



Roj: SAP M 7050/2012  
Id Cendoj: 28079370202012100205  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 20  
Nº de Recurso: 353/2011  
Nº de Resolución: 254/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: RAMON FERNANDO RODRIGUEZ JACKSON  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 20**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00254/2012**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCIÓN 20ª**

**SENTENCIA Nº**

**Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 353/2011**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**PURIFICACIÓN MARTÍNEZ MONTERO DE ESPINOSA**

**JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ**

**RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON**

En MADRID, a nueve de mayo de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 20 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1362/2009, procedentes del JDO. 1A. INST. E INSTRUCCIÓN N. 7 de PARLA, a los que ha correspondido el Rollo 353/2011, en los que aparece como parte apelante IBERCAJA, y como apelado CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS S.L., HORMIGOS ESCOBEDO E HIJOS S.A. y FULLSHOP S.L., sobre reclamación de cantidad, **siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Parla, en fecha 13 de octubre de 2010, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja -Ibercaja- contra las mercantiles Central de Compras Hormigos, S.L, Fullshop S.L. y Hormigos Escobedo e Hijos S.A. debo absolver y absuelvo a las demandadas de todos los pedimentos que se formulaban contra ellas en el presente procedimiento, imponiendo a la parte actora el abono de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que no presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** Por medio de la demanda rectora del presente procedimiento, la mercantil actora, "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA)", ejercita acción personal de condena dineraria frente a las mercantiles "CENTRAL DE COMPRAS HORMIGOS, S.L.", "FULLSHOP, S.L." y "HORMIGOS ESCOBEDO E HIJOS, S.A.", en reclamación de la suma de 47.154,77 euros, saldo en descubierto de la cuenta de depósito a la vista 285-9746-18-0330056855 a fecha 30 de octubre de 2009.

Las sociedades demandadas se opusieron a la reclamación alegando, en síntesis, que en la demanda no se detalla de dónde provienen los descubiertos y las cantidades adeudadas; que el único contrato o producto vinculado a la cuenta 285-9746-18-0330056855 es un "Contrato de Cobertura Collar", suscrito el día 10 de julio de 2008, relacionado con la escritura pública de préstamo hipotecario formalizado con la entidad demandante el 10 de julio de 2008 por un importe de 3.000.000,00 de euros. Que bajo dicha denominación se oculta un contrato de "permuta financiera de intereses" que considera nula por concurrir vicios de consentimiento, pues se vieron obligadas a firmar la confirmación como condición indispensable después de haber firmado la hipoteca. Que lo único que firmaron las demandadas fue una "confirmación de contrato de cobertura collar". Que nunca les explicaron exactamente cuáles eran las consecuencias, gastos y perjuicios que podrían tener, desconociendo la figura financiera compleja que se les ofrecía. Que ni los administradores ni los apoderados de las empresas demandadas han firmado el supuesto "Contrato Marco de Operaciones Financieras" a que presuntamente se refiera la "confirmación" del que no consta siquiera su fecha. Que el citado documento de "confirmación" es muy complejo, y que ni el administrador ni el apoderado de las empresas entienden sus términos ("Target", "Cap", "Floor", "Bidgre Telerate", "Reuters") y nadie del banco demandante se los ha explicado.

**SEGUNDO:** La sentencia apelada desestimó la demanda por falta de prueba de la existencia de la deuda.

Frente a la primera instancia, se ha alzado la representación procesal de "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA)", que ha sido sucedida procesalmente en esta segunda instancia por "IBERCAJA BANCO S.A.U" que articula su recurso en siete alegaciones.

**TERCERO:** La sentencia recurrida no ha apreciado vicio del consentimiento en la firma del contrato denominado "confirmación de contrato de cobertura collar", ni declara la nulidad del convenio. Lo que afirma es que ni el citado contrato ni el "Contrato Marco de Operaciones Financieras (que no consta aportado a los autos) han sido firmados por el representante legal de las sociedades apeladas. Por ello deben rechazarse las alegaciones primera a cuarta del recurso.

**CUARTO:** En cuanto al resto de las alegaciones del recurso, debemos señalar que la única prueba que ha aportado la actora para justificar su reclamación ha sido el contrato de la cuenta de depósito a la vista 285-9746-18-0330056855 (documento nº 1 de la demanda); y una certificación del saldo deudor a fecha 30 de octubre de 2009, acompañado de un extracto de los últimos movimientos de la cuenta (documento nº 2).

De esta documentación debe destacarse que el certificado de saldo no se corresponde con la cuenta de depósito a la vista 285-9746-18-0330056855, pues hace referencia a un nº de cuenta distinta 6103603300568 de la que se ignoran más datos. Dicha discordancia no ha sido aclarada, lo que impide dotarle de valor probatorio.

En definitiva, la única prueba de la deuda reclamada es el contrato de cuenta y el extracto de últimos movimientos.

De estos, la parte demandada manifestó desconocer de dónde procedían los movimientos de cargo titulados "productos cobertura".

Frente a la citada excepción la parte hoy apelante se ha limitado a alegar que se abonaron otros cargos en la misma cuenta por dicho concepto de "productos cobertura" sin discusión.

**QUINTO:** Alegándose por las demandadas en el hecho primero de la contestación a la demanda que desconocen de dónde provienen los descubiertos y las cantidades que se afirman adeudadas, correspondía a la mercantil demandante probar, como hecho básico de su pretensión, o bien el origen de los citados descubiertos, o bien la conformidad de las demandadas. Ninguna de las dos pruebas se ha logrado.

Es cierto que las demandadas han admitido que los cargos proceden de un producto financiero denominado "confirmación de contrato de cobertura collar", una copia del cual consta unida a los autos precisamente con la contestación a la demanda (folios 51 a 53) por lo que resulta indiferente o no si fue firmado o no por Don Mauricio. Pero ello no significa que la demanda deba ser acogida por este tribunal de apelación.

**SEXTO:** El contrato denominado "confirmación de contrato de cobertura collar" es una modalidad de operación financiera conocida como "swap" o contrato de permuta financiera de tipos de interés. Es una operación con derivados en la que dos partes acuerdan intercambiarse los flujos de los tipos de interés en determinadas fechas. Se trata de un contrato muy complejo, como se observa de la lectura de los denominados "términos de la operación" que se contienen en el folio 51, vuelto, de los autos. Es un contrato aleatorio que aparece referido a un Índice de Referencia Variable (Euribor 1 año), con riesgo de pérdida o ganancia para ambas partes, cuya liquidación se pactó de forma mensual por flujos de euros por diferencias que podrían dar lugar, según los casos, a cargos u abonos en la cuenta asociada, de tal modo que sólo uno de los contratantes debe satisfacer el importe neto de la diferencia de intereses en cada período de liquidación.

**SÉPTIMO:** Ante la oposición de las demandadas, a la parte actora, hoy apelante, que tiene la plena disponibilidad de la prueba, no le basta, para cumplir la carga de la prueba que le incumbe, con aportar un mero extracto de los cargos efectuados en la cuenta de depósito a la vista 285-9746-18-0330056855 por el concepto genérico de "productos cobertura", sino que debió traer a los autos las sucesivas liquidaciones mensuales del contrato de cobertura collar que le sirven de soporte, y acreditar la exactitud de las diferencias de interés en euros a favor de la actora que dieron lugar a los sucesivos cargos controvertidos en la cuenta de depósito, o, cuanto menos, que las citadas liquidaciones fueron notificadas a las mercantiles demandadas en la forma pactada sin oposición, lo que ni siquiera ha intentado, sin que pueda quedar exonerada de dicha prueba por el hecho admitido, de que se abonaron otros cargos precedentes por el mismo concepto. Tratándose de un contrato aleatorio en el que las posiciones acreedora y deudora de los contratantes pueden variar en función de la evolución del índice de referencia en cada período de liquidación, siendo aleatorias igualmente las diferencias de intereses, el mero hecho de que se hayan satisfecho cargos anteriores no puede implicar conformidad con los cargos posteriores.

Es precisamente esa ausencia de prueba sobre un elemento básico de la pretensión actora, y no un supuesto vicio del consentimiento al contratar el producto (que la sentencia apelada no aprecia), ni la falta de firma de los contratos, lo que determina que no consideremos debidamente probada la deuda.

**OCTAVO:** Entendemos, por lo razonado, que la sentencia de instancia no ha infringido, como afirma la parte recurrente en su alegación quinta "el principio que establece que la prueba ha de versar únicamente sobre hechos controvertidos y no sobre hechos admitidos", pues, como hemos señalado anteriormente, las mercantiles demandadas nunca han admitido la corrección de los cargos, y opusieron, como hecho obstativo en la contestación demanda, su desconocimiento de dónde provienen los descubiertos y las cantidades que la demandante afirma ser adeudadas. Por idéntico motivo, no podemos entender infringido el principio de rogación, como afirma la recurrente en su alegación sexta.

Finalmente, tampoco infringe la sentencia los criterios de valoración de la prueba de interrogatorio de parte, como se propugna en la alegación séptima del recurso. Debemos destacar que Don Mauricio insistió en su interrogatorio en el acto del juicio, en que no había firmado ni el "Contrato de Cobertura Collar" ni el "Contrato Marco de Operaciones Financieras", y, aunque, por las razones expuestas anteriormente, consideremos que el primero sí fue suscrito por las mercantiles demandadas, ello no implica error alguno en la valoración de esta prueba. En cuanto a las demás argumentos de la alegación séptima debemos destacar que el interrogatorio de Don Mauricio fue solicitado con designación de nombre por la parte recurrente en la audiencia previa al juicio.

**NOVENO:** Por lo expuesto, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA)", con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia ( artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , procede acordar la pérdida del depósito constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legal.

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

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA)" contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2010, recaída en juicio ordinario seguido con el nº 1362/2009 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Parla , confirmando dicha resolución en todos sus pronunciamientos, y se imponen



a la parte recurrente las costas originadas por su recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal**, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 1036 de Banesto sita en la calle Ferraz nº 41 de Madrid.

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

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ