

ISABEL PÉREZ MARTÍNEZ
Procuradora dels Tribunals
C/ Castell, 26 · Tel. 973 48 03 00
25280 SOLSONA (Lleida)

Not. 3/12/n.

JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA I INSTRUCCIÓ ÚNIC DE SOLSONA
Carrer Llobera 1 bis
25280 Solsona
Telèfon 973 48 19 11 i fax: 973 480 130

PROCEDIMENT: judici ordinari 403/2011

Part actora:	SL i	SL
Advocat: Óscar Serrano Castells		
Procuradora: Maria Isabel Pérez Martínez		
Part demandada: Banco Mare Nostrum		
Advocat/ada: DAvid Viladecans Jiménez		
Procuradora: María del Carmen Sepúlveda Nieto		

SENTÈNCIA núm. 130

Solsona, 27 de novembre de 2012

Joan L. Cardona Ibáñez, magistrat jutge titular d'aquest Jutjat, he conegit d'aquestes actuacions de declaració de nul·litat contractual i he emès la següent Sentència.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. El 26 de juliol de 2011 les demandants indicades anteriorment van interposar una demanda contra Caixa Penedès (Banco Mare Nostrum). Després de ser requerides el 15 de setembre perquè abonessin la taxa corresponent, es va admetre la demanda a tràmit mitjançant el decret de 4 d'octubre de 2011, que es va notificar a la demandada. Aquesta la va contestar el 14 de novembre i es va oposar a les pretensions de les demandants. Per això, la provisió de 15 de novembre de 2011 va citar les parts per celebrar l'audiència prèvia el 26 de gener de 2012.

Segon. Aquest dia van comparèixer les dues parts i es van ratificar en les seves posicions. Es va disposar que l'excepció d'acumulació indeguda d'accions es resoldria per resolució separada, cosa que es va fer mitjançant la interlocutòria d'1 de febrer, que va desestimar l'excepció i contra la qual no es va interposar cap recurs.

Les demandants van sol·licitar l'interrogatori del representant legal de la part demandada, concretament del director actual de l'oficina i també de l'anterior, declaracions que es van admetre però en qualitat de testimonis. A més va proposar els documents aportats amb el seu escrit de demanda, el document que va aportar a l'audiència prèvia i la declaració d'uns testimonis. La societat demandada va proposar els documents aportats amb la seva contestació, va fer seus els aportats per la demandant, va aportar unes resolucions judicials, va sol·licitar l'interrogatori de les demandants i la declaració d'un testimoni. Totes les proves es van admetre i es va assenyalar el 17 de maig de 2012 com a data

per celebrar el judici.

Tercer. El dia assenyalat per al judici van comparèixer les dues parts i es van practicar tots els mitjans de prova, excepte la declaració d'uns testimonis als quals va renunciar la part demandant. Després de les conclusions finals, el Judici va quedar vist per a sentència.

FONAMENTS DE DRET

Primer. Determinació de l'objecte del procés i de la legislació aplicable.

Tal com es pot comprovar en els escrits de demanda i de contestació, les parts exposen clarament la naturalesa dels contractes impugnats i citen tant la normativa aplicable com moltes resolucions judicials en suport de les seves pretensions. Establerta aquella naturalesa, no té sentit incloure en aquesta sentència els textos literals de les moltíssimes resolucions judicials que els últims anys s'han encarregat de resoldre les controvèrsies al voltant dels contractes de permuta financera. Amb l'esmentat text es podrien omplir desenes de pàgines, per la qual cosa em remeto a la Jurisprudència citada per les parts i únicament inclouré cites que considero específicament aplicables a aquest cas i que a més han estat extretes de les sentències més recents que es poden trobar al Centre de Documentació Judicial, algunes d'elles per demandes dirigides contra Calxa Penedès.

Això, tot indicant que les parts no discuteixen quina és la normativa aplicable, encara que sí la seva interpretació en alguns punts, i que les demandants no pretenen l'aplicació de l'actual text de la Llei per a la defensa dels consumidors i usuaris ni la seva condició de consumidors a aquells efectes.

Tret d'això, l'acció principal exercitada es fonamenta en un error en la prestació del consentiment per part de les demandants, error que cal valorar segons les normes jurídiques i resolucions indicades i les que citaré. Finalment, cal indicar que la nostra Audiència Provincial no ha dictat sentències sobre aquesta qüestió, o almenys no es poden localitzar en les bases de dades. Es desconeix per tant quina serà la línia seguida per la Sala, o almenys els principis generals en virtut dels quals examinarà cada cas en particular. Davant l'absència d'aquesta jurisprudència, i encara que només sigui perquè recull les diferents posicions que sobre els swaps venen mantenint les audiències provincials, es pot citar la recent sentència de la Secció 14 de l'Audiència Provincial de Barcelona, 361/2012 de 18 de Juny:

Como ya dijimos en la resolución referida, dado que la problemática aquí planteada se ha presentado ya en otros casos, vale la pena recoger la opinión de las diversas Secciones de esta Audiencia Provincial, que, por una parte, es favorable a la consideración de que, en relación con los derechos de los consumidores, los contratos de permuta financiera incurren en una falta de información y provocan error del consentimiento, si no dolo reticente, y producen un desequilibrio prestacional, y, por otra, defienden en determinados supuestos su pleno valor, fundamentalmente con relación a sociedades mercantiles, conforme al principio de autonomía de la voluntad:

a) *Se valora que corresponde a los bancos ofrecer los tipos de interés variables*

o fijos y que estos productos pueden producir resultados muy negativos para el cliente en un escenario de continuas y fuertes bajadas, de forma que las importantes diferencias que aplican las entidades financieras sobre un mismo préstamo hacen desistir a los clientes del tipo fijo casi siempre; y se considera que esta diferencia resume el resultado, en cada momento, de los estudios de mercado de las propias entidades financieras, en la prospectiva a corto - medio plazo de la evolución de los tipos y su conocimiento al respecto en cuanto a su probable evolución; se añade que no se utilizan fórmulas claras, desde un punto de vista aritmético, y que las permutas no vienen acompañadas de ninguna simulación de los diferentes posibles, con una información insuficiente y contradictoria, en especial, en algunos casos, sobre la inexistencia de "suelo" (SAP, Civil sección 11 del 30 de Enero del 2012 (ROJ: SAP B 567/2012) y SAP, Civil sección 11 del 16 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP B 10107/2010);

b) También se ha dicho que, "seguramente se han utilizado inadecuadamente fórmulas contractuales (swaps) para particulares cuando nacieron como productos para grandes inversores, con conocimientos profundos sobre el funcionamiento del sistema financiero, mercados de valores" y que "se han comercializado como seguros o contratos de cobertura, en muchos casos (...), sin especificar que era la entidad financiera quien se cubría y protegía ante un más que previsible desplome del EURIBOR" (SAP, Civil sección 19 del 09 de Mayo del 2011 (ROJ: SAP B 4778/2011) y se aprecia la falta de información, respecto a un consumidor particular (SAP, Civil sección 1 del 13 de Diciembre del 2011 (ROJ: SAP B 12091/2011);

c) Pero se desestima la demanda que insta la ineficacia cuando se considera que la sociedad pudo obtener información suficiente y ésta constaba en el contrato (SAP, Civil sección 16 del 12 de Diciembre del 2011 (ROJ: SAP B 11911/2011) y no se aprecia error, ni dolo y sí suficiente información, en relación con el contrato de permuta financiera vinculado con una hipoteca (SAP, Civil sección 13 del 21 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP B 1297/2012) y SAP, Civil sección 13 del 14 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP B 1219/2012);

d) Específicamente, respecto a productos de permuta tipo clip de swap , la mayor parte de las resoluciones consideran que este contrato está incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la LMV (art. 2), califica de minoristas a las sociedades implicadas, lo que arrastra la obligación de asegurar el derecho de información que se concreta en el art. 79-bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (introducido por la adaptación de la normativa MIFID, procedente de la Directiva 2004/39/CE e incorporada al ordenamiento español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre) y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, y que, conforme al art. 73 del Reglamento 217/2008, de 15 de febrero , las entidades que prestan estos servicios hayan de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofrecido o demandado; se aprecia, así, que hay responsabilidad cuando no consta que se hiciera previamente el "test de conveniencia", sino sólo se marcaron las "aspas" ("X") en un contrato;

e) Pero se añade que el incumplimiento de deberes administrativos no da lugar a la nulidad porque, ni frustra la finalidad de la información pretendida (al momento del contrato, los tipos Euribor estaban al alza), ni habría producido un resultado contractual diferente, ni afecta a los vicios del consentimiento (porque las liquidaciones a practicar dependían de circunstancias del mercado con las que la

entidad bancaria no tenía por qué estar familiarizada), ni afectaba al objeto (a pesar de que pudiera afectar la equidad), ni a la causa (SAP, Civil sección 15 del 22 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP B 1280/2012);

f) En otras resoluciones, es decisivo que se consignase que el cliente declaraba tener experiencia en la contratación de productos de esta naturaleza (SAP, Civil sección 15 del 16 de Mayo del 2011 (ROJ: SAP B 5858/2011);

g) Otras Audiencias, confirman la nulidad del contrato swap, en muchas ocasiones en la fórmula Bankinter, por error, vicio de consentimiento o falta de información (SAP, Civil sección 7 del 12 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP O 689/2012); SAP, Civil sección 1 del 09 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP VA 424/2012); SAP, Civil sección 7 del 08 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP O 533/2012) SAP, Civil sección 7 del 23 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP O 332/2012) SAP, Civil sección 1 del 21 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP P 101/2012) SAP, Civil sección 1 del 20 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP VA 258/2012); SAP, Civil sección 5 del 20 de Junio del 2011 (ROJ: SAP Z 1415/2011), aunque otras niegan la nulidad por falta de prueba de vicios del consentimiento (SAP, Civil sección 18 del 05 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP M 3615/2012).

Segon. Valoració de la prova practicada i resolució de la qüestió.

L'entitat demandada sosté que, amb independència que els contractes hagin estat redactats amb claredat i la informació al client sigui la correcta (fet que, al costat d'altres circumstàncies, exclouria l'error sobre un element essencial), el representant legal de les societats tenia formació i experiència suficient per comprendre els termes dels contractes. Concretament, se sosté que és el titular de diverses societats i, fonamentalment, que va ser alt càrrec d'una entitat bancària durant diversos anys.

Cal indicar en primer lloc que les demandants han de tenir la consideració de *minoristes* segons la legislació aplicable. Les resolucions judicials que es poden examinar sobre aquesta qüestió consideren com una infracció greu o molt greu dels deures de diligència i informació que corresponen a l'entitat bancària no sotmetre al client al *test de conveniència* que exigeix la legislació. La demandada sosté que no es va realitzar l'esmentat test perquè en el moment de celebrar els contractes havia entrat en vigor la Llei 47/2007, però no el Reial decret 217/2008, de 15 de febrer. No obstant, d'una banda, això no l'eximeix de complir tant les obligacions d'aquella Llei com les que ja estableix la legislació anterior. En aquest sentit, la recent sentència 479/2012, de 12 de setembre, de la Secció 10 de l'Audiència Provincial de Madrid estableix:

Los contratos de permuto a cuya nulidad relativa se circunscribe el objeto litigioso se suscribieron con posterioridad a la Ley 47/2007 y al Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Sin embargo la ley 24/1988, de 28 de julio, ya establecía como regla general cardinal del comportamiento de las empresas de servicios de inversión y de entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de los clientes como propios, y el RD 629/1993 desarrolló en su anexo un código de conducta presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y adecuada información respecto de la clientela, a

efectos de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), proporcionando el cliente toda la información de que disponga que puede ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión haciendo hincapié en los riesgos que cada operación comporta. Dicho Real Decreto fue derogado, y la Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39 CE sobre Mercados de Instrumentos Financieros, encaminada fundamentalmente a proteger a los inversores y asegurar el funcionamiento armónico de los mercados de valores, lo que precisa un régimen global de transparencia a fin de que los participantes en el mercado puedan evaluar en todo momento las condiciones de la operación que estén sopesando y comprobar a posteriori las condiciones en que se llevó a cabo.

En el mateix sentit, la sentència 180/2012, de 16 d'abril, dictada per la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Castelló estableix:

La aplicación de la normativa al supuesto sometido al examen del tribunal, conduce a la conclusión de que en el presente caso la entidad financiera que ofertó la contratación infringió la misma y no ofreció al cliente la información que por ley debía dispensar:

a) XX S.L. ha de ser integrada en el grupo de clientes minoristas, con arreglo a la clasificación de la citada Directiva comunitaria, recogida en el ordenamiento nacional en el art. 61 del R.D. 217/2008. La definición de las clases de clientes se contiene en el art. 78.bis de la Ley de Mercado de Valores (tras la modificación operada por la Ley 47/2007). Con arreglo a la misma, son profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. En particular entidades financieras de crédito, empresas de servicios de inversión, compañías de seguros, etc. También las Administraciones y organismos públicos, bancos centrales etc. Empresarios que reúnan determinadas características de partidas de activo, cifra de negocios, recursos propios, etc.

Todos los que no tengan cabidas en la consideración de profesionales, se consideran minoristas. Ciento es que éstos pueden renunciar de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, pero ello requiere una adecuada evaluación por parte de la empresa de inversión (aquí la Caixa Penedés) de su experiencia y conocimientos.

Per tant, davant la falta d'acreditació d'aquells coneixements per part de les societats demandants i tenint en compte a més que el seu objecte social no es troba entre cap dels indicats en aquell article, la qualificació no pot ser altra que la de *minoristes*.

Un cop establert l'anterior, cal recordar que encara que no s'appliqui la normativa formal en matèria de protecció de consumidors i usuaris, la jurisprudència ha establert clarament que el deure d'informació correspon a les entitats bancàries i també correspon a elles la càrrega de provar que van informar correctament el client. Així es comprova en les següents resolucions, per esmentar només les més recents.

SAP de Madrid, Secció 10, núm. 570/2012 del 18 d'octubre:

El onus probando de la correcta información en el mercado de productos financieros, como tantas veces hemos reiterado, recae sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante de los intereses de sus clientes, a quienes no se puede imponer la carga de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Además no basta afirmar que se informó al cliente de las características del producto, sino que ha de expresarse qué información concreta se proporcionó para que el órgano judicial tenga pleno conocimiento de si la entidad demandada se atemperó al deber de información que le incumbe.

SAP de Zaragoza, Secció 5, 459/2012 de l'11 de setembre del 2012:

El tercer motivo de apelación sostiene infracción de las reglas de la carga de la prueba. En apoyo del motivo alega que es absolutamente erróneo que la carga de la prueba de haber facilitado toda la información necesaria para que el cliente tuviera un pleno conocimiento de las características y funcionamiento de la permuta financiera, así como de sus riesgos, correspondiera al banco, pero como ya hemos dicho, en el anterior fundamento de derecho segundo, es específico que tal prueba sí corresponde al banco, por lo que el recurso ha de ser rechazado

D'acord amb la qualificació i les càrregues anteriors, s'han d'examinar la informació subministrada als clients.

Pel que fa a la qualificació d'aquells contractes com a una assegurança, les demandants aporten un fullet informatiu (document 9 de la demanda) i informació publicitària extreta del web de Caixa Penedès. En la contestació a la demanda s'indica que el fullet no correspon a l'oferta d'un contracte de permuta financera sinó a un CAP. No obstant això, no s'aporta cap justificació documental sobre això ni cap prova que ho acrediti i, a més, precisament per contestar aquestes al·legacions les demandants van presentar un nou document a l'audiència prèvia (número 41). A més, aquells documents 8 i 9 presenten una redacció que ja ha estat considerada com a enganyosa o confusa en diverses resolucions, com en la també recent SAP d'Oviedo, Secció 5, número 354/2012 del 3 d'octubre:

Igualmente se señala que en la publicidad del producto litigioso la entidad demandada utiliza expresiones como "cobertura IRS" o "eliminar los riesgos de subidas de tipos de interés", concretamente que "permite convertir el tipo de interés variable en fijo siempre que lo deseé y así eliminar los riesgos de subidas de tipos de interés".

Pel que fa al document 41, s'utilitzen expressions similars. A més, el que més crida l'atenció és que malgrat que la societat demandada nega que la seva publicitat sobre aquests productes sigui equívoca o enganyosa, no ha aportat ni un sol document sobre la manera que publicita tals productes, incomplint les càrregues de la prova que li corresponen. Per tant, el primer estadi de la informació, relativ a la publicitat del producte, sembla que dista molt de complir els requisits que exigeix la jurisprudència.

Quant als contractes marc, la seva importància és relativa ja que les clàusules contractuals concretes es contenen en els documents de confirmació. No obstant això, si que és molt significativa la manera com estan redactats els termes i les explicacions en els annexos I i II, concretament els relatius a les diverses operacions matemàtiques per als càlculs d'interessos, així com la terminologia utilitzada. Una simple lectura d'aquells documents permet constatar que difícilment són intel·ligibles per a un usuari ordinari, i que per descomptat exigeixen una informació suplementària i una explicació detallada per part de l'entitat bancària. Sense anar més lluny, es pot examinar els termes en què s'expliquen apartats com "Capitalització", i a més s'utilitza no ja una terminologia pròpia del trànsit financer sinó moltes expressions en anglès, termes que la jurisprudència citada per les demandants ja ha manifestat que exigeixen una explicació comprensible i detallada.

Pel que fa als contractes de confirmació (entre ells el document número 5 de la demanda), ja de primeres s'inicia amb termes que han estat interpretats com a enganyosos o equívocs per sentències que precisament han resolt demandes presentades contra la mateixa Caixa Penedès. Així, per exemple la SAP de Barcelona, Secció 1a, número 367/2012, de 25 de juliol:

El demandante, según consta en autos (fol. 238), figura en los ficheros de la Caixa de Penedés con la categoría MIFID de minorista, por tanto, se trata de una persona ajena a toda operativa de especulación financiera que ostenta el nivel máximo de protección, tanto a nivel de información y comprensión de los productos financieros que se están adquiriendo, como en la acreditación de que dicha información se ha realizado. En esta situación, aun admitiendo que se trata de una persona preparada en el desarrollo de la actividad mercantil propia de su empresa, con los necesarios conocimientos financieros que ello exige, lo cierto es que estamos ante productos que se ofrecen en una determinada coyuntura económica y que exigen, para su compresión y correcta valoración, un adecuado asesoramiento. Este tipo de contratos regulan un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos.

(...)

b) En el contrato de swap de 5 de marzo de 2007 se establece que la finalidad de la operación "es la cobertura de riesgos de subidas de interés derivados de determinados pasivos financieros contraídos por el mismo (fol 500)"; frase que se encuentra claramente destacada en negrita y subrayada; sin embargo no hay ninguna advertencia similar relativa a la bajada de los tipos de interés.

Aquesta és la mateixa redacció que es conté en la pàgina 1 del contracte de confirmació aportat com a document 5.

Igualment, en el mateix contracte es conté la clàusula de barrera ja indicada per les demandants, al qual cal unir la clàusula sòl dels préstecs hipotecaris. Sobre la interpretació que la jurisprudència ha realitzat de les esmentades clàusules, em remeto a les resolucions citades per les demandants.

De la mateixa forma, en la pàgina número 5 es conté una regulació de la cancel·lació anticipada que igualment ha estat considerada com a confusa per la jurisprudència. En aquest sentit, la SAP d'Ourense, Secció 1a, número 397/2012, de 26 d'octubre:

Tampoco puede aceptarse la defensa que en el recurso se hace de la sencillez del contrato. Como antes se dijo, el propio legislador (artículos 78 bis y 2 de la LMV antes mencionados) lo tilda de complejo. Sus cláusulas distan de ser claras para su entendimiento por quien, según admitió la demandada, carece de conocimientos financieros, al margen el volumen de sus negocios. No indica los riesgos asumidos, con claridad, sencillez, de manera imparcial y visible, como el legislador exige. No es tanto la mecánica de intercambio que refleja como lo que omite. Conlleva altos riesgos no evidenciados en sus términos literales que podrían dar lugar a liquidaciones negativas, frustrándose la finalidad perseguida de reducción de costes financieros, al margen de que su naturaleza especulativa no ofrece duda. De especial importancia resulta la imposibilidad de conocer con su mera lectura las consecuencias del vencimiento anticipado que quedan en absoluta indefinición, siendo la caja la que habría de determinar el saldo resultante "de acuerdo con los precios de mercado". Tan es así que el testigo antes mencionado, interviniendo en la operación como representante de la demandada, admitió desconocer la forma de cálculo, con lo que mal podría informar al cliente de aspecto cuya relevancia queda evidenciada por el hecho de que para la cancelación se hubiese exigido a las demandantes el pago de 92.000 euros. No se cumple, pues, el requisito de proporcionar al cliente minorista información sobre cualquier cuestión que repercuta sobre el precio a pagar por el instrumento financiero, a que alude el artículo 66 del Real Decreto 217/2008.

Així les coses, tant la publicitat relativa al producte contractat com els documents contractuals posteriors presenten no ja una complexitat que exigeix necessàriament l'explicació en detall al client, sinó que donen una aparença en el seu conjunt que si bé no es pot equiparar a una assegurança sí que poden produir aquella impressió al client si no se l'informa correctament. És curiós que algunes sentències aportades per la demandada, habitualment dictades per jutges de primera instància, considerin que el swap és un producte de "fàcil comprensió". Certament, les audiències provincials semblen tenir un criteri diferent, sobretot en les seves resolucions més recents, i cal recordar que moltes d'aquestes sentències recorden que la pròpia Llei ho qualifica com a "complex" (en aquest sentit, l'última sentència citada).

En definitiva, sembla més que evident que els productes contractats exigen una explicació detallada al client i que aquesta havia de ser d'acord amb la relació de confiança existent amb l'entitat, relació que ha estat establerta per moltíssimes resolucions, com és conegut. I és en aquest punt on hi ha la major insuficiència probatòria per part de la demandada. Efectivament, tant el representant legal de les societats demandants com l'anterior director de l'oficina van manifestar que va ser un altre empleat de l'entitat qui es va encarregar de detallar la informació al client i de resoldre els seus dubtes. D'aquesta manera, no es pot atribuir cap responsabilitat al director de l'oficina quan la pròpia entitat exigeix que sigui un empleat especialitzat qui compleixi amb la informació que exigeix la llei. Això a més que la pròpia especialització que l'entitat bancària atorga a aquest empleat alerta sobre la complexitat de la contractació. Doncs bé, tenint en compte que correspon a l'entitat bancària acreditar que va complir amb el seu deure d'informació, sorprèn que no s'hagi cridat a declarar a aquell empleat. Si va ser l'especialista comissionat per l'entitat bancària per realitzar aquella gestió, la seva declaració apareix com a determinant, sobretot a la vista del contingut dels documents que s'han indicat anteriorment. Com recollia una Sentència ja citada,

la diligència en l'obligació d'informació que correspon a l'entitat bancària "no és la genèrica d'un bon pare de família, sinó l'específica de l'ordenat empresari i representant dels interessos dels seus clients, als quals no es pot imposar la càrrega de provar un fet negatiu com és l'absència d'aquesta Informació". D'aquesta manera, i d'acord amb els criteris probatoris establerts i el general de l'article 217 de la Llei d'enjudiciament civil, hi ha una important insuficiència probatòria atribuïble a la societat demandada.

Finalment, cal atendre també a les al·legacions de la demandada sobre el fet que el representant legal de les demandants tenia coneixements suficients per a la comprensió dels contractes. Concretament, s'al·lega que és un empresari amb un volum de negoci important i, fonamentalment, que va ser un alt càrrec d'una entitat bancària. Certament, aquestes circumstàncies poden plantejar dubtes sobre la qüestió disputada, però ell anàlisi de la jurisprudència sobre això va en un sentit si no contrari, sí molt matisat. La ja indicada SAP de Barcelona, Secció 1a, número 367/2012, de 25 de juliol, establia:

El demandante, según consta en autos (fol. 238), figura en los ficheros de la Caixa de Penedés con la categoría MIFID de minorista, por tanto, se trata de una persona ajena a toda operativa de especulación financiera que ostenta el nivel máximo de protección, tanto a nivel de información y comprensión de los productos financieros que se están adquiriendo, como en la acreditación de que dicha información se ha realizado. En esta situación, aun admitiendo que se trata de una persona preparada en el desarrollo de la actividad mercantil propia de su empresa, con los necesarios conocimientos financieros que ello exige, lo cierto es que estamos ante productos que se ofrecen en una determinada coyuntura económica y que exigen, para su comprensión y correcta valoración, un adecuado asesoramiento. Este tipo de contratos regulan un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos.

I la SAP de Madrid, Secció 9, número 440/2012 de 24 de setembre:

En modo alguno las circunstancias personales del cliente, como son ser licenciado en derecho, y haber trabajado durante un año en una entidad bancaria, excluyen la obligación de la entidad financiera de realizar una correcta información, ni por ello debe decaer la protección que debe tener el actor en su doble condición de cliente minorista y de consumidor, pues tales datos personales no excluyen el carácter esencial y determinante del error en la celebración del contrato.

Plantejades així les coses, sembla evident que el fet de dedicar-se al món empresarial (bàsicament l'immobiliari) no implica per se el coneixement de la naturalesa dels contractes que ens ocupen i, particularment, del contingut concret de la seva redacció. Quant al fet que durant alguns anys fos un alt càrrec d'aquella entitat bancària és un fet que en principi apareix com a "espectacular" per a la valoració de les circumstàncies (en la mateixa contestació es ressalta en lletra més gran, majúscules i negreta). No obstant això, les explicacions que va donar el representant legal de les demandants sobre el fet que va desenvolupar la seva activitat en representació dels impositors i les respostes a les diferents preguntes que se li van dirigir van resultar convinents per ponderar els fets.

En definitiva, tant la publicitat com la forma concreta de la redacció dels contractes apareixen confusos i poden induir a error als contractants, aquest error recau sobre circumstàncies evidentment fonamentals dels contractes, i no sembla que pugui qualificar-se com a excusable d'acord amb les proves

practicades i els criteris jurisprudencials i legals. A tot això, repetir novament la insuficiència probatòria atribuïble a la demandada. Per tant, és procedent estimar la demanda d'acord amb les normes jurídiques i la jurisprudència citades per les parts i les indicades en aquesta sentència.

Tercer. Condemna a costes.

Atès que he estimat íntegrament la demanda, escau imposar les coses a la demandada d'acord amb l'article 394 de la Llei d'enjudiciament civil.

DECISIÓ

Estimo íntegrament la demanda interposada per les societats SL i SL contra l'entitat Banco Mare Nostrum i:

1. Declaro la nul·litat dels dos contractes marc d'operacions financeres i dels dos contractes de permuta financeres de tipus d'interès celebrats entre les parts el 31 de desembre de 2007.
2. Condemno el Banco Mare Nostrum a la devolució a les demandants de totes les quantitats pagades o carregades en compte fins a la data d'aquesta Sentència o fins a la terminació total d'aquest procediment, a més dels interessos legals que corresponen des de la interposició de la demanda i fins al seu efectiu pagament, sense perjudici de les compensacions que s'hagin d'efectuar per les quantitats rebudes per les demandades en execució de tals contractes.
3. Condemno el Banco Mare Nostrum al pagamento de totes les costes processals causades.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts, feu-los saber que no és ferma i que hi poden interposar un recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Lleida, que han d'interposar en aquest Jutjat en els vint dies següents a la seva notificació. Perquè s'admeti a tràmit el recurs és necessari que la part acrediti que ha consignat en el compte d'aquest Jutjat la quantitat de 50 euros. Si el recurs s'estima, totalment o parcialment, la part recurrent recuperarà el dipòsit; en cas contrari, el perdrà i s'ingressarà al Tresor Públic.

Així ho mano i ho signo.