa Herrero Pinilla, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de **la Mercantil** : **S.A.**, con domicilio social en ; contra la Mercantil **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO**, con domicilio social en Segovia, C/ Fernández Ladreda, nº 10; sobre juicio ordinario, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, la demandante, representada por la Procuradora Sra. Pérez García y defendida por el Letrado Sr. Pascual Olmos y como apelada, la demandada, representada por el Procurador Sr. Galache Diez y defendida por el Letrado Sr. Gorila Gonzalo y en el que ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dª María Felisa Herrero Pinilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de los de Segovia, nº 3, con fecha doce de abril de dos mil once, fue dictada Sentencia, que en su parte dispositiva literalmente dice: “**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por ” contra Banco Español de Crédito, absolviendo al demandado de las pretensiones formuladas contra él; imponiendo a la parte actora las costas causadas.”

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandante, se anunció la preparación de recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por preparado el mismo, emplazándose a la recurrente para que en plazo interponga la apelación anunciada; y notificada dicha resolución a las partes, por los apelantes se interpuso para ante la Audiencia en legal forma el recurso anteriormente anunciado, en base a lo establecido en los arts. 457 y ss de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose traslado a la adversa y emplazándola para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose la demandada al recurso, se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma, señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso, y llevado a cabo que fue, quedó el mismo visto para dictar la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Se interpone por la parte actora recurso de apelación frente a la Sentencia dictada en la primera instancia, que rechazaba sus pretensiones de declaración de nulidad del contrato de operaciones financieras suscrito con el Banco Español de Crédito, S.A. en fecha 20 de febrero de 2008, con devolución de las cantidades hasta entonces pagadas, más los intereses legales.

La Sentencia recurrida fundamenta la desestimación de la demanda en entender que la mercantil actora, a través de su representante legal, actuó con pleno conocimiento y voluntad respecto de las condiciones que estaba pactando en el contrato, por lo que no puede hablarse de un vicio del consentimiento invalidante del pacto suscrito entre las partes a principios de 2008.

Por el contrario, alega el recurrente que la demandada actuó con dolo, convenciéndole de que firmara un nuevo contrato a los pocos meses de la vigencia del que le precedió (septiembre de 2001), induciéndole a creer erróneamente que era más beneficioso.

Veamos si las alegaciones de la apelante pueden prosperar.

SEGUNDO .-Comenzando por el examen de la prueba practicada, hemos de decir que, no deja de resultar sorprendente que el contrato que hoy se examina se firmase sólo 5 meses después de otro convenio que, persiguiendo idénticos objetivos, sin embargo incluía unas cláusulas ciertamente diversas. Las afirmaciones efectuadas por la parte apelante, quien manifestó que fue el Banco quien le convenció para modificar el contenido contractual, sobre la base de que el nuevo sería más beneficioso para él a causa de la segura bajada del EURIBOR en los meses siguientes, fueron ratificadas por el representante legal de BANESTO. Pero, como bien reflexiona la actora, lo cierto es que esas predicciones nunca se cumplieron, resultando ciertamente extraño que una entidad bancaria de la importancia de la demandada pudiera tener una información tan desviada de la realidad. Es por ello que esta actitud de la apelada nos podría hacer sospechar que el Banco, a la vista de que el pacto suscrito en 2007 no le estaba reportando los beneficios esperados, por cuanto producía continuos ingresos a favor del otro contratante, decidió la celebración de un nuevo convenio con modificación del clausulado precedente.

Aunque lo anterior, de ser cierto, pone de manifiesto una evidente deslealtad por parte de la entidad demandada en el desarrollo de las relaciones bancarias con su cliente, no sería suficiente para fundamentar la existencia de un comportamiento doloso invalidante del consentimiento. Y ello porque, al igual que el tribunal de la instancia, hemos de concluir que el Banco facilitó a la actora, a través de la persona

que hacía las veces de asesor financiero de la mercantil, la información que le fue requerida previamente a la firma del contrato que hoy se impugna. Fue el propio Sr.

quien admitió tal circunstancia en el juicio oral. Si a causa de los malos consejos de su asesor el apelante realizó una operación financiera perjudicial para sus intereses, es a aquél a quien debería pedir explicaciones y, en su caso, responsabilidades.

Por consiguiente, las anteriores circunstancias, alegadas por la recurrente en su escrito, no acreditan que el Banco demandado desplegara actuaciones o maquinaciones insidiosas que indujesen al litigante que apela, a prestar un consentimiento que de otra forma nunca habría prestado.

TERCERO .- No obstante el anterior razonamiento, la mercantil actora también ha puesto de manifiesto cómo el contrato cuya nulidad se solicita, incluía cláusulas oscuras que, en su afán por asegurar que el Banco siempre va a recibir algún emolumento, llegan a ser contradictorias e incompatibles entre sí. Tal circunstancia se pone especialmente de relieve si comparamos los dos contratos que suscribieron los litigantes en septiembre de 2007 y febrero de 2008, respectivamente.

En el contrato firmado el 28 de septiembre de 2007 (doc. nº 2 de la demanda), el cliente se constituyó como pagador de un interés fijo del 4,640 % sobre el nominal de un millón de euros, mientras que el Banco se comprometía a pagar un importe variable, calculado en base al EURIBOR fijado al inicio de cada periodo de cálculo (tres meses). En aplicación de las anteriores cláusulas, se incluía una última relativa al posible riesgo que la operación suponía para el cliente, en concreto se decía de forma razonable que:

“El tipo fijo pagado por el cliente en algún periodo de cálculo podría ser superior al tipo variable recibido por el cliente y por tanto el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la operación”.

Pues bien frente a la claridad y nitidez del clausulado que se acaba de exponer, el segundo contrato, el hoy impugnado, imponía a ambas partes contratantes la obligación de pago de unas cantidades variables calculadas sobre un importe

nominal de dos millones de euros, pero sobre la base de unas condiciones extremadamente complejas_ rozando lo incomprensible_, que los separaba diametralmente de aquéllas a las que venían a sustituir. De esta forma, el cálculo de las cantidades que trimestralmente ha de pagar el CLIENTE (la actora) según el nuevo pacto, se determina en las condiciones particulares contenidas en las páginas 1, 2 y 3 (folios 84, 85 y 86). En concreto aquél se compromete a pagar la suma resultante de aplicar al importe nominal de dos millones de euros, el tipo variable I consistente en:

- *la diferencia entre el Tipo Floor Aplicable (3,750 %) y la Referencia del Tipo Variable I (el EURIBOR), si dicha referencia es inferior a la Barrera de Entrada del Tipo Floor Aplicable (3,40 %)*
- *en cualquier otro caso cero*

Respecto de la prestación comprometida por el Banco (páginas 4 y 5 del contrato, folios 87 y 88), consistirá en el pago de la cantidad que resulte de aplicar al importe nominal ya mencionado, el tipo variable II consistente en:

- *La diferencia entre la Referencia de Tipo Variable II (EURIBOR) y el Tipo Cap Aplicable (4,900 %) si dicha referencia es inferior a la Barrera de Salida del Tipo Cap Aplicable (5,400 %) y superior aplicable(se entiende al tipo cap de 4,900 %)*
- *En cualquier otro caso cero*

Y lo que en un principio podría parecer un acuerdo en el que ambas partes deciden reducir el importe de las prestaciones económicas recíprocas, habida cuenta que los tipos de interés variable fijados para el cálculo de las cantidades a abonarse son inferiores para uno y otro contratante respecto del contrato firmado cinco meses antes, todo se complica con la inclusión de las cláusulas contenidas en la página 5 del nuevo convenio (folio 88). En concreto, y bajo el apartado *AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN*, lo que en realidad hace la entidad bancaria es incluir frente al CLIENTE unas condiciones diferentes e incompatibles con las anteriormente pactadas. Textualmente se recoge en las letras a) y c) de dicho apartado:

- *“a) En el caso en que en algún periodo de cálculo la Referencia del Tipo Variable I sea igual o inferior a la Barrera de Entrada del Tipo Floor Aplicable, el Cliente pagará el Tipo Floor Aplicable, siendo éste un tipo de interés*

superior al existente en el mercado en ese momento". Pero resulta que en las condiciones firmadas en la página 3 del contrato, en que se partía como condición necesaria del Tipo Variable I, que la Referencia fuese siempre inferior a la Barrera de Entrada para que se devengase alguna cantidad a favor del banco, se acordó que el Cliente **pagaría sólo la diferencia entre la Referencia y el Tipo Floor** y no el importe íntegro de este último (3,75 %)

- *"c) En el caso en que en algún periodo de Cálculo, la Referencia del Tipo Variable I fuera igual o superior a la Barrera de Salida del Cap Aplicable, el Cliente pagará la Referencia del tipo Variable I."* Al igual que ocurre con el anterior apartado, esta cláusula contradice lo previamente acordado puesto que, como ya hemos indicado, las partes habían pactado que el Cliente **sólo pagaría cantidades a la entidad bancaria cuando la Referencia fuera inferior a la Barrera de Entrada del Tipo Floor Aplicable**, pues en cualquier otro caso (ser superior) el tipo variable a aplicar al importe nominal, sería cero (página 3 del contrato).

CUARTO .-Conforme se acaba de poner de relieve, hemos de dar la razón a la mercantil actora al atribuir al contrato suscrito una oscuridad o contradicción en sus cláusulas que debe acarrear su nulidad.

Si ya el solo hecho de incluir las condiciones examinadas en un mismo pacto, resulta revelador del mal hacer de la entidad demandada, ideóloga y redactora del convenio, que podría hacernos sospechar de su intención de provocar confusión en la otra parte contratante para inducirla a error y a firmar el contrato (art. 1269 y 1270 del Código Civil), de lo que si no hay ninguna duda es que estamos en presencia del supuesto de hecho regulado en el art. 1289 de la Ley Sustantiva Civil.

En efecto, el contrato sometido a examen y cuya nulidad se solicita, afirma una cosa y la contraria, siendo absolutamente imposible resolver las dudas que su clausulado plantea por las reglas determinadas en el art. 1281 a 1288 del Código Civil. Teniendo en cuenta que tales dudas recaen en el objeto principal del contrato, y en concreto sobre el contenido de la prestación a que se obliga el Cliente (mercantil actora) frente a la entidad bancaria demandada (art. 1261 y 1271 del Código Civil), hemos de concluir estimando el recurso de apelación y,

consecuentemente, la demanda, a la vez que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera celebrado entre los litigantes el 20 de febrero de 2008.

QUINTO.- En aplicación de lo normado en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de la primera instancia se imponen a la entidad bancaria demandada, sin hacer especial pronunciamiento de las generadas en la apelación, en base a lo dispuesto en el art. 398.2 del mismo Cuerpo Legal.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Mercantil .., contra la sentencia de fecha 12 de Abril de 2011, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de los de Segovia, nº 3, en Autos de Procedimiento Ordinario nº 264/10, **revocamos la sentencia impugnada, y declaramos la nulidad** del contrato de permuta financiera celebrado entre los litigantes el 20 de febrero de 2008. **Condenamos a la mercantil demandada** a estar y pasar por esta declaración y a devolver a la actora las sumas hasta ahora por ella entregadas en ejecución de mencionado contrato, así como al pago de los intereses legales. **Condenamos al BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.**, al pago de las costas procesales generadas en la primera instancia, sin hacer expresa declaración de las producidas en la apelación.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes, de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente D^a María Felisa Herrero Pinilla, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.