

**Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, Sentencia 198/2014 de 6 Jun.
2014, Rec. 333/2011**

Ponente: Brañas Santa María, Dámaso Manuel.

Nº de Sentencia: 198/2014

Nº de Recurso: 333/2011

Jurisdicción: CIVIL

Diario La Ley, Nº 8396, Sección Jurisprudencia, 10 de Octubre de 2014, Año XXXV, Editorial **LA LEY**

LA LEY 105736/2014

Falta de diligencia del administrador social que firmó un contrato de permuta financiera sin comprender su contenido o sin leerlo

Cabecera

CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA. Acción de nulidad por error en el consentimiento. Desestimación. En el contrato constaba un "aviso importante sobre el riesgo de la operación", enmarcado y destacado con tipos mayores y en negrita. Además, se realizó el test de idoneidad. Carácter inexcusable del error. La firma del contrato por el administrador de la sociedad demandante sin comprender su contenido o sin leerlo es una omisión de la diligencia mínima de un ordenado empresario, sin que en el contrato litigioso se observe alguna razón de urgencia para no poder posponer su firma hasta disipar la aducida ininteligibilidad de sus términos mediante el consejo profesional de un experto. Inaplicación de la normativa protectora de los consumidores por tratarse de un contrato suscrito entre dos empresarios.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AP A Coruña revoca la sentencia del Juzgado y desestima la demanda de nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés.

Texto

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00198/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 333/11

Proc. Origen: Juicio ordinario núm. 399/2010

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de Betanzos

Deliberación el día: 20 de marzo de 2012

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado

en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 198/2014

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

DÁMASO BRAÑAS SANTA MARÍA

En A CORUÑA, a seis de junio de dos mil catorce.

En el recurso de apelación civil número 333/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Betanzos, en Juicio ordinario núm. 399/2010, siendo la cuantía del procedimiento indeterminada, seguido entre partes: Como APELANTE: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A.-BANESTO-, representada por la Procuradora Sra. OLIVERA MOLINA; como APELADOS: DON Juan Pedro , DOÑA Victoria , DON Cayetano , DOÑA Coro Y VALIÑO MOSTEIRO S.L., representados por el Procurador Sra. AGUIAR BOUDIN.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON DÁMASO BRAÑAS SANTA MARÍA.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos, con fecha 17 de enero de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Estimando la demanda formulada por Juan Pedro , Victoria , Cayetano , Coro y Valiño Mosteiro SL, asistidos por el Letrado Sr. Aguiar Boudin y representados por el Procurador Sra. Aba Veiga contra la demandada, Banco Español de Crédito, asistida por la letrada Sra. Pastor Alfonso y representada por la procuradora Sra. Cagiao Rivas, debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho del contrato sobre operaciones financieras de fecha 16 de octubre de 2008 suscrito entre los actores y la demandada.

Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la demandada que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 20 de marzo de 2012, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan sustancialmente el primero y los ocho primeros párrafos del segundo de los de la sentencia apelada.

SEGUNDO. El alcance del recurso implica que el litigio se presenta al conocimiento de este Tribunal en iguales términos que en primera instancia y por ello opera en plenitud el efecto devolutivo propio de la apelación.

TERCERO. Con arreglo al artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los procesos se

decidirán en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, sin que la excepción haga al caso en el presente. *En la demanda se pidió la declaración de nulidad del contrato litigioso por falta de consentimiento y el fallo declaró su "nulidad de pleno derecho". Sin embargo en el hecho cuarto de aquella se alega que los actores suscribieron "un contrato absolutamente ininteligible al que prestaron su consentimiento por error y/o engaño y en definitiva nulo, que determina su nulidad". No aparecen aducidos datos que puedan sustentar la falta de consentimiento, pues no se mencionan los supuestos de inexistencia real de declaración de voluntad por falta de razón natural o total de libertad, ni su discordancia con la voluntad real por reserva mental, falta de seriedad de la declaración o simulación; por el contrario, al admitir la firma del documento contractual, vienen a reconocer que emitieron sus personales declaraciones de voluntad de aceptación. Queda por examinar el supuesto del error obstativo respecto de la declaración; puede referirse a la existencia de la declaración, que, como es patente, no se da en el caso, pues la suscripción del documento es inequívoca muestra de su emisión. Pero también a error en ella, generador también de discrepancia entre lo declarado y lo querido, por ser defectuosa o inadecuada. Aunque haya discrepancia sobre los efectos entre los autores y sea distinta la solución legal de los códigos civiles alemán, italiano de 1942 y portugués de 1966, que trataron la cuestión con pleno conocimiento, la jurisprudencia considera el error obstativo causa de nulidad del contrato por ausencia de consentimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 1935, veintiséis de noviembre de 1956 y veintidós de diciembre de 1999). Solo aquí tendría encaje la pretensión de nulidad absoluta ejercitada. Sin embargo no semeja dudoso que los impugnantes querían firmar el documento que efectivamente suscribieron y las referencias a su ininteligibilidad, como el texto del hecho cuarto antes transcrito, indican su reconocimiento de la existencia de consentimiento, si bien viciado por error o dolo (los dos menciona la demanda), y por ello nulo conforme al artículo 1300 y no al 1261, ambos del Código Civil , es decir sin nulidad absoluta.*

CUARTO. A pesar de la literalidad de la súplica, esa referencia a los vicios del consentimiento y la cita de los artículos 1265 y 1266, así como los hechos alegados, imponen ocuparse de aquellos para evitar la posibilidad de incongruencia omisiva, habida cuenta también de que el recurso de la demandada discurre esencialmente sobre el tema del error vicio. Debe decirse ya que, pese a la referida mención del dolo, en la demanda no se exponen los hechos (mucho menos se prueban) que puedan constituir el supuesto de hecho del artículo 1269 del Código Civil y con ello concuerda que este, a diferencia del 1266, no se cite en aquella. *Pero antes de ocuparse del error, al invocarse el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, debe precisarse su aplicabilidad al caso.* El documento contractual contiene dos contratos, uno de permuta financiera de tipo de interés y otro de fianza. El primero liga a la apelante con la entidad actora, denominada cliente en el documento, y el segundo con los demás demandantes. *La cliente es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, que encuentra su encaje propio en el concepto de empresario del artículo 4º del mentado Texto Refundido, "persona ... jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial", y, por tanto, no puede encuadrarse en el concepto de consumidor y de usuario del artículo 3º del propio Texto, "las personas ... jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial". Es indudable así mismo que la demandada, sociedad anónima, responde plenamente al referido concepto de empresario. De acuerdo con el artículo 2º del mismo Texto, este "será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios"; pero estamos ante un contrato entre dos empresarios, de modo que está fuera de su esfera de acción.* Lo mismo sucede en cuanto a la fianza, primeramente, porque los fiadores no tienen derecho a ninguna prestación de bien o servicio por parte de

la entidad financiera, con lo que no les conviene la denominación de consumidor o usuario, y en segundo lugar, porque el contrato garantiza las obligaciones de una de las partes en un contrato entre empresarios y su accesoriedad le impregna de igual naturaleza. Por lo demás la demanda no hace referencia concreta a hechos determinantes de error que vicie el consentimiento de los fiadores a la condición general décima, que es la relativa al contrato de fianza, ni su texto, que la configura como solidaria, con renuncia a los beneficios de orden, excusión y división y subsistencia de la fianza pese a las prórrogas, renovaciones, novaciones o modificaciones de las obligaciones de la deudora principal, reviste dificultad para su comprensión. Así pues la demanda no puede estimarse en cuanto al contrato de fianza.

QUINTO. La permuta financiera de tipo de interés es un contrato legalmente atípico y de naturaleza aleatoria, que, cuando no es puramente especulativo, funge como operación de contrapeso de otra a interés variable, de modo que acreedor y deudor se cubren contra la oscilación excesiva del tipo de interés de la operación principal, que en el caso sería el préstamo hipotecario a la sociedad actora. El artículo 19 de la Ley 36/2003 imponía a la demandada informar a la prestataria de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tuviese disponibles y ofrecerle al menos uno de ellos. Como es patente, el efecto de la aleatoriedad no puede tenerse en cuenta como determinante de error que vicie el consentimiento; es como si el jugador de lotería pretendiese la anulación de la compra del décimo porque no tuvo premio. De hecho la demanda no va por ese camino, pese a referirse a las liquidaciones desfavorables, y arguye la concurrencia del error por la ininteligibilidad del texto del contrato.

SEXTO. El recurso cuestiona al respecto la valoración de la prueba hecha en la sentencia impugnada. Conviene recordar que solo se practicó prueba documental, con lo que no hay elementos de juicio ajenos al contenido de la obrante en las actuaciones. Por ello *no puede entenderse que la parte actora no conociese que el contrato, firmado en todas sus páginas, implicaba riesgos, habida cuenta del "aviso importante sobre el riesgo de la operación", enmarcado y destacado con tipos mayores y en negrita (folio 16), y de la condición general cuarta, relativa a riesgos de los que declara ser consciente. Además se efectuó el test de idoneidad y la actora suscribió el contrato básico para la prestación de los servicios de inversión (folios 160 y siguientes). La única posibilidad de que la actora desconociese dichos aviso y condición es que lo hubiese firmado sin leerlas.*

SÉPTIMO. Por otra parte la demanda no explica cuál sería, en su tesis, la realidad del contenido y objeto del contrato, con lo que no hay término de comparación que facilite estimar si concurre error sustancial sobre el objeto "o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo" (citado artículo 1266, párrafo primero). *La finalidad del contrato es la cobertura de la variación del tipo de interés de referencia, que genera su aleatoriedad, determinante de los riesgos y los beneficios resultantes. Su definición al comienzo de las condiciones particulares es perfectamente comprensible y la extensión de aquellas no es muy grande; por otra parte para la definición de los términos se remite a un determinado contrato marco o modelo, del que la demandada acompañó una copia, en la que aparecen explicados los términos que la demanda estima ininteligibles. Ciertamente en el contrato litigioso no figura que la actora tenga conocimiento de tal texto marco o modelo o que se le haya entregado y, por tanto, no puede considerarse demostrada su tenencia. Sin embargo es sabido que el error anulador, además de ser esencial, como ya quedó dicho, ha de ser excusable; el error es inexcusable cuando se habría podido evitar con una conducta razonable, porque la del contratante ha de ser diligente y ajustada a la buena fe, conforme a jurisprudencia constante e inveterada (entre otras muchas sentencias del Tribunal Supremo de catorce de junio de 1943 , treinta de marzo de 1955 , veintidós de noviembre de 1956 , cinco de*

marzo de 1962 , once de marzo de 1964 , ocho de junio de 1968 , siete de abril de 1976 , veintiuno de junio de 1978 , nueve de abril de 1980 , cuatro de enero de 1982 , cuatro de diciembre de 1985 , siete de noviembre de 1987 , cuatro de diciembre de 1990 , treinta de mayo de 1991 , siete de mayo de 1994 , uno de julio de 1995 , veintiuno de mayo de 1997 , seis de febrero de 1998 , treinta de septiembre de 1999 , veinte de diciembre de 2000 , ...). *Firmar un documento contractual sin comprender su contenido o sin leerlo es una omisión, no ya de la diligencia media, sino de la mínima de un ordenado empresario, porque, si bien un administrador de sociedad mercantil no está obligado a ser omnisciente, sabe que en aquello que no conoce de modo suficiente puede y debe pedir el asesoramiento preciso (como, según la experiencia común, es habitual hacerlo, por ejemplo, en materia tributaria), sin que en el contrato litigioso se observe alguna razón de urgencia para no poder posponer su firma hasta disipar la aducida ininteligibilidad mediante la consulta del contrato modelo referido en el litigioso, previa facilitación por la demandada, o el consejo profesional de un experto (y, obviamente leer lo que se va a firmar).*

OCTAVO. Las costas de primera instancia se rigen por el artículo 394, 1, y las de apelación por el 398, 2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los artículos citados y demás de aplicación.

En nombre de S. M. El Rey

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto, revocamos la sentencia recurrida, desestimamos la demanda, absolvemos de ella libremente a la demandada e imponemos a la parte actora las costas de primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas por el recurso. Decretamos la restitución del depósito, que llevará a cabo el Juzgado de procedencia, al que se devolverán los autos, con certificación de la presente, una vez firme, al ser susceptible de recurso de casación y, en su caso, extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días hábiles contados desde su notificación.

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

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