

DON OSCAR SERRANO CASTELLS
RDA SANT PERE Nº 56, PRAL
08010 BARCELONA
BARCELONA

Cliente:		Ref.:	Med.Caut.
Contrario:	CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS		
Organo:	JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 2 RUBI		
Procedimiento:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO N º 934/10-5		
M/Ref.:	CR-2010/756.RUBI		
Letrado	OSCAR SERRANO CASTELLS	Ref.:	

BARCELONA , 30/05/2011

Adjunto le remito el último trámite procesal en el asunto arriba referenciado.

30/05/2011 Que ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por [redacted] y [redacted] representado por el Procurador don Francisco Toll Musteros frente a Caixa D'Estalvis del Penedés, representada por el Procurador don Jaume Izquierdo Colomer y en consecuencia: DEBO DECLARAR Y DECLARO NULO los contratos celebrados entre las partes en fechas 02 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y de 29 de febrero de 2008 y en consecuencia las partes deberán abonarse recíprocamente las cantidades recibidas en cuenta a consecuencia de dichos contratos con los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta hasta la fecha de la presente sentencia en la que empezarán a devengarse los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada.

Fdo. FRANCISCO TOLL MUSTEROS

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOS DE RUBÍ
BARCELONA**

SENTENCIA 108/2011

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 934/2010

En Rubí, a 17 de Mayo de dos mil once.

DON JAVIER FRANCISCO ALBA FIGUERO , JUEZ de Primera Instancia nº 2 de RUBÍ y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 934/2010 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante :

representados por el Procurador don Francisco Toll Musteros y asistido del Letrado don Óscar Serrano Castells, y de otra como demandada Caixa D'Estalvis del Penedés, representada por el Procurador don Jaume Izquierdo Colomer y asistido por el Letrado don Juan Ignacio Sanz Caballero, en ejercicio de acción de nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 03 de Noviembre de 2.010, se presentó por el Procurador don Francisco Toll Musteros en nombre y representación de

. demanda declarativa ordinaria, frente a Caixa D'Estalvis del Penedés, con arreglo a los hechos aducidos en la misma y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a lo solicitado en el suplico de su demanda así como las costas de este procedimiento.

SEGUNDO.- Mediante decreto de fecha 18 de noviembre de 2.010 se

tuvo por personado y parte al Procurador mencionado en nombre y representación de la actora, admitiéndose a trámite la demanda y dándose traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola con entrega de la oportuna cédula para que la conteste en el plazo de veinte días hábiles.

TERCERO.- Por el Procurador don Jaume Izquierdo Colomer se presentó escrito en nombre y representación de la demandada mediante el cual formulaba oposición a la demanda declarativa ordinaria en base a los hechos alegados en el mismo y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda solicitando la imposición de costas para la parte actora.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2011 se tuvo por personado y parte al Procurador mencionado en nombre y representación de la demandada y por contestada la demanda en tiempo y forma y se fijó que la Audiencia Previa tuviera lugar el día 21 de febrero de 2011 a las 12:00 horas, que tras una suspensión solicitada por la parte demandada finalmente se celebró el día 22 de febrero de 2011 a las 12:15 citándose a la partes en legal forma y con los apercibimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Llegado el día y la hora señalados, en el acto de la audiencia previa, comparecieron las partes debidamente representadas y defendidas, y no habiendo llegado las partes a un acuerdo o transacción y después de solventadas las cuestiones procesales y fijado el objeto de la controversia, por las partes se propusieron y, posteriormente se admitieron, las pruebas que constan en el acta que consta debidamente registrado en soporte videográfico. Así mismo quedaron las partes emplazadas para la realización del acto del juicio para el día 09 de mayo de 2011 a las 12:30 horas.

SEXTO.- Llegado el acto del juicio las partes comparecieron debidamente asistidas y representadas. El desarrollo de la vista ha quedado registrado en soporte apto para la reproducción de la imagen y sonido.

SÉPTIMO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente proceso, y que constituyen la pretensión de las actoras, está en la reclamación de la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fechas 02 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y de 29 de febrero de 2008 firmados entre las partes, por no concurrir consentimiento válido. Hay que tener en cuenta que las tres sociedades actoras forman parte de un mismo grupo empresarial, administradas por los mismos socios.

Tal contrato de permuta financiera, SWAP o contrato de gestión de riesgos financieros, es un contrato atípico, no está regulado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico. Hay que tener en cuenta que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el art. 1.255 CC no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los imominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar, por lo convenido por sus propias partes, y en su defecto, por las normas de los contratos nominados que le sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos, en especial por los art. 1.088, 1.091, 1.254, 1.258, 1.261, 1.278 y 1281 y siguientes del Código Civil, relativos a los requisitos, efectos, forma...

En cuanto a su definición y en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

Los contratos celebrados entre las partes hay que ubicarlos, para su

correcta interpretación, dentro de la situación precontractual en la que se encontraban las mismas. Así destacar que las tres actoras forman parte del mismo grupo empresarial, dedicadas fundamentalmente a la prestación de servicios de arquitectura, afirmándose que sus administradores son personas totalmente ajenas a este tipo de productos financieros. Manifiesta la actora que por parte de la entidad demandada, entidad financiera de su confianza desde hacía muchos años, se les ofertó un producto financiero nuevo. Afirmar que tal producto fue ofertado verdaderamente como un seguro ante las posibles subidas de los tipos de interés pero que no se le informó de cuáles serían las consecuencias ante, la también posible, bajada de los tipos. Denuncia que la información que se le facilitó fue totalmente sesgada anulando su consentimiento sobre la base de la ocultación de información relativa a la evolución de los tipos de interés. Tal información se afirma insuficiente tanto a nivel precontractual como en los propios contratos marco de operaciones financieras así como en los de confirmación. Por último niega que el importe nominal se fije en relación a la deuda existente con la entidad bancaria (deuda hipotecaria) afirmando que era un producto totalmente autónomo a los préstamos vigentes y que el contrato en sí era oscuro conteniendo cláusulas diseñadas para confundir al cliente.

En el desarrollo del producto, que comprendía tres liquidaciones anuales, la empresa [redacted] tuvo 2 liquidaciones negativas y la tercera se esperaba de peores consecuencias. La empresa [redacted] tuvo la primera liquidación positiva, la siguiente negativa y se esperaba la tercera de peores consecuencias y, por último, la empresa [redacted] tuvo las dos primeras liquidaciones positivas y la tercera se esperaba negativa. El saldo resultante para el cliente era desfavorable en mucho y correlativamente beneficioso para la entidad bancaria.

Por la demandada se afirma en su escrito de contestación que las entidades actoras tenían una deuda bancaria con su entidad muy alta (doc. nº 13, 15 y 14 de la contestación) y que sobre tales deudas se fijaron los distintos importes nominales. Que las empresas actoras contrataron sus productos dentro de una actuación mercantil propia de su objeto social. Manifiesta que la firma de los contratos fue realizada con ocasión de la formalización de cada financiación hipotecaria. Que para ello se facilitó toda la información disponible al cliente desde el contrato marco de operaciones financieras (elaborado por la Asociación Española de Banca Privada), el

contrato de confirmación y se facilitaron una serie de ejemplos o posibles escenarios. Concluye la demandada afirmando que la evolución de los tipos de interés es una cuestión totalmente externa a la entidad y de la que no podía ser conocedora y que el contrato nunca se ofertó como contrato de seguros. Se niega, así mismo, la existencia de cláusulas abusivas, manifestando que no es de aplicación al presente procedimiento la Ley de Consumidores y Usuarios.

SEGUNDO.- En el presente caso, se ejercita por la actora la acción de nulidad contractual y la de anulabilidad, por dolo y error en el consentimiento. Se solicita por parte de la misma la nulidad radical del presente contrato por faltar uno de los elementos esenciales de todo contrato: el consentimiento (art.1261 código civil) afirmando que en el presente caso existe un error en el consentimiento, dando lugar a la inexistencia del contrato o a su nulidad radical. También de la redacción de la demanda parece desprenderse el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por error y por dolo en el consentimiento, para el caso de estimarse que el consentimiento existe pero viciado. Tal acción está prevista en el art. 1300 y siguientes del Código Civil y parte de la concurrencia de los elementos esenciales de todo contrato si bien requiere para su prosperidad que exista un vicio que lo invalide. Es, por lo tanto, un punto esencial del presente procedimiento el análisis de la voluntad contractual emitida por los firmantes de los diferentes contratos de fechas 02 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y de 29 de febrero de 2008 por si tal consentimiento no existió por divergencia total entre la voluntad interna y la exteriorizada o por si tal consentimiento estuvo viciado por dolo (art. 1269 C.C.) o por error (art.1266 C.C.).

En cuanto a la acción ejercitada por vicio en el consentimiento en cuanto al error hay que recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido y en cuanto al "error", la STS de 6 febrero de 1998 establece que *para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración* -art. 1266.1º y sentencias de 16 de octubre de 1923 y 27 octubre 1964 y que exista un *nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado* -Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963-;

de otra parte, como recoge la Sentencia de 18 febrero 1994 según la jurisprudencia *para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia 4 enero 1982) cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración. Finalmente, ha de señalarse que, como establece la Sentencia de 30 mayo 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias de 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, precedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él, tal jurisprudencia es mantenida en la actualidad por las sentencias de 22 de diciembre de 1999 y de 10 de abril de 2001.*

En relación al ámbito del consentimiento se afirma por el Tribunal Supremo en la STS 30 May. 1996 que *«la doctrina científica y la jurisprudencia vienen exigiendo sin fisuras que el concurso de la oferta y la aceptación, como requisitos indispensables para la perfección del contrato, han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contratantes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma, no pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra se hacen de un modo impreciso, reservado, condicionado o incompleto, o cuando lo que se formula es una contra-oferta»*. Partiendo de ello y de lo establecido en el art. 1262 C.C. la oferta deberá abarcar todos los elementos del contrato ya que la aceptación deberá ir relacionada a la cosa y causal del contrato.

TERCERO.- Para dar respuesta a todos los extremos planteados en el presente procedimiento se dividirá la presente sentencia en los siguientes puntos: Importe nominal, posible violación de la normativa y nulidad de las cláusulas específicas del contrato y, por último, las consecuencias del contrato y la valoración.

A) Importe nominal.

El importe nominal en este tipo de contratos es uno de los elementos esenciales, ya que todas las liquidaciones se irán haciendo en base al tipo variable, que en el caso de los tres contratos objeto del procedimiento, era el Euribor 12 meses. Por ello cuanto más alto es el importe nominal o nocional mayor es la repercusión de las variaciones del tipo y en consecuencia de las liquidaciones anuales. En el presente caso es necesario ir examinando cada importe nominal de los diferentes contratos.

Así en relación al contrato de fecha 02 de octubre de 2007 firmado con : , el importe nominal se fijó en 300.000 euros. La primera cuestión que pone de manifiesto la actora es que considera que tal importe, que está establecido por la demandada, es un importe que es autónomo a cualquier deuda de la misma con la entidad demandada. Por parte de Caixa Penedés se afirma en la página 2 de su contestación que dicho importe nominal iba fijado en relación a la deuda hipotecaria que consta en el documento número 13 de la demanda (préstamo hipotecario de 345.000 euros) si bien en el acto del juicio y a preguntas de este juzgador doña Gemma Ruaix, delegada de la sucursal y que contrató el producto con el cliente, manifestó que de los 300.000 euros del importe nominal 110.000 euros estaban fijados en relación a una hipoteca y 190.000 euros a la deuda CIRBE de la empresa (que consta en el documento número 62 de la demanda).

Pues bien de primeras se aprecia la existencia de una contradicción clara entre lo manifestado en el escrito de contestación y lo alegado por la delegada de la entidad demandada, pero si acudimos al supuesto préstamo hipotecario al que se supone que está referido el contrato de permuta financiera (doc. Nº 13 de la demanda) se comprueba que dicho préstamo es de fecha 05 de junio de 2008 mientras que el contrato se firmó en fecha 02 de octubre de 2007, no concuerdan las fechas con lo manifestado por la

demandada. Pero aún en el caso de que este juzgador creyera a la delegada de la sucursal de la entidad demandada y el importe nominal se fijara en 110.000 euros de un préstamo hipotecario concertado con la demandada (tipo variable y por tiempo superior a 3 años) y 190.000 euros en relación a la deuda CIRBE de la empresa (doc. 62 de la demanda) la entidad demandada tampoco saldría bien parada.

En efecto la circunstancia de que el importe nominal se fijara, en su mayor parte, en base a la deuda CIRBE de la empresa actora, no aparece en el contrato firmado por las partes ni se acredita que se explicara al cliente. Pero es más partiendo de la circunstancia de que parte del importe nominal fuera deuda aparecida en el CIRBE, aparecen otros interrogantes no explicados al cliente ni tampoco a este juzgador, ¿es posible que la deuda de la actora, aparecida en el CIRBE, estuviera a un tipo fijo y, por lo tanto, no a tipo variable? En este caso el contrato no cumple con su función y carecería de objeto. También podría darse el caso de que el vencimiento de los préstamos hipotecarios de la actora con otras entidades tuviera vencimiento a un año o dos (problemas de vinculación swap - endeudamiento a tipo variable), ¿qué pasaría entonces con el presente contrato cuyo vencimiento es de tres años?, quedarán uno o dos años sin ninguna deuda a tipo variable que cubrir. Es importante advertir que ninguno de estos extremos, tipo de interés (fijo o variable) y vencimiento, se ponen de relieve en el CIRBE ni tampoco aparecen en el contrato firmado por el cliente, siendo una cuestión de vital importancia en el presente contrato. Es más exhibido por este juzgador el doc. Nº 62 de la demanda, sobre el que dice la delegada de la entidad demandada que se fijaron 190.000 euros del importe nominal, no supo decir si dicha deuda era a tipo variable o a tipo fijo ni tampoco el vencimiento de dichas deudas, datos que evidentemente no aparecen en dicho documento, limitándose doña Gemma Ruaiç a manifestar que se lo dijo el cliente y se fiaron de él, circunstancia que este juzgador no se cree y aún en el caso de ser cierta demostraría una falta de diligencia de gran magnitud por parte de Caixa Penedés.

El CIRBE, como antes mencioné, no recoge datos concretos como los relativos al tipo de interés fijado (fijo o variable) o al vencimiento de los mismos, sí recoge los relativos al importe que suma la deuda vigente de un préstamo, junto al nombre del cliente y número de identificación fiscal, así el art. 60 segundo de la ley 44/2002 de 22 de noviembre de medidas de

reforma del sistema financiero establece: *“Las entidades declarantes estarán obligadas a proporcionar a la CIR los datos necesarios para identificar a las personas con quienes se mantengan, directa o indirectamente, riesgos de crédito, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo, en particular, las que afecten al importe y la recuperabilidad de éstos. Esta obligación se extenderá a los riesgos mantenidos a través de entidades instrumentales integradas en los grupos consolidables de las entidades declarantes, y a aquellos que hayan sido cedidos a terceros conservando la entidad su administración.*

Entre los datos a los que se refiere el párrafo anterior se incluirán aquellos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante, así como los que pongan de manifiesto una situación en la cual la entidad estuviera obligada a dotar una provisión específica en cobertura de riesgo de crédito, según lo previsto en las normas de contabilidad que le sean de aplicación.

Los datos referentes a las personas mencionadas en el presente apartado no incluirán, en ningún caso, los regulados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Los datos declarados a la CIR por las entidades obligadas serán exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual de los riesgos y de sus titulares en la fecha de la declaración”.

De la documental obrante en autos no se acredita primero que Caixa Penedés informara al cliente de que el importe nominal estaba referido en su mayor parte a su deuda CIRBE, tampoco se acredita que la demandada conociera los datos relativos a ese endeudamiento, en concreto datos importantes relativos al tipo, fecha vencimiento... La falta de información de la forma de determinar el importe nominal, la negligencia en asegurar un endeudamiento del que no se acredita que se conozcan todos los detalles y características es de entidad suficiente para anular el consentimiento de la actora, siendo que tal consentimiento prestado por la demandante estaba totalmente viciado afectando, además, a un elemento esencial del contrato, el relativo al importe nominal.

En el presente caso estamos en presencia de un contrato de adhesión redactado unilateralmente por la parte demandada y en la que se han introducido condiciones generales de la contratación en la definición dada por el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril. Tal circunstancia hay que ponerla en relación con el párrafo 8º del preámbulo de tal norma donde se establece: *“Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”*.

Partiendo de tal normativa así como lo previsto en el art, 79 y 79 bis de la ley 47/2007 del Mercado de Valores se produjo una conducta más que negligente de la entidad bancaria al fijar un importe nominal tan elevado (en este caso 190.000 euros de los 300.000) sin acreditar los extremos ni las características del endeudamiento del cliente con otras entidades y sin que el producto que le ofertó a la actora como cobertura de tipos de interés tuviera instrumentalidad y cumpliera con su objeto y finalidad, al no acreditarse que tal importe nominal se refiere a un endeudamiento a tipo variable y a un vencimiento superior al del swap no ofreciéndole al cliente la información necesaria y adecuada a la hora de contratar el producto en relación al elemento del importe nominal. Es de gran importancia este extremo ya que, partiendo, como después se verá, de que el demandado conocía la previsión en la evolución de tipos de interés el hecho de *inflar* el importe nominal con deuda CIRBE, de la que se desconocían datos esenciales, tenía como consecuencia y finalidad la de aumentar el importe de las liquidaciones negativas al cliente y, en consecuencia, aumentar los beneficios de la demandada.

Por todo ello se afirma que ante la negligencia de la demandada y el vicio en el consentimiento producido por error en la actora, el contrato firmado en fecha 02 de octubre de 2007 será declarado nulo, sin perjuicio de que posteriormente se examinen otras razones que apoyan el pronunciamiento en el vicio del consentimiento prestado en dicho contrato.

En cuanto al contrato firmado en fecha 27 de noviembre de 2007 con la entidad . se afirma por la demandada que el importe

nominal se fijó en relación a la deuda a tipo variable existente con la entidad demandada. En concreto dicho importe nominal viene a estar fijado, que no condicionado, a la deuda hipotecaria que consta en documento número 15 de la demanda (escritura de compraventa, subrogación y novación de fecha 27 de julio de 2005) según se manifiesta en la página 2 de la contestación. En el cuadro elaborado en dicha página se hace referencia a que del importe nominal de 435.000 euros 393.700 euros estaban referidos al préstamo en el que se subrogó la empresa actora. Una vez en el acto de la Audiencia Previa este juzgador puso en conocimiento de la demandada que existía un importe de 41.300 euros que parecían no estar referenciados a ningún endeudamiento a tipo variable (contrato que entonces carecería de objeto y sería sólo de especulación en cuanto a dicha cantidad) manifestándose por el letrado de la demandada y aportándose, con el beneplácito de la actora, un documento acreditativo de la deuda CIRBE de la empresa actora sin que se aclarara a este juzgador si el importe total del importe nominal estaba referenciado a la deuda CIRBE en aquellas fechas (43.100 euros) o sólo dicha deuda servía para complementar los 41.300 euros que faltaban por cubrir en el importe nominal del contrato.

En cualquier caso es cierto que se firmó por parte de la empresa actora Arredi una compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario a favor de Caixa Penedés. Tal operación se firmó el 27 de julio de 2005, pues bien desde que se firmara tal préstamo hasta la firma del contrato de permuta financiera, 27 de noviembre de 2007, pasaron más de dos años en los que se supone que parte del préstamo fue amortizado. Por el actor se afirma que 393.700 euros de dicho préstamo estaban fijados en el importe nominal de contrato Swap, más allá de que tal afirmación no se acredita de ninguna manera - art. 217 de la L.E.Civil- (no se aportó documento alguno que acredite que a fecha de la firma del contrato el préstamo pendiente de amortizar ascendiera a tal suma) surge el mismo problema que el contrato anterior al establecerse todo o parte del importe nominal sobre la deuda CIRBE de la empresa actora. Así basta con observar el documento aportado en el acto de la Audiencia Previa (documento sobre el que se fijaba el importe nominal) para darse cuenta que en el mismo se hacen constar las características del endeudamiento de la actora, ni si era a tipo variable o a tipo fijo ni tampoco el vencimiento de dichas deudas. En el presente caso vuelve a concurrir la circunstancia de que no se informa al cliente, ni a este juzgador, sobre qué base se establece el importe nominal y aún en el caso de

dar por bueno que el importe nominal estaba fijado en todo o en parte por la deuda CIRBE, dato no probado, vuelve a existir una negligencia grave de la entidad bancaria al elaborar y ofertar un producto a un cliente (cliente de unos 10 años de antigüedad) del que su elemento esencial, el importe nominal, se establece desconociendo todas y cada una de las características vitales, es decir, si es a tipo variable y el vencimiento. Al producirse el mismo supuesto que en el contrato celebrado con Abaco me remitiré a lo allí manifestado en cuanto al importe nominal y su consecuencia en la nulidad del contrato, sin perjuicio de que se irán examinando más datos que acreditan una actuación de la entidad bancaria que produjo el vicio en el consentimiento de la empresa actora.

Por último procede, ante la impugnación realizada por la actora, analizar el importe nominal del contrato firmado con en fecha 29 de febrero de 2008. Dicho importe nominal de 250.000 euros se fijó, según lo manifestado por la demandada, en el préstamo hipotecario firmado entre las partes en fecha 28 de febrero de 2008 sobre el capital de 250.000 euros. Pues bien analizando el préstamo se comprueba que es a tipo variable y con vencimiento a quince años y firmado el día anterior al de la firma del contrato de permuta financiera por lo que este juzgador considera que dicho importe nominal está correctamente determinado.

CUARTO.- La siguiente cuestión a tratar hace referencia a:

B) Posible violación de la normativa y la posible nulidad de las cláusulas específicas del contrato.

El art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio establece: *"las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios"* mencionando en los siguientes apartados qué debe considerarse como profesional y qué minorista. Partiendo de ello se considera a las empresas actoras como minorista, ya que la propia demandada no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos para la consideración de profesional a los efectos del mencionado art. 78 de dicho cuerpo legal. Tal calificación supone que el cliente debe tener una protección si cabe mayor que la que debe dispensarse a un profesional en el

presente sector. Tal protección no se procuró a la actora a la vista de lo mencionado en relación con el establecimiento del importe nominal para los dos primeros contratos y lo que se mencionará en cuanto a las cláusulas abusivas.

En el presente caso y sin necesidad de hacer distinción en los tres contratos se aprecia vulneración por parte de la demandada del art. 79 y 79 bis de la Ley de Mercados de Valores que les obligaban a comportarse con diligencia y transparencia en interés del cliente, a mantener informados a los mismos de manera imparcial, clara y no engañosa, entre otras cosas sobre los riesgos del tipo de instrumento financiero que se ofrece. Así basta con leer los contratos cuya nulidad se pretende para determinar que tal actuación no se llevó a cabo por el banco. Una razón poderosa para realizar tal afirmación es que los contratos están realizados sobre una visión extremadamente alcista de los tipos de interés. En el primero de los contratos firmados basta con observar la tendencia establecida en el tipo fijo para darse cuenta de que es un contrato con una previsión extremadamente alcista de los tipos de interés (4.50%, 4,80% y 4,90% en cada una de las anualidades) en el segundo contrato firmado se establecían tres anualidades con un tipo fijo que iba creciendo (4.40%, 4.50% y 4.60%) y en el último de los contratos firmados se fija el tipo fijo en el 4,20% mientras que, como queda acreditado documentalmente (doc. 17, 18 y 19 de la demanda) las previsiones eran la bajada de tipos de interés, es más si se observa la previsión contenida en el documento número 17 las previsiones eran de desplome de los tipos de interés. Tal circunstancia era conocida por parte de la entidad demandada y eran las previsiones tanto del Banco Central Europeo y del Banco de España.

Este producto no era adecuado para el cliente y tal circunstancia la sabía la demandada, que era conocedora de que la previsión era la de la bajada de tipos de interés y a pesar de ello le ofertó tres contratos a las empresas actoras que le situaban en un escenario de prácticamente nulas posibilidades de ganancia y todas las posibilidades de pérdidas sobre la base de un ocultamiento de información decisiva que de conocerse por las actoras a buen seguro no hubiera firmado el contrato. Gracias a esta información privilegiada y no compartida, la entidad demandada se aseguró cobrar unos intereses que en el primero de los contratos eran de hasta el 4.90%, en el segundo de hasta el 4.60% y en el tercero del 4.20% Mencionar que los

escenarios a modo de ejemplos facilitados al cliente parten de tipos muy elevados totalmente diferentes a los tipos que se preveían en el desarrollo de los diferentes contratos.

Es evidente que existe un claro desequilibrio de prestaciones (violación del art. 8 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación 7/1998) conseguido mediante el error en el consentimiento del cliente en los términos antes mencionados y gracias a una información asimétrica. Además teniendo en cuenta que la entidad demandada debía máxima protección al cliente por ser minorista, según le exige lo establecido en la Ley de Mercado de Valores, el error en el consentimiento de la actora es, si cabe, de mayor relevancia.

Siguiendo con la lista de irregularidades de la Caja Penedés en la formalización de los contratos cabe mencionar la relativa a la información referente a la determinación del coste de cancelación del producto, uno de los puntos sobre los que incidía las actoras en su escrito de demanda a la hora de denunciar la falta de consentimiento válido. La forma de determinar el coste de cancelación está determinada en el apartado de disposiciones comunes cuando establece: *"posibilidad de cancelación anticipada. La operación será cancelable anticipadamente por parte del cliente. En este caso el agente de cálculo determinará el importe a liquidar entre las partes"*, el agente de cálculo es la propia entidad demandada, como se establecía en la disposición común anterior, tal cláusula es así en los tres contratos denunciados. Dicha información es ampliada de manera manifiestamente insuficiente en cuanto a las causas de vencimiento anticipado y la forma en la determinación de las cantidades a pagar en el contrato marco de operaciones financieras en el que no se manifiesta la forma de determinar el coste de cancelación anticipada ni se acredita que se facilitara al cliente ejemplos o escenarios de costes de cancelación ante una solicitud del cliente. En los anexos I y II no se hace mención alguna sobre el coste de cancelación anticipada ni la forma de determinarlo. Es una cuestión importante ya que se está omitiendo una información vital para el cliente como es la de saber cuánto le va a costar desligarse del contrato que está a punto de firmar y viola lo previsto en el art. ART 79 LMV 3.: *"A los clientes se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; y costes asociados de modo que les permita*

comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa."

Tal cláusula es oscura en el sentido dado por el art. 1288 del Código Civil que establece que: "*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad*", no se trata solamente de una cláusula compleja sino que al no determinarse claramente cuáles son las formas para determinarla ni los términos de la misma, tal cláusula es oscura y tal oscuridad debe afectar a la entidad bancaria. El consentimiento prestado por el cliente también se vio afectado por tal oscuridad en la cláusula, sin que el hecho de que se ampliara de forma genérica e insuficiente la información en cuanto el vencimiento anticipado por incumplimiento en el CMOF baste para suplir dicha oscuridad.

Dentro de este apartado procede analizar la alegación realizada por las actoras de la falta de realización del test de idoneidad violando la normativa MiFID. La MiFID, que entró en vigor el 01 de noviembre de 2007, tiene su origen en la Directiva 2004/39/CE de Mercados de Instrumentos Financieros y la Directiva 2006/73/CE, de aplicación de la anterior. En España, las normas comunitarias fueron transpuestas mediante la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008. El marco normativo MiFID fue creado para reforzar la protección de los clientes en sus relaciones con las entidades financieras. Pues bien una de las obligaciones impuesta por tales directivas a las entidades financieras y de inversión es la de facilitar al cliente un producto que sea idóneo y conveniente para el mismo partiendo de los datos económicos de dicho cliente, realizando tal operación mediante la elaboración de test que determinen su nivel de experiencia, su situación financiera, objetivos de inversión, asegurándose que se atiendan las necesidades del cliente con dicho producto. Tal obligación es de carácter ineludible para clientes minoristas, como es el caso de las tres empresas actoras. Pues bien no consta en las actuaciones la realización de tests de idoneidad ni de conveniencia a las empresas actoras. La normativa entró en vigor a partir del 01 de noviembre de 2007, por lo que dicha obligación era imprescindible en los dos últimos contratos sin que se realizara y sin que, por lo tanto, la entidad financiera comprobara la conveniencia e idoneidad del producto que le facilitó al cliente, incurriendo en grave negligencia.

QUINTO.- La última cuestión a tratar hace referencia a:

C) Consecuencias:

La principal consecuencia que se extrae de la firma de los contratos por parte de las empresas actoras es que se le vendió un producto de cobertura de tipos de interés, que de facto es un seguro para la demandada ante la ya sabida por parte de la entidad, bajada de tipos de interés y sobre un importe nominal elevado del que la entidad bancaria no acredita que conociera todas las características de tal endeudamiento (tipo fijo o variable y vencimiento) en dos de dichos contratos. Ello se consiguió ofreciéndole un producto previsto para previsiones extremadamente altas de tipos de interés y viciando el consentimiento del cliente tanto por error como por dolo en los términos que se han establecido en la presente sentencia.

Las consecuencias en números son que desde que se firmaron los contratos las liquidaciones negativas van aumentando exponencialmente a medida que los tipos de interés han ido bajando, cumpliendo las expectativas de la entidad demandada.

En resumen, se aprecia vicio en el consentimiento de las actoras por negligencia de la demandada a la hora de fijar el importe nominal en los dos primeros contratos, se aprecia una clara violación de la normativa aplicable al caso viciándose el consentimiento de las actoras por actuación dolosa de la entidad demandada ofreciendo un producto que sabía que iba a ser perjudicial para los clientes y, por último, existe un importante desequilibrio de prestaciones para las partes en la configuración del producto conseguido gracias a una información asimétrica en cuanto a la evolución de tipos de interés y gracias al error inducido a los clientes. Teniendo en cuenta ello, la aceptación de las primeras liquidaciones positivas por parte del cliente no es condición suficiente para subsanar el vicio ocasionado en el consentimiento a la vista de la influencia determinante de la actuación de la entidad bancaria en la formación errónea del consentimiento del cliente.

La declaración de nulidad de los contratos implica necesariamente la restitución de las prestaciones como establece el art. 1.303 del Código Civil y es reconocido jurisprudencialmente: *"La consecuencia obligada de la nulidad que se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que*

hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (Sentencia T.S. 22 de abril de 2005, SAP Jaén 29 de marzo de 2009, entre otras muchas). Por lo tanto procede la restitución recíproca de las cantidades abonadas por la partes con los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta (art. 1100 y 1108 del Código Civil).

SÉPTIMO.- Ante una estimación íntegra de la demanda procede conforme al art. 394 de la L.E.Civil imponer las costas procesales a la parte demandada.

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

FALLO

Que **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por *[REDACTED]* y *[REDACTED]* representado por el Procurador don Francisco Töll Musteros frente a Caixa D'Estalvis del Penedés, representada por el Procurador don Jaume Izquierdo Colomer y en consecuencia: **DEBO DECLARAR Y DECLARO NULO** los contratos celebrados entre las partes en fechas 02 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y de 29 de febrero de 2008 y en consecuencia las partes deberán abonarse recíprocamente las cantidades recibidas en cuenta a consecuencia de dichos contratos con los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta hasta la fecha de la presente sentencia en la que empezarán a devengarse los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a todas las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación dentro de los CINCO días siguientes a su notificación, a resolver por la Ilustrísima Audiencia

Provincial de Barcelona.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos de su razón, notificación y cumplimiento, y póngase la misma en el libro de sentencias civiles de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

EL JUEZ.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido dictada por El Sr. Juez DON JAVIER FRANCISCO ALBA FIGUERO que la dicta, el día de su fecha y estando celebrando audiencia pública. De lo que doy fe.

EL/LA SECRETARIO/A

