



Juzgado Mercantil 1 Girona
Av. Ramon Folch, 4-6
Girona

Procedimiento ordinario 1018/2009

NOTIF. 17 SET. 2010

Parte demandante Promociones Edimar 2006 S/L, Construcciones y Encofrados Ceycal S/L y Construcciones CISA 05 S/L

Procurador CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS

Parte demandada Caixa de Penedes

Procuradora ROSA BOADAS VILLORIA

SENTENCIA n° 169/2010

En Girona a 9/9/2010

Vistos por D. HUGO NOVALES BILBAO, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil de Girona y su partido, las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO, seguidos a instancia de las mercantiles P

S.L., C

S.L. y C

S.L.,

representadas por el/la Procurador/a de los Tribunales Carlos J. Sobrino Cortés y defendido por el letrado/a Lluís Iglesias Pujol contra Caixa del Penedés representada por el/la Procurador/a Rosa Boadas Villoria y defendida por el letrado/a Juan I. Sanz Caballero, recayendo la presente resolución sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario, siendo competente este juzgado para el conocimiento de la misma, se admitió a trámite, emplazando a los demandados, los cuales se personaron en tiempo y forma, teniéndoles por parte y contestando a la demanda.

SEGUNDO.- La pretensión de la parte actora es la declaración de nulidad de pleno derecho de los contratos aportados con la demanda como documentos 4,5,6,86,87 y 88 o swasp financieros y el reintegro de las c antidaes que hubiera cobrado la entidad Caixa del Penedés con motivo de la liquidación de intereses en aplicación de los contratos de swaps financieros.

Dicha pretensión se funda en las liquidaciones practicadas por la entidad de crédito Caixa del Penedés, en aplicación de unos contratos financieros denominados



39 de la memoria, siendo calificado de "altamente eficaces". (Folios 539 y 551 de las actuaciones)

Lo mismo sucede respecto de la mercantil C (Folios 604 y 616).

Es decir y considerados en su conjunto, se conocía perfectamente la existencia de los contratos y su contenido y no concurre motivo alguno ni tampoco indicio probatorio que lo corrobore, de que dicho contenido fuera (sin perjuicio de lo que se razonará en el Fundamento siguiente) opaco, oscuro o ininteligible y que la Sra. como firmante de los contratos, tuviera dudas sobre sus consecuencias.

Añadir que respecto a la falta de información, en caso de que ésta le pareciera escasa, no se podría imputar a la demandada, ya que las actoras conocían la esencia del contrato y pudieron pedir cuanta información y cuantas explicaciones hubiese estimado convenientes, optando por firmar el contrato con pleno convencimiento ya fuera por una falta de diligencia fundamentada en la confianza en la entidad bancaria, ya fuera porque comprendían perfectamente el alcance y los términos del contrato. Si a su juicio hubo falta de información, una mínima diligencia en su actuación la habría evitado.

CUARTO.- Si en dichos contratos concurren cláusulas abusivas por falta de determinación del mecanismo de cancelación anticipada. Obviamente esta controversia debe ponerse en inmediata relación con la pretensión de nulidad del contrato por cláusula abusiva o error en el consentimiento.

En cuanto a la nulidad de la cláusula y su extrapolación al contrato:

El artículo 5 de la Ley 7/1998 de 13 abril establece que "1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

Tales requisitos se cumplen en el caso de autos si se atiende al redactado de la cláusula de cancelación anticipada y al último párrafo de las condiciones generales y particulares de cada uno de los contratos en que, justo antes de la firma, el titular declara haber recibido una copia de todo el contrato, que ha sido examinado por el mismo, conocer su integridad y aceptarlo expresamente...

En este sentido el artículo 7 del mismo texto legal señala que:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato



b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles

Téngase en cuenta igualmente que en el caso que nos ocupa no se ha ejercitado ni principal ni subsidiariamente la acción de nulidad o de no incorporación individualizada de algunas de las condiciones generales de los contratos swaps, de conformidad con la previsión legal contenida en el art. 9 de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, de tal modo que difícilmente una cláusula oscura o incompleta o que no proporcione al firmante suficiente información, va a determinar por sí sola la nulidad contractual.

En cuanto al error en el consentimiento y su efecto invalidante del contrato.-

En este sentido puede citarse la St del TS Sala 1ª, de fecha 12-11-2004, según la cual, "Dice la sentencia de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, ...con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que "será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos:

a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste.

b) Que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

Sobre la base de esta construcción Jurisprudencial del error como causa de nulidad de los contratos (arts. 1265 y ss.) y extrapolándola al caso enjuiciado, cabe considerar que efectivamente los contratos de que se trata adolecen de un vicio de consentimiento recayente sobre elementos esenciales de los mismos que determinan

Efectivamente la cláusula de cancelación anticipada, si se procede a su simple lectura o si se prefiere a una lectura detenida de la misma, no ofrece en absoluto una información siquiera mínima sobre las consecuencias prácticas de la cancelación para la parte adherente al contrato, escapando a la conclusión general que para el contrato como unidad, se ha efectuado en el Fundamento anterior.

Lo único que menciona en la cláusula analizada es que se valorará el instrumento financiero a precio de mercado pero no contiene referencia alguna a lo que debe entenderse por "precio de mercado" o cómo o con arreglo a qué criterios o parámetros cuantitativos se determinará dicho "precio de mercado". Y la cuestión desde luego no es baladí puesto que afecta a una parte esencial del contrato ya que uno de los motivos que puede conducir a un contratante de este tipo de productos, es precisamente saber que dispone de una cláusula de salvaguarda, de una garantía, es decir de una posibilidad, si durante la vigencia del contrato éste no resulta como había previsto o le habían informado, de proceder a su resolución anticipada y por tanto a evitar el mantenimiento en el tiempo de sus consecuencias adversas. Y resulta lógico y de sentido común considerar que en este tipo de contratos, que se entienden en líneas generales por los contratantes pero que son complejos por propia definición y en los que hay aspectos o enunciados que pueden escaparse a un verdadero entendimiento y comprensión de sus consecuencias prácticas, el hecho de que puedan cancelarse anticipadamente constituye un elemento que puede influir decisivamente o decantar al adherente para prestar finalmente su consentimiento.

Nótese, al hilo de lo argumentado en el párrafo anterior, que el propio contrato (ej. Folio 455 vuelto) contenía ejemplos prácticos, ciertamente con escasísima variación en la evolución de los tipos de referencia, de liquidación periódica, pero en absoluto contenía ningún ejemplo de valoración de la cancelación anticipada que permitiera al contratante conocer siquiera aproximadamente su coste.

Resulta no obstante que ante una liquidación francamente negativa para las empresas contratantes (próxima a los 20.000 euros en un solo trimestre), éstas se interesan por la posibilidad de cancelación anticipada y la Caixa del Penedés calcula unilateralmente su coste (folio 272) en más de 200.000 euros, lo que resulta desde luego disparatado, abusivo y en absoluto previsible con la neutra y aparentemente inocua redacción de la cláusula de cancelación anticipada.

En este punto concreto, esencial en el contrato, determinante de la emisión de voluntad por el adherente, la información suministrada por la entidad de ahorro fue parca, insuficiente e inadecuada y desde luego no cumplió con las exigencias de diligencia, precisión, atención y detalle que se exigen en diferentes resoluciones

Así cabe destacar recientes sentencias dictadas como las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Ourense de fecha 18 de mayo de 2.010 (la cual incide en la obligación legal y reforzada de información por parte del banco atendiendo a la complejidad y posición de superioridad que ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes), la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos el 21 de junio de 2.010 (en la que se hace hincapié en el deber del banco consistente en hacer un esfuerzo adicional de información en atención a la complejidad de la operación financiera en cuestión); y la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de junio de 2.010 (que pone el acento en los tintes especulativos del contrato, los grandes riesgos que conlleva, y la necesidad de informar específicamente sobre los mismos), considerándose que en el caso de autos, la entidad de ahorro desplegó este esfuerzo adicional de información, cumpliendo con los requisitos que sobre el particular se han incorporado a distintas resoluciones dictadas por órganos judiciales.

En estos términos cabe considerar que el error recayó sobre un elemento esencial del contrato y que el mismo no pudo salvarse con una diligencia más intensa de la demostrada por la Sra. , la cual tuvo una primera entrevista con los responsables de la entidad bancaria y su propio asesor financiero, tuvo una segunda entrevista con un técnico especialista de la demandada en este tipo de productos y finalmente firmó los contratos, sin que pueda inferirse siquiera indiciariamente que tuvo un mínimo conocimiento del coste o repercusión que podía implicar el uso de la resolución anticipada.

Añadir finalmente que el propio Sr. Vi , técnico de Caixa del Penedés, que personalmente explicó a I el contenido de los swaps, manifestó en juicio que la valoración de los contratos a precio de mercado, en caso de cancelación, suponía aplicar el interés vigente en dicho momento y liquidar ya sea a favor de la entidad ya sea a favor de la contraparte, lo que en absoluto se aviene con el precio de cancelación reflejado en el folio 272. Es decir ni siquiera el técnico "experto" en este tipo de productos financieros conocía realmente lo que supone el "precio de mercado" en la cancelación anticipada con lo que mal podía informar adecuadamente a las actoras del contenido y eficacia de dicha cláusula.

En definitiva el consentimiento prestado estuvo viciado por un error insalvable determinante de la nulidad de los contratos swaps formalizados por las entidades actoras en el mes de abril de 2009, procediendo en consecuencia la restitución recíproca de lo entregado por ambas partes en ejecución del contrato y el precio con los intereses (art. 1.303 del C.C.).

Finalmente a todo lo anterior puede añadirse el incumplimiento flagrante



protagonizado por la Caixa del Penedés de la normativa específica (RD 217/2008 de 15/2) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, cuyo artículo 60 determina que:

Artículo 60. Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa

1. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas (y la parte actora lo es según se reconoció en la Vista por Anna Juncarol), ..., deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

De conformidad con lo razonado, no puede predicarse el cumplimiento de la normativa vigente respecto de la Caixa del Penedés.

QUINTO.- En materia de costas es de aplicación el art. 394 LEC. Al haberse estimado todas las pretensiones de la parte actora, las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos:

FALLO.-

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por las mercantiles F S.L., C S.L. y C S.L., representadas por el/la Procurador/a de los Tribunales Carlos J. Sobrino Cortés y defendido por el letrado/a Lluís Iglesias Pujol contra Caixa del Penedés representada por el/la Procurador/a Rosa Boadas Villoria, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos financieros tipo Swap concertados entre las partes litigantes y firmados en fecha de 8/4/2009, imponiendo a las partes contratantes el deber de restituirse mutuamente las prestaciones entregadas en cumplimiento de tales contratos.

Se imponen las costas a la parte demandada.



Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN, que deberá prepararse ante este juzgado en el plazo de cinco días previa consignación del depósito para recurrir por importe de 50 euros.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente resolución, estando el Ilmo. Magistrado-Juez celebrando audiencia pública. Doy fe.



swaps bonificados, articulados sobre la base de un tipo fijo de interés en relación con la evolución del euribor y que no fueron suscritos por las entidades actoras o, en su caso, vulnerarían la normativa en materia de contratación.

TERCERO.- La pretensión de la parte demandada es la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Para el éxito de sus pretensiones la parte actora propuso prueba, practicándose la testifical y la documental que se tuvo por reproducida y aportada.

Para el éxito de sus pretensiones la parte demandada propuso prueba, practicándose la testifical y la documental que se tuvo por reproducida y aportada.

QUINTO.- Como hechos controvertidos quedaron fijados en el acto de la Audiencia Previa los siguientes:

Si los contratos de permuta financiera o swaps fueron o no firmados por la Sra. Yáñez como representante de las entidades actoras.

Si dichos contratos fueron firmados únicamente en la parte final del mismo o además en la parte relativa a condiciones generales y cláusulas adicionales.

Si, en su caso, la parte demandante fue adecuadamente informada del contenido de los contratos con carácter previo a su suscripción y si dicha falta de información debe determinar la nulidad o la resolución contractual.

Si en dichos contratos concurren cláusulas abusivas por falta de determinación del mecanismo de cancelación anticipada.

Si dichos contratos tienen una duración excesiva en relación con la situación de incertidumbre económica.

Si las mercantiles actoras tienen la condición de consumidores y usuarios respecto de los swaps suscritos.

SEXTO.- A la vista de lo actuado se declaran como hechos probados los siguientes:

I es la administradora de las tres sociedades actoras. (Folios 33 y ss.)

En la información fiscal a C correspondiente al ejercicio 2008, la Caixa del Penedés incluyó como producto el correspondiente a "Coberturas tipus interes empreses". En dicha información y para el producto citado, se relajaba una renta a favor de C de 672,11 euros. (Folio 112)

En la cuenta corriente correspondiente a C nº ---- ---- -- ----14193, consta un movimiento de fecha 15/10/08 y fecha valor del mismo día, por importe de 672,11 euros y con la denominación de "liq cobertura". Con la misma denominación y con fecha del apunte y fecha valor 15/1/09, consta un movimiento por importe de 255,56 euros. (Folio 114)

En la misma cuenta corriente se anotaron dos movimientos de fechas



respectivas de 9/5 y 3/7/09 bajo la denominación de "cob.impagat cobertur" por importes de -1237,79 euros y -68,69 euros. (Folio 115)

La entidad Caixa del Penedés remitió a C un extracto con una liquidación de cobertura de riesgo financiero, identificando el producto de cobertura como un swaps bonificado de tipo de interés, con una fecha de liquidación 15/10/08 y un importe de 672,11 euros. En dicho recibo consta un sello estampado con la referencia "comptabilitzat" y en la parte inferior derecha la comunicación de que en fecha de "hoy se ha abonado en su cuenta -----14193 el importe detallado en la liquidación indicada". (Folio 117)

La entidad Caixa del Penedés remitió a C un segundo extracto con una liquidación de cobertura de riesgo financiero, identificando el producto de cobertura como un swaps bonificado de tipo de interés, con una fecha de liquidación 15/1/09 y un importe de 255,56 euros. En dicho recibo consta un sello estampado con la referencia "comptabilitzat" y en la parte inferior derecha la comunicación de que en fecha de "hoy se ha abonado en su cuenta -----14193 el importe detallado en la liquidación indicada". (Folio 118)

La entidad Caixa del Penedés remitió a C un tercer extracto con una liquidación de cobertura de riesgo financiero, identificando el producto de cobertura como un swaps bonificado de tipo de interés, con una fecha de liquidación 15/04/09 y un importe de -5220 euros. En dicho recibo consta un sello estampado con la referencia "comptabilitzat" y en la parte inferior derecha la comunicación de que en fecha de "hoy se ha cargado en su cuenta -----14193 el importe detallado en la liquidación indicada". (Folio 119)

En la cuenta corriente correspondiente a C nº -----16065, consta un movimiento de fecha 15/10/08 y fecha valor del mismo día, por importe de 470,48 euros y con la denominación de "liq cobertura". Con la misma denominación y con fecha del apunte y fecha valor 15/1/09, consta un movimiento por importe de 178,89 euros. (Folios 149 y 152)

En la misma cuenta corriente se anotó otro movimiento de fecha de 9/5/09 bajo la denominación de "cob.impagat cobertur" por importes de -653,28 euros. (Folio 152)

La entidad Caixa del Penedés remitió a C extractos con liquidaciones de cobertura de riesgo financiero, identificación del producto y por los importes antes referidos, todos ellos con el sello de "comptabilitzat". (Dtos 33 y 34 de la demanda)

En la cuenta corriente correspondiente a E nº -----14157, consta un movimiento de fecha 15/10/08 y fecha valor del mismo día, por importe de 151,23 euros y con la denominación de "liq cobertura". Con la misma denominación y con fecha del apunte y fecha valor 15/1/09, consta un movimiento por importe de



57,50 euros. (Folios 181, 188 y 190)

En la misma cuenta corriente se anotó otro movimiento de fecha de 9/5/09 bajo la denominación de "cobro impagado cober" por importes de -1.176,90 euros. (Folio 191)

La entidad Caixa del Penedés remitió a C extractos con liquidaciones de cobertura de riesgo financiero, identificación del producto y por los importes antes referidos, todos ellos con el sello de "comptabilitzat". (Dtos 56 y ss de la demanda)

En la información fiscal a E correspondiente al ejercicio 2008, la Caixa del Penedés incluyó como producto el correspondiente a "Cobertures tipus interes empreses". En dicha información y para el producto citado, se relajaba una renta a favor de Edimar de 151,23 euros. (Folio 223)

En el contrato swap bonificado de tipo de interés se incluía una cláusula de cancelación anticipada en la que se establecía la valoración del instrumento financiero a precio de mercado, siendo el valor de cancelación anticipada determinado por las condiciones de mercado (Entre otros- folio 242).

Balance de C a 31/3/09 (Folios 514 y ss.) siendo uno de sus apartados el referente a "notas de la memoria". En dicha memoria se hace constar que "La Sociedad tiene formalizados un contrato de swap bonificado de tipo de interés para cubrir el riesgo de fluctuaciones de los tipos de interes...dicho contrato ...es designado como altamente eficaz y así lo verifica la sociedad periódicamente.... Igualmente se refiere a este tipo de contratación de cobertura financiera en el folio 39 de la memoria, siendo calificado de "altamente eficaces". (Folios 539 y 551 de las actuaciones)

Lo mismo sucede respecto de la mercantil C (Folios 604 y 616).

Los contratos swap bonificado de tipo de interés fueron concertados por las entidades actoras en el ejercicio ordinario de su actividad empresarial. (Testifical de X, A)

SEPTIMO.- En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos en este juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Siguiendo el orden de cuestiones controvertidas expuesto en el Antecedente de Hecho 5º de la presente resolución, procede abordar en primer lugar la relativa a: Si los contratos de permuta financiera o swaps fueron o no firmados por la Sra. como representante de las entidades actoras.

Respecto de la cuestión debatida expuesta, llama la atención que la parte



actora niega reiteradamente (ej. Hechos 3º y 4º de la demanda - folios 5 y 6 de las actuaciones) el otorgamiento de los contratos swap bonificado de tipo de interés (en adelante Swaps) discutidos y por tanto la prestación de su consentimiento y sin embargo, para a continuación (Folio 7 de las actuaciones) establecer como conclusión que los actores "no saben si han otorgado o no estos contratos...". Finalmente la demandante termina (hecho 8º de la demanda) por solicitar la nulidad de los contratos pero no por falta de consentimiento (arts. 1261 y ss del C.C.) sino y en primer lugar por el carácter abusivo de sus cláusulas y en segundo lugar por error (no ausencia) de consentimiento.

Esta actitud de la propia parte actora ya ofrece un indicio sobre la levedad o inconsistencia del argumento relativo a la falta de otorgamiento del consentimiento en los contratos Swaps presuntamente concertados con Caixa del Penedés.

Sin embargo este indicio es reforzado, desde el punto de vista probatorio, por otros que valorados con arreglo al principio de apreciación conjunta de la prueba, permiten dar una respuesta positiva a la cuestión planteada. Así y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 6 de la presente resolución:

En la información fiscal proporcionada por la Caixa del Penedés a las entidades actoras y correspondiente al año 2008, ya se incluyó como producto el correspondiente a "Coberturas tipus interes empreses". En dicha información y para el producto citado, se relajaba una renta a favor de C de 672,11 euros. Por ello debe presumirse que en los primeros meses de 2009, aquellas tenían conocimiento de la existencia de este producto, desmintiendo la tesis sostenida en la demanda.

En la cuenta corriente correspondiente a las actoras, constan movimientos de fecha 15/10/08 y otro de fecha valor 15/1/09, en los que se hacían ingresos derivados de la liquidación precisamente de los contratos de cobertura. Al mismo tiempo la entidad Caixa del Penedés comunicó a las mercantiles las liquidaciones practicadas, identificando el producto de cobertura como un swaps bonificado de tipo de interés. (Folio 117, entre otros)

En dichos recibos se hacía constar mediante sello estampado, la referencia "comptabilitzat" y en la parte inferior derecha la comunicación de que en fecha de "hoy se ha abonado en su cuenta ... el importe detallado en la liquidación indicada". (Folio 118)

Pero sobre todo resulta revelador desde el punto de vista probatorio que en fecha de 31/3/09 (Folios 514 y ss.), se cerró el balance correspondiente a las cuentas anuales de las entidades actoras, en cumplimiento de las exigencia legal contenida en los artículos 171 y 172 de la LSA. En la memoria acompañada y que forma parte de las cuentas anuales (cerrada por tanto antes del 1 de abril si el ejercicio coincide con el año natural), se hace constar que "La Sociedad tiene formalizados un



contrato de swap bonificado de tipo de interés para cubrir el riesgo de fluctuaciones de los tipos de interés...dicho contrato ...es designado como altamente eficaz y así lo verifica la sociedad periódicamente.... Igualmente se refiere a este tipo de contratación de cobertura financiera en el folio 39 de la memoria, siendo calificado de "altamente eficaces". (Folios 539 y 551 de las actuaciones). Es decir dichos pactos existían, eran perfectamente conocidos por la empresa y como tales fueron contabilizados en las partidas correspondientes de la contabilidad.

El ejercicio social de C termina efectivamente el 31/12 de cada año (folio 61 vuelto) por lo que las cuentas anuales, según el art. 171 de la LSA, deben confeccionarse antes del 1 de abril. Lo mismo respecto de C (folio 45 vuelto).

Finalmente y si lo anterior no fuera más que suficiente para considerar que los contratos Swaps fueron efectivamente concertados por C C y E, representadas por I. como administradora, debe hacerse constar que tales contratos originales, firmados por la Sra. Yáñez, fueron aportados por la parte demandada (Folios 454) sin que fueran impugnados por la parte perjudicada (art. 326 L.E.C.) por lo que despliegan plena virtualidad probatoria y sin que respecto de los mismos se haya alegado prejudicialidad penal a los efectos oportunos.

Al margen de lo anterior, el testigo P N, firmante de los contratos por parte de la demandada, afirmó haber estado presente el día de la firma y que I. no puso ningún reparo a su suscripción en abril de 2009.

En definitiva, los contratos Swaps existen y fueron suscritos por I en representación de las tres sociedades actoras.

SEGUNDO.- Si dichos contratos fueron firmados únicamente en la parte final del mismo o además en la parte relativa a condiciones generales y cláusulas adicionales.

De la mera lectura de los pactos incorporados a las actuaciones y suscritos entre las partes (Folios 454 y ss.) se infiere que cada uno de aquellos, celebrado con cada una de las sociedades demandantes, se integra de tres partes diferenciadas: condiciones particulares, condiciones generales y las cláusulas adicionales. Cada una de estas partes (no cada uno de los folios del contrato), en su parte final, está firmada por el titular y la Caixa del Penedés, salvo las condiciones particulares del contrato suscrito por C (Folio 460 vuelto) por motivos que no constan.

Ello no obstante debe matizarse que la única exigencia legal sobre el particular es la relativa a que las condiciones generales incorporadas a un contrato de adhesión, consten expresamente firmadas (art. 5.1 Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación) y tal exigencia se cumple, máxime si tenemos en cuenta que en el último párrafo antes de la firma (ej. Folio 457 vuelto) consta el conocimiento y aceptación expresa de tales condiciones por el titular o contratante



TERCERO.- Si, en su caso, la parte demandante fue adecuadamente informada del contenido de los contratos con carácter previo a su suscripción y si dicha falta de información debe determinar la nulidad o la resolución contractual.

A modo de preámbulo debe hacerse constar, a grandes rasgos y sin ánimo de analizar con profundidad teórica el contrato de que se trata, el Swap es un instrumento nacido en los países anglosajones que comparte las características de muchas instituciones jurídicas del sistema del Common Law, en cuanto a que evolucionan de acuerdo a las necesidades, carecen de una definición jurídica exacta y cerrada y van transformándose de acuerdo a su aplicación o a la interpretación que de ellos realicen los tribunales, bajo el sistema de case law.

Las definiciones existentes en dicho sistema jurídico son más bien un resumen de características de la operación que pretenden definir, habiendo adquirido un perfil más o menos definido a partir de las resoluciones judiciales que han abordado la naturaleza y contenido de este tipo de contratos.

Por lo que hace referencia a la práctica bancaria española, dentro de la amplia variedad de modalidades existentes, puede definirse como un contrato por el que normalmente un banco y una empresa acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente (en nuestro caso, tipos de interés fijos y variables) para cada uno de ellos, a un plazo determinado.

En el caso enjuiciado, sobre un nominal de 1.000.000 euros, 700.000 euros y 225.000 euros respectivamente, y por un plazo de cuatro años, la entidad financiera se comprometía a pagar trimestralmente a C, C o E las cantidades resultantes de aplicar el tipo pactado (4,70 con una barrera de 5,30) y el Euribor 90 D. Reuter 11 H, siempre y cuando éste fuera superior al tipo fijo, mientras que C, C o E se comprometían a pagar al banco la cantidad resultante de la liquidación, siempre y cuando el tipo de referencia fuera inferior al tipo pactado del 4,70.

La finalidad que se pretende (al menos teórica) con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos. En realidad estamos en presencia de lo que es una auténtica apuesta sobre la evolución de los tipos de interés, con el riesgo inherente a la incertidumbre propia de la variabilidad de los tipos de interés.

En esta modalidad de swaps consistentes en intercambio de capitales



calculados sobre tipos de interés, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps");

Partiendo de esta descripción de la naturaleza, contenido y finalidad de los contratos discutidos y por lo que se refiere a la cuestión planteada de si la falta de información debe determinar la nulidad o la resolución contractual, enlazando directamente con la previsión normativa contenida en el art. 7 a) de la Ley 7/1998 de 13 abril (Condiciones Generales de la Contratación), debe darse una respuesta negativa si bien con carácter global y por tanto salvando lo que se argumentará en el siguiente Fundamento.

El precepto referido hace referencia a la no incorporación al contrato de aquellas cláusulas que el adherente "no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato". Extrapolando este precepto al caso de autos se concluye que no hubo tal falta de información y ello básicamente porque existió información suficiente, el contenido del contrato considerado como un todo y sin atender a aspectos particulares, es claro y comprensible y porque las circunstancias de la contratante-adherente no permiten intuir una especial inhabilidad o dificultad para entender el objeto y finalidad del contrato de que se trata.

Efectivamente y desde el punto de vista probatorio, el director de la sucursal de Caixa del Penedés, Sr. P N , la gestora comercial A J y un técnico de la misma entidad procedente de Barcelona, J V , tuvieron entrevistas personales con la Sra. para promocionar y explicar diferentes productos financieros ofertados por la entidad demandada, uno de los cuales era precisamente el contrato de swap.

Sobre este particular debe reseñarse que estos testigos que depusieron en la vista, resultaron especialmente convincentes por la coherencia y compostura que mantuvieron durante todo el interrogatorio, la coincidencia de sus versiones y sobre todo por la aparente sinceridad de su exposición, dando respuestas precisas y adecuadas, sin evasivas, no mecánicas, basadas en el recuerdo espontáneo (aparentemente) y no en la previa preparación. De hecho su valor probatorio se considera por este Juzgador especialmente relevante.

En su labor comercial los Sres. Sr. P N y A. J tuvieron una primera entrevista con la Sra. (mayo de 2008), presentado el primero a las dos últimas que no se conocían y haciendo una labor de introducción y presentación



de diferentes contratos financieros ofertados por la entidad de ahorro. Posteriormente (junio de 2008) y a requerimiento de la propia administradora de las entidades actora, hubo una segunda reunión a la que A J. asistió en compañía del Sr. V que es un técnico experto en este tipo de productos financieros. Las explicaciones las realizó el Sr. V, estando también presente el asesor fiscal de las actoras. Aquel por otro lado dejó una tarjeta para posteriores dudas o aclaraciones que pudieran surgir.

En el mes de julio del mismo año se imprimieron los contratos swaps previa obtención del visto bueno de la Sra. y se depositaron en un sobre en la propia sucursal de Caixa del Penedés para que fueran retirados por alguien de las empresas contratantes.

Es cierto que por motivos que no resultan suficientemente aclarados, dichos contratos no se firman en dicho momento o en uno próximo en el tiempo. No es hasta 4/09 en que la Sra., de acuerdo con lo ya razonado, suscribe tales contratos, presumiéndose que la firma obedece a la voluntad libre y firme de concertarlos, al conocimiento del contenido de los contratos y a la decisión de aceptar las consecuencias jurídicas de los mismos. Tal presunción se funda en la información suficiente desplegada por la entidad demandada, de acuerdo con lo expuesto y en la experiencia que la Sra. tenía como administradora de 3 sociedades con una facturación más que importante, en la celebración de contratos de diferente tipo con entidades de crédito (hipotecas, leasings Folios 385 entre otros y 350 y ss en cuanto a cifra de negocio). Por otro lado se trata de contratos ciertamente complejos pero accesibles en cuanto a comprensión para una persona en la que quepa suponer unos conocimientos medios, pudiendo conocer fácilmente cual es el contenido y alcance de tales pactos y las consecuencias que de los mismos pueden derivarse.

No se olvide que meses antes de la demanda ya se habían procedido a realizar diferentes liquidaciones positivas para las entidades actoras (véase Antecedente de Hecho 6º de la presente resolución) que no fueron objeto de ningún tipo de protesta por los adherentes ni tampoco determinaron una labor investigadora sobre su origen o procedencia.

Por si lo anterior no fuera suficiente, el balance de C a 31/3/09 (Folios 514 y ss.), es decir antes de la presentación de la demanda y anterior en el tiempo a la firma de los contratos swaps discutidos, contiene en uno de sus apartados la referencia a "notas de la memoria". En dicha memoria se hace constar que "La Sociedad tiene formalizados un contrato de swap bonificado de tipo de interés para cubrir el riesgo de fluctuaciones de los tipos de interes...dicho contrato ...es designado como altamente eficaz y así lo verifica la sociedad periódicamente.... Igualmente se refiere a este tipo de contratación de cobertura financiera en el folio