

Roj: SAP GI 983/2011  
Id Cendoj: 17079370012011100344  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Girona  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 210/2011  
Nº de Resolución: 338/2011  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: MARIA ISABEL SOLER NAVARRO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION PRIMERA**

**GIRONA**

**APELACION CIVIL.**

**Rollo nº: 210/2011**

Autos: procedimiento ordinario nº: 801/2010

Juzgado Primera Instancia 3 Girona (ant.CI-8)

**SENTENCIA Nº 338/2011**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

Don Fernando Lacaba Sánchez

**MAGISTRADOS**

Doña María Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintisiete de julio de dos mil once

**VISTO** , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 210/2011, en el que ha sido parte apelante PROMOVIVIENDAS PIRINEO 2005 S.L., representada esta por la Procuradora D<sup>a</sup>. CARME EXÓSITO RUBIO, y dirigida por el Letrado D. RAFAEL COTTA CUADRA; y como parte apelada CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL, representada por el Procurador D. JOAQUIM GARCÉS PADROSA, y dirigida por el Letrado D. JUAN IGNACIO SANZ CABALLERO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Primera Instancia 3 Girona (ant.CI-8), en los autos nº 801/2010, seguidos a instancias de PROMOVIVIENDAS PIRINEO 2005, S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. CARME EXÓSITO RUBIO y bajo la dirección del Letrado D. RAFAEL COTTA CUADRA, contra CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL, representada por el Procurador D. JOAQUIM GARCÉS PADROSA, bajo la dirección del Letrado D. JUAN IGNACIO SANZ CABALLERO, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** *Que desestimando la demanda interpuesta por PROMOVIVIENDAS PIRINEO 2005 SL representada por la procuradora Sra. Expósito y asistida del letrado Sr. Cotta contra*

*CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL representada por el procurador Sr. Garcés y asistida del letrado Sr. Sanz debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos del escrito de demanda con expresa imposición de costas a la demandante "*

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia de fecha 14 de enero de 2011 , se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente la Il<sup>ta</sup>. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. María Isabel Soler Navarro.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la parte actora y apelante, PROMOVIENDAS PIRINEO 2005, S.L., se recurre la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y que se estime íntegramente la demanda.

La parte demandada y apela, CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL, solicita la confirmación de la sentencia.

La parte apelante, sustenta su recurso en las siguientes cuestiones, que la oferta realizada por el banco se presento y publicito como cobertura y aseguramiento de riesgos que la misma pudiera tener con la entidad demandada, es decir como una póliza de aseguramiento, y que además del propio contenido del contrato así se desprende, alegando que no es, y que implica un abuso de derecho el mantenimiento del contrato, una vez vencidos todos los riesgos financieros que la recurrente mantenía, no constituyendo el contrato un negocio jurídico independiente a las operaciones de riesgo que en la fecha de suscripción del contrato mantenía con la demandada, alegando que acreditada la vinculación como causa del contrato de swap suscrito, los productos financieros suscritos con la entidad demandada, desaparecidos estos, concluye que carece de causa autónoma el contrato cuya resolución se pretende; los demás motivos del recurso son sustancialmente vinculados al consentimiento prestado por el recurrente, alegando que en el mismo se infringió el derecho de información, la falta de claridad en el clausulado, la inclusión de términos poco claros o confusos; la existencia de cláusulas abusivas carentes de cualquier reciprocidad entre las partes, y todo ello invocando un error en la valoración de la prueba y en la infracción normativa, en concreto, el *art. 7* , el *ART. 1282, 1288, 1124 del CC y el RD 217/2008* sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que regula el Mercado de Valores. Ejercita en definitiva una acción tendente a la nulidad y, subsidiariamente, resolución de un contrato de permuta financiera por la existencia de vicio en el consentimiento, defecto de información y nulidad del contrato por indeterminación del objeto y defectos en sus cláusulas. La demandada se opone a ello.

**SEGUNDO.-** La sentencia de Instancia después de recoger las características básicas del contrato que vincula a las partes, concluye que no existe el pretendido vicio del consentimiento derivado de la falta de información sostenido por la parte recurrente y para ello parte de la falta de prueba de los hechos invocados en la demanda en especial achaca a la parte demandante la falta de aportación al proceso como prueba testifical de la persona que actuó en dicho contrato como apoderado de la entidad demandante, el Sr. Carlos María , y en base a haber quedado acreditado que el mismo tenía suficientes conocimientos financieros al ser auditor de cuentas para conocer y comprender el clausulado del contrato.

La cuestión sustancial que se plantea en este procedimiento es, ciertamente, si el consentimiento prestado por la parte actora, en el contrato de permuta financiera, que es el objeto de la demanda, fue o no prestado por error invalidante y excusable.

Partiendo del motivo esencial del recurso que podría dar lugar a la pretendida nulidad del contrato, ya que un primer bloque de reproches viene dado por la recurrente respecto a la defectuosa información facilitada, la parte recurrente, alega, básicamente que la entidad demandada CAIXA SABADELL, no les proporciono una correcta información, estando en la creencia que el contrato les iba a proteger de eventuales subidas de interés que les pudieran perjudicar por haber suscrito el préstamo hipotecario, algo que resulto no ser así, cuando en realidad el contrato ahora se alega funcionaba de forma independiente a dichos prestamos y si bien al principio la ejecución del contrato les fue favorable, pronto cambio y empezaron a sufrir pérdidas económicas.

La situación fáctica de la que ha de partirse es la siguiente:

1.- Que las partes firmaron un préstamo con garantía hipotecaria con un principal de 1.305.000 euros en fecha 31 de mayo de 2006 y con un periodo de amortización que abarcaba hasta el 31 de mayo de 2011 (documento nº 1 de la demanda) pactándose una primera fase de interés ordinario fijo y una segunda de interés variable referenciado al Euribor más un diferencial.

2.- Este préstamo se amplió en 2.165.000 hasta 3.470.000 euros por escritura de ampliación de capital y novación modificativa de fecha 2 de abril de 2007, (documento nº 1 de la contestación a la demanda) manteniéndose el interés variable, la referencia al euribor y con aumento del diferencial.

3.- En la misma fecha se concedió una línea de crédito a la actora de 200.000 euros con tipo variable referenciado al euribor a tres meses en este caso y un diferencial de un punto.

4.- El contrato de gestión de riesgos financieros se suscribió por las partes en fecha 23 de abril de 2007 con inicio de cobertura de 30 de abril de 2007 y el vencimiento el 30 de abril de 2011, documento nº 3 de la demanda (folios 100 a 102)

La características básicas del mismo, ya recogidas de forma exhaustiva en la sentencia de Instancia, eran:

La cantidad de cobertura pactada era de 2 millones de euros. El índice de referencia variable es el euribor trimestral, la liquidación trimestral y la cobertura es igualmente variable en función de los trimestres estableciéndose un tipo swap entre el 4,55 y el 4,85 %.

De la prueba practicada ha quedado acreditado, que efectivamente, como sostiene la sentencia de Instancia, el contrato que en su día suscribió el recurrente con la entidad demandada, no es más que un swap o permuta financiera, que en su modalidad de tipos de interés, y que es definido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, nº de recurso 27/2011 como " el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial), los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante de nominados tipos de interés, (aunque no sin 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 y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor."

**TERCERO.-** Sentada la naturaleza del contrato suscrito lo primero a dilucidar es la información que le era exigible a la entidad demandada.

Dada la fecha de suscripción del contrato -marzo de 2007- la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el *Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo*, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. No era aplicable al caso la *Ley 47/2007, de 19 de diciembre* que transpuso al ordenamiento jurídico interno la *Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004*, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la *Directiva 2000/12 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo* y se deroga la *Directiva 93/22/CEE del Consejo*.

A este respecto el referido decreto establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

"*Artículo 4*. Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

*Artículo 5*. Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

**CUARTO.-** Sentada la normativa aplicable, a juicio de la actora estas obligaciones fueron infringidas, pues, no se informó de que se trataba de un swap, un contrato de una permuta de tipos de interés, sino que se hizo creer a la demandante que se hallaba ante un seguro para cubrirse ante los tipos de interés.

Si observamos las pruebas de las que la sentencia parte para estimar acreditado que si existió la información en los términos exigidos legalmente, y antes transcritos vemos que se basa en las declaraciones del representante legal de la parte actora y las del representante legal de la parte demandada y en los conocimientos acreditados de la persona que como apoderado de la demandada intervino en la negociación y firma del contrato, y en la falta de aportación de dicho testigo al proceso, achacando a la parte actora las consecuencias negativas de tal falta de prueba, lo que le lleva a concluir que no existió un error invalidante del consentimiento derivado de esta falta de información

La Sala no coincide con dicha valoración probatoria, especialmente con respecto a quien incumbía la carga de la prueba y a las consecuencias negativas derivadas de la no aportación al proceso de la prueba testifical de D<sup>o</sup> Carlos María .

Efectivamente, sosteniendo como así ha sostenido la parte demandada que efectivamente se efectuó dicha información dando todos los detalles de la misma al apoderado de la empresa que firmo el contrato, es evidente que era a la misma a quien incumbía la carga de probar tal hecho, en atención a ello las consecuencias negativas de dicha falta de prueba deben predicarse respecto de la demandada y no de la

actora. Y si bien es cierto, como sostiene el Juez " a quo " que si, como mantiene el Sr. Jesus Miguel , representante legal de la actora, no se le informo a él por parte del Sr. Carlos María , ello si que es algo que en nada afecta al alcance del contrato y si solo a las relaciones entre el entidad actora y su apoderado, pero lo que si afecta a las partes del contrato, actora y demandada, es que la demandada acreditara que realmente se efectúo dicha información. Y es manifiesto que ninguna prueba ha realizado la demandada para tratar de acreditar, por un lado la necesaria información de una operación que no tiene nada de sencilla, y por otro lado la independendencia de dicho contrato de los prestamos hipotecarios que la actora tenía concertados con la entidad demandada, lo que requiere una adecuada información de estos riesgos y consecuencias económicas, lo que no consta se hiciera de esa forma, lo que incumbe probar a la parte demandada, no ya solo porque es algo que a ésta corresponde efectuar, siendo la parte que ofrece el producto, integrándose en esa oferta, la información pertinente que haga comprensible a la otra parte contratante la realidad del producto ofrecido, para poder emitir un consentimiento formado correctamente, sino también por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria- *ex art. 217-7 LEC* - del cumplimiento efectivo de una información adecuada, la que debe producirse con mayor intensidad en el sistema y operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del *Art. 79.1, a),c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* , lo que corrobora el R. *Decreto 629/1993, 3 de mayo* , respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"- *art. 5.3.-*.

En el caso de autos existe una total falta de prueba de haber recibido dicha información, al margen de la *cláusula II* del exponen que dice así: " el cliente reconoce y acepta que los instrumentos financieros contratados al amparo de este contrato comportan un grado de riesgo derivados de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de estos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produjera cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en este contrato " (folio101).

Dejando al margen la ambigüedad de dicho texto, se constata que las expresiones utilizadas, no son lo suficientemente clarificadoras. Así solo cabe hacer mención, como más relevante cuando se refiere a la evolución de los tipos de interés, que consta " sea contraria a la esperada, esto es que, muy por debajo del tenido en cuanta, que podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente contrato ", vemos que en ningún momento se hace mención de una forma clarificadora, que ello podría dar lugar a que el cliente tuviera que pagar y además cantidades importantes en caso de cancelación anticipada.

No consta acreditado que por parte de la demandada se efectuara la información en los términos prevenidos en la normativa anteriormente referida, ya que en el caso presente no es que se trate de dilucidar si la información fue o no suficiente, o si la misma se ajusto a las previsiones de la normativa vigente al momento de la firma del contrato, sino que no existe prueba de la información que se dio, y en consecuencia no podemos afirmar ni si fue mínima, amplia o suficiente, lo que acontece es que no sabemos cual fue la que se dio, más allá de lo que consta en el contrato.

Y si bien es cierto que en el caso presente, por razones temporales no es de aplicación la *Ley 47/2007* , que modificó la *Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de febrero* , y que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que traspuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas MIFID de la UE (n Directivas 2004/39/ CE y 2006/73 /CE), en el caso presente no consta que la demandada facilitara una información exhaustiva del contrato y de la desvinculación del contrato de préstamo hipotecario, no sabemos si la misma fue defectuosa o no, pero lo que si podemos afirmar es que la demandada no ha acreditado cual fue la información facilitada sobre el producto ofrecido y finalmente contratado, y en consecuencia debemos concluir que si no se facilitó a la recurrente la información necesaria que debía proporcionársele y que podría haberle alertado del error en que incurría al suscribir el contrato, y no pudiendo presumirse que la recurrente tuviera un conocimiento preciso de las características del mismo y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía de la sola lectura de sus cláusulas y condiciones no podía llegar a inferirse tal conocimiento, no cabe otra conclusión que la de apreciar dicho error como excusable. No llenaba el producto ofrecido por la entidad demandada, las aspiraciones que se suponen ciertas, por la proximidad de fechas, y por no haber sido desvirtuados con prueba de contrario,,de conseguir una mayor estabilidad de la deuda, protegiéndose de las fluctuaciones de los intereses existentes en el contrato de préstamo hipotecario.

Es obvio, que a la entidad demanda no le es exigible que vele por los intereses del cliente anteponiéndolos al suyo propio, pero como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec. 1,

de fecha 27 de enero de 2010, nº de recurso 508/2009: "Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual( *art. 7 Código Civil* ) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V."

En el caso presente, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo del contrato y la ya transcrita del expositivo del contrato y estas no solo son ambiguas, sino también que en las mismas se aprecia una posición privilegiada del demandado, solo cabe hacer mención a la *cláusula 5* ) en la que consta " que el cliente reconoce el derecho de la Caixa durante la vigencia del periodo de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas al mercado, que según el parecer de la Caixa, alteren sustancialmente la situación existente en los mismos, de anular el presente contrato sin ninguna responsabilidad para la Caixa, si bien, en este caso, la Caixa podrá ofrecer al cliente un Producto alternativo y de características similares al cual se le ofreció inicialmente ". Sin embargo no consta que el cliente pueda optar por tal posibilidad cuando concurren circunstancias sobrevenidas o por cualquier otra causa, y viéndose solo abocado a la cancelación anticipada con las consecuencias tan negativas para el cliente.

En el caso presente la única información acreditada es la que consta en el clausulado del contrato, con lo cual el cliente, en este caso el ahora recurrente, no puede ser se limite a dar su consentimiento a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con por una insuficiente información derivada de las cláusulas del contrato, ambiguas en unas ocasiones y utilizando conceptos indeterminados en otras, como se ha referido anteriormente, mientras que la Caixa sí la posee o por lo menos la podía poseer, si bien no con una certeza indubitada, si con unas expectativas de futuro posible o previsibles por los movimientos financieros de los cuales el recurrente no tenía o no podía tener conocimiento más allá de la información que le facilitara la Caixa, que en el caso de autos no consta lo hiciera dada la absoluta falta de prueba al respecto.

Como razona la sentencia referida de la Audiencia Provincial de Oviedo Secc 5, de fecha 27 de enero de 2010, nº de recurso 508/2009 "Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado *Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo*, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el *Art. 60.5 del RD 2172.008* , si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (letra b).".

Como ya razona la sentencia de Instancia, la persona que hubiera podido facilitar toda la información necesaria sobre las relaciones precontractuales, si hubo o no simulaciones del mercado, el entorno en que se firmo el contrato, la razón de la firma del contrato, si hubo o no presión de la entidad demandada para obtener la firma del contrato swap en contrapartida a una mayor línea de crédito o la novación hipotecaria, no era otra que Don. Carlos María , sin embargo no acierta la sentencia en cuanto a la carga de dicha prueba en cuanto a la información facilitada ni las consecuencias derivadas de esta falta de prueba, que la sentencia las atribuye en exclusiva a la parte actora, cuando como ya se razonado anteriormente y especialmente en orden a la información facilitada correspondían a la parte demandada.

**QUINTO.-** Por todo ello debemos concluir que la contratante en su día, hoy recurrente en el presente procedimiento, se acogió a la firma de tal swap porque la información ofrecida por la entidad bancaria le indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, algo que se acredita se produjo por una falta de información imputable a la Caixa contratante, sobre el producto ofrecido, dándose los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2.000 : "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (SSTS RJ1994,1469 o SSTS RJ1998,3711).

Es atención a todo ello y al concurrir la aplicación del *artículo 1.265 del Código Civil* , cuando dice que

es nulo el consentimiento prestado por error, es procedente declarar la nulidad del contratos de swap suscrito por la parte recurrente y dejar sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato. La estimación de dicho motivo hace innecesario entrar en el examen de los demás motivos invocados en el recurso.

**SEXTO.-** Que de conformidad con lo dispuesto en el *Art. 398 de la L.EC* . al estimarse el recurso de apelación no se hará pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada. En cuanto a las costas de Primera Instancia, al revocarse la sentencia y en consecuencia estimarse la demanda, las costas de Primera Instancia se impondrán a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el *Art.394 de la L.EC* .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

**QUE ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad PROMOTIVAS PIRINEO 2005 S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona en el procedimiento ordinario nº 801/2010, del que dimana el presente Rollo de apelación, REVOCAMOS, dicha resolución y en su lugar dictamos otra por la que se estima la demanda formulada por la parte recurrente, contra CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL y **DECLARAMOS** , la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 23 de abril de 2007 suscrito por las partes en, con sus consecuentes efectos restitutorios. Con imposición de las costas de Primera Instancia a la parte demandada.

No se hace pronunciamiento expreso respecto de las costas de esta alzada.

Contra dicha sentencia no cabe interponer recurso alguno al haberse tramitado no por razón de la materia sino de la cuantía y ser esta inferior a 150.000 euros.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Iltra. Sra. Magistrada - Ponente D<sup>a</sup>. María Isabel Soler Navarro, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.