

ROLLO núm.

S E N T E N C I A núm. 187/2014

Doña Ana María Ninot Martínez

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número seguidos por el Juzgado Primera Instancia 2 Rubí, a instancia de

quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra BANCO MARE NOSTRUM, SUCESOR PROCESAL DE CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO MARE NOSTRUM, SUCESOR PROCESAL DE CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 17 de mayo de 2011, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado de 1ª Instancia de 1ª Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Sr/a. Jefe del Colegio de Procuradores de la misma Audiencia Provincial de Barcelona.

Juzgado DE COL·LEGI PROCURADORS
DE BARCELONA
RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ
12 -05- 14 / 13 -05- 14

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por

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."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANCO MARE NOSTRUM, SUCESOR PROCESAL DE CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado treinta de abril de dos mil catorce.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

PRIMERO.- Contra la Sentencia dictada en fecha 17 de mayo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Rubí en el juicio ordinario registrado con el n° seguido a instancia de

contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, que estima la demanda con imposición de costas, interpone recurso de apelación CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS en solicitud de que "en su día dicte Sentencia por la que:

- Con carácter principal, estimando en el (sic) presente Recurso de Apelación, revoque la Sentencia de primera instancia recurrida, con expresa imposición de costas a las mercantiles demandantes en autos;
- Y, subsidiariamente, para el caso de confirmar la declaración de nulidad contenida en la Sentencia apelada, se limite dicha declaración únicamente a las concretas operaciones formalizadas el día 2 de octubre de 2007 por [redacted], el día 27 de noviembre de 2007 por [redacted] y el día 29 de febrero de 2008 por [redacted], revocando la declaración de nulidad de los respectivos Contratos Marco de Operaciones Financieras suscritos por las mismas entidades en las fechas indicadas con anterioridad, sin imposición de costas en dicho supuesto", al que se oponen las demandantes.

SEGUNDO.- En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la parte actora solicitó al Juzgado que "se dicte una sentencia, estimando íntegramente la

trataba era de aumentar los objetivos del personal de la sucursal financiera en cuestión. Mi representado firmó el contrato convencido, como se ha dicho, que se estaba firmando un seguro ante las subidas de los tipos de interés variable... los mencionados empleados de la sucursal, no explicaron qué podía pasar si los tipos de interés bajaban.... Tampoco explica nada de cómo se puede cancelar el producto y de los costes ni de su cálculo de cómo llevarlo a cabo... Además, cabe decir que a mi representado no se le formuló el conocido Test de Conveniencia o Idoneidad,... Por otro lado, en el momento de la contratación, CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES conocía muy bien cuáles eran las previsiones de evolución del Euribor a medio plazo, y sin embargo esto, no facilitó a mi representada esta información, con evidente mala fe contractual... Esta parte alega el error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad de los contratos suscritos con la entidad demandada en fechas 2 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y 29 de febrero de 2008. El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado... Toda vez que esta parte mantiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con los distintos préstamos que había suscrito con la entidad demandada. En definitiva, se trataba de asegurar la contingencia de una posible subida de tipos de interés de los préstamos en cuestión..."

La parte demandada compareció en tiempo y forma y contestó a la demanda y solicitó su desestimación "declarando la vigencia del contrato impugnado", con imposición de costas.

Adujo, también en síntesis, que "...La posibilidad de contratar instrumentos financieros se trató con ocasión de la formalización de cada una de las financiaciones hipotecarias que vinculan a las Demandantes con Caixa Penedès, cuyo efecto se mantuvieron distintas reuniones y conversaciones, interviniendo doña [redacted] por parte de Caixa Penedès, con realización de ejercicios y simulaciones, particularmente en lo referido a fijación de plazo, importe y tipos de referencia en el contrato de autos. Y, todo ello, con la finalidad de

presente demanda, y que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras de fechas 2 de octubre de 2007, 27 de noviembre de 2007 y 29 de febrero de 2008, así como los contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de igual fecha suscritos con la demandada

2.- Se condene a CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS a la devolución, previa compensación de los pagos realizados entre las partes, del importe de 6.135,21 € a favor de mi representad, más, su fuere el caso, las que se pudieren devengar y pagar hasta la terminación de este procedimiento, más los intereses legales que correspondan.

3.- Se condene a CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

Alegó, en síntesis, que "...las 3 sociedades demandantes forman parte de un mismo grupo empresarial, administradas y participadas por las mismas personas y socios, y así mismo comparten igual domicilio social. Se trata de sociedades instrumentales que giran en torno a un mismo negocio que es el de prestación de servicios de arquitectura y los negocios inmobiliarios... Con ocasión de créditos hipotecarios contratados por mi representado con CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDEÈS, y ante la preocupación por una eventual subida de los tipos de interés, la antigua directora de la sucursal, la Sra.

i ofreció y convenció al administrador de las sociedades demandantes para que suscribiera el denominado CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS así como el CONTRATO DE CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS, respectivamente con cada una de las entidades de (sic) mercantiles. Cabe decir que en estos contratos, por cierto, de adhesión, se estableció un importe nocional, de nada menos que de cuatrocientos treinta mil euros, trescientos mil euros, y doscientos cincuenta mil euros, respectivamente, muy por encima de los importes pendientes de amortizar en relación a los préstamos hipotecarios anteriormente solicitados, ya que probablemente este era el total riesgo financiero de las empresas, según el CIRBE, siendo que en realidad de lo que se

procurar la cobertura del riesgo de tipo que para la Demandante resultaba del incremento que venía experimentando el tipo de interés aplicable a sus financiaciones durante el año 2007 y 2008..."

Seguido el procedimiento su curso, concluyó mediante la referenciada sentencia estimatoria de la demanda, con imposición de costas, contra la que interpone recurso de apelación CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

TERCERO.- La apelante formula las siguientes alegaciones: "Previa. Introducción sistemática del presente escrito de oposición (sic) al recurso de apelación"; "Primera.- Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia objeto de apelación. Importe Nominal"; "Segunda.- Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia objeto de apelación. Posible violación de la normativa y la posible nulidad de las cláusulas específicas del contrato"; "Tercera.- Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia objeto de apelación. Consecuencias".

En la previa da por incorporados los argumentos y fundamentaciones contenidos en el escrito de contestación a la demanda, y dice que "Junto a lo anterior y con finalidad de resumen introductorio al presente Escrito de Oposición (sic) al Recurso de Apelación, hemos de señalar que su objeto versa sobre determinados aspectos fundamentales en relación con los respectivos Contratos... Aspectos los que indicamos a continuación... Los aspectos a los que nos referimos son los siguientes, a saber: (i) En primer lugar, la existencia de pasivos bancarios y responsabilidades determinantes de exposición global a riesgo de tipo de interés variable en cada una de las tres Demandantes, por importe superior en cada caso al respectivo importe nominal fijado en el correspondiente Contrato... (ii) En segundo lugar, en el propio contenido y estructura de la documentación contractual objeto de controversia, que responde al régimen legal en vigor al tiempo de su formalización... (iii) En tercer lugar, en la falta de acreditación durante las actuaciones habidas en los autos de

palabras o maquinaciones insidiosas por parte de Caixa Penedès o sus empleados, que fuera determinante, en iguales términos, de un vicio de consentimiento determinante de nulidad contractual. Junto a ello, en la falta de acreditación probatoria de un conocimiento, privilegiado, exclusivo o confidencial por mi principal, sobre evolución futura del tipo de interés a partir de la respectiva fecha de cada Contrato de Cobertura de Tipo de Interés.

Dicha alegación previa, pues, no ha de ser objeto de resolución independiente sino de manera conjunta con las demás formuladas en el escrito interponiendo el recurso de apelación.

CUARTO.- La alegación primera la subdivide en diversos apartados: "1. Consideraciones comunes a las tres Demandantes en autos. La necesidad de coincidencia del importe nominal de los Contratos de Cobertura de Tipo de Interés con financiaciones existentes al tiempo de la contratación", que, a su vez, subdivide en: "1.1. El importe nominal fijado en cada Contrato de Cobertura de Tipo de Interés", que lo desarrolla manifestando que "...la Sentencia apelada considera requisito ineludible la existencia de unas financiaciones por importe igual o superior para la válida existencia de tales relaciones jurídica. Se olvida de esta forma, aunque no sea el caso de autos, que estas operaciones pueden igualmente ser objeto de contratación con finalidad que no sea de perfecta cobertura, aflorando incluso un elemento de especulación que, por otra parte, en ningún momento lo convierte en ilícitas en criterio de esta parte. Ni siquiera cabe afirmar, por esta mera afirmación de falta de coincidencia entre importe nominal y financiación, la falta o vicio de consentimiento contractual. Pues es un dato reflejado documentalmente desde el momento inicial..."; "1.2. Necesario conocimiento por las partes de cuál era el importe de sus financiaciones vigor y el tipo de interés al que se encuentran referidas", que lo desarrolla manifestando que "...queda dentro de la diligencia del administrador mercantil, como don

, al frente po otra parte de las tres mercantiles demandantes en autos, el conocimiento de cuál sea el volumen y condiciones de sus financiaciones (artículo 225 Ley Sociedades de Capital"). Mereciendo la credibilidad derivada de la buena fe contractual toda la información que en dicha condición suministró dicha persona a mi principal, máxime cuando existen financiaciones con terceros cuyo conocimiento en profundidad por mi principal sólo cabe mediante la información, verbal o documental, que al efecto suministre el cliente"; "1.3 Documentación contable aportada por las demandantes", en la que manifiesta que "Junto a lo anterior, se han de señalar los documentos contables incorporados por las Demandantes como Documentos 62, 63 y 64 dele Escrito de Demanda, referidos a los balances de cada una de las tres compañías Demandantes. En los tres casos resultan pasivos acumulados, entre el corto plazo y el largo plazo, por importes holgadamente superiores a los respectivos importes nominales de los Contratos de Cobertura de tipo de Interés contratados por cada una con mi principal"; "1.4. Previsiones sobre evolución del tipo de interés", que desarrolla arguyendo que "...nada se ha acreditado al respecto en relación con la disposición de información privilegiada o confidencial por parte de mi principal;..."; "2. Consideraciones individuales relativas a la Demandante",

que desarrolla diciendo que "la Sentencia apelada imputa a mi principal las consecuencias de la falta de comprobación de las condiciones financieras de la Demandante al tiempo de la contratación del Contrato de Cobertura de Tipo de Interés el día 2 de octubre de 2007. A lo que se replica en términos de apelación con un doble argumento, complementario entre sí: - en primer lugar, la propia declaración de la Sra.

en el sentido de haber recibido dicha información del Administrador Único de la Demandante, lo cual entra dentro de la lógica y normalidad; y, - en segundo lugar, en el hecho de que un Administrador mercantil, como don

, al frente de las tres mercantiles demandantes en autos, ha de saber necesariamente cuál es el volumen de sus financiaciones y en qué condiciones, tipo variable o tipo

fijo, han sido concedidas a su administrada...; "3. Consideraciones individuales relativas a la Demandante

", que desarrolla diciendo que "...En primer lugar, que la subrogación operada por la Demandante en un préstamo hipotecario concedido por mi principal asciende a la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS EUROS (EUR 470.700,00),... el día 27 de noviembre de 2007 se había satisfecho, mediante simple operación aritmética, el total de veinticinco cuotas por importe de ..., quedando pendientes de amortización un total de TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS EUROS Y VEINTIOCHO CÉNTIMOS DE EURO (EUR 398.600,28), referenciados a tipo de interés variable. En segundo lugar, que ciertamente en la audiencia previa se adjuntó extracto de la Central de Información de Riesgos del Banco de España correspondiente al saldo total de responsabilidades bancarias en dicha fecha de la Demandante, por importe total de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIEN EUROS (EUR 433.100,00) correspondiendo la diferencia a terceras entidades distintas de mi principal y respecto de las cuales fue el Administrador, , quien informó de sus condiciones a mi principal,... En tercer lugar, que siendo el importe nominal del Contrato de Cobertura de Tipo de Interés el de CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL EUROS (EUR 435.000), la diferencia sobre el volumen de deuda bancaria en dicha fecha según CIRBE responde a meras cuestiones de redondeo de importes objeto de contrato"; y "4. Consideraciones individuales relativas a la Demandante

", carente de interés pues la Sentencia dice que el "importe nominal está correctamente determinado".

Con ella trata de combatir el razonamiento de la Sentencia recurrida contenido en el Fundamento de Derecho Tercero en el que dice: "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 _____, 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. N° 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?, quedarían 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. N° 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 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 sume 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 (433.100 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 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 no 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 nocional está correctamente determinado."

QUINTO.- Indiscutida la realidad de la suscripción de los contratos entre las partes litigantes: Contrato Marco de Operaciones Financieras y de Permuta Financiera de Tipo de Interés concertado por la entidad demandada con

en fecha 2 de octubre de 2007, con en fecha 27 de noviembre de 2007 y con en fecha 29 de febrero de 2008,

como dijimos en la Sentencia de esta Sección de fecha 29 de mayo de 2012 "Dicho contrato se engloba dentro de los llamados contratos de permuta financiera o **swap** (en su denominación anglosajona), que, en líneas generales, son contratos por los cuales dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras pero de forma que el

valor de lo intercambiado depende de un factor externo. En muchos casos, como ocurre en el supuesto de autos, tales intercambios están supeditados a tipos de interés, siendo comúnmente conocidos por las siglas IRS (Interest Rate **Swap**). Atendiendo a los elementos esenciales de los IRS y sin perjuicio de las particularidades propias de las distintas modalidades de ellos que existen en el mercado, podemos señalar que se trata de un contrato atípico, bilateral, sinalagmático, aleatorio, de tracto sucesivo y duración determinada, por el que dos sujetos (normalmente, cliente y entidad bancaria o financiera) se comprometen a intercambiar, durante un cierto periodo y al llegar la fecha o fechas de liquidación (se suelen pactar varias), el importe resultante de aplicar unos determinados tipos de interés, que funcionan como factores externos de referencia siendo distintos para cada una de las partes, sobre un importe nocional o teórico, llamado así porque no existe en realidad sino que solo sirve como referencia sobre la que calcular dichas cuotas.".

La Sentencia de la Sección 15ª de esta misma Audiencia Provincial de fecha 26 de enero de 2012, por su parte, dice que "Este tipo contractual consiste en el intercambio de prestaciones dinerarias entre dos partes en función de las variaciones que experimente un índice variable de referencia (tipo de interés, en este caso el Euríbor), sobre una cantidad prefijada denominada nominal o importe nocional (cifra de referencia fijada por las partes que no es objeto de entrega por ninguna de ellas, y sobre la que se aplican las obligaciones de pago que surgen a su respectivo cargo), durante un período de tiempo establecido, dando lugar a un flujo de prestaciones en dinero efectivo, positivas o negativas para el cliente o para la entidad financiera, que se liquidan cada cierto tiempo, trimestralmente en este caso, estableciendo el convenio un tope o límite cuantitativo del índice de referencia, cuya variación, al alza o a la baja, dará lugar a una prestación dineraria a cargo del cliente o de la entidad financiera.".

De ello se deriva que aunque el valor nominal sea elemento esencial del contrato, pues sirve de referencia para los

cálculos de las cuotas a liquidar, sin embargo, su concreción o precisión y el cómo se ha llegado a ella no puede considerarse que se erija en el error vicio en la contratación de un swap que, como dice, precisamente respecto a un contrato swap de la misma entidad financiera aquí apelante, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de fecha 20 de enero de 2014 **"esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap , en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.**

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" *pacta sunt servanda* ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " *lex privata* " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse,

precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida", ni, de suyo, en determinante de la nulidad del contrato por el hecho de que la entidad financiera no informara al cliente que la mayor parte estuviera referida a su deuda CIRBE, como entiende la Sentencia recurrida.

Máxime si, como dice la referenciada Sentencia del Tribunal Supremo, "conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información."

Y es, precisamente, dicha representación mental equivocada lo que la demandante adujo en la demanda, como se ha transcrito, como causa generadora de la nulidad del contrato, esto es, que "El error viene relacionado con el desconocimiento de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado... Toda vez que esta parte mantiene que concertó un seguro para garantizar un tipo fijo de interés, en relación con los distintos préstamos que había suscrito con la entidad demandada", y no basó el error en la determinación del nominal, aunque también hiciera referencia a ello en la página 6 de la demanda, como también se ha transcrito.

SEXTO.- En el caso que resolvemos la parte demandante señaló en la demanda que *"la lectura en negrita y subrayada de la información que consta en la primera hoja del contrato es*

clara al establecer que "la finalidad de la presente Operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés derivados de determinados pasivos financieros contraídos por el mismo", lo que induce a pensar en esa idea de seguro para la cobertura de los costes de esos préstamos previamente concertados con la entidad financiera", así como que "los mencionados empleados de la sucursal, no explicaron qué podía pasar si los tipos de interés bajaban. No explicaron los enormes riesgos que ello puede ocasionar, ni los enormes gastos que pueden asumir los Clientes, ni como se calculan estos gastos en función de la evolución a la baja de los tipos de interés variable, ya que éstos se establecen fundamentalmente por la entidad financiera. Tampoco explica nada de cómo se puede cancelar el producto y de los costes ni de su cálculo de cómo llevarlo a cabo".

Frente a lo que la demandada adujo que "se mantuvieron distintas reuniones y conversaciones, interviniendo doña

por parte de Caixa Penedès, con realización de ejercicios y simulaciones, particularmente en lo referido a fijación de plazo, importe y tipos de referencia en el contrato de autos" y que "el Contrato de Cobertura de Riesgo de Tipo de Interés contiene una serie de descripciones del funcionamiento del contrato y de las obligaciones asumidas por cada una de las partes en virtud del mismo. Así resulta de las páginas 1 a 5 del contrato respectivo, sin olvidar que en la página 5 del mismo se contienen los distintos escenarios de futuro que se podrían producir. Bastaba con haberse leído el documento para obtener una cabal conocimiento de su contenido y circunstancias".

Sin embargo, no puede considerarse que, no obstante figurar así impreso en el contrato, la parte demandante tuviera conocimiento de lo que efectivamente firmaba, atendida la complejidad de dicho tipo de contrato, incluida la redacción del mismo, como lo demuestra, a título de ejemplo, el último párrafo de la página 5 invocada por la demandada que dice "Si tal suma es positiva, entonces el Pagador del Tipo Variable, con respecto al Importe Variable así calculado, pagará ese importe variable a la otra Parte. Si tal suma es

negativa, el Importe Variable, será considerado cero y la otra parte pagará a aquélla el valor absoluto del Importe Variable negativo según su cálculo", o que incluso, en la página 4, último párrafo del apartado 15, se diga que "Las partes declaran que son capaces de valorar los riesgos de cada Operación (bien por sí mismos o a través de asesores financieros) y declaran conocer y aceptar los riesgos que asumen y que tienen capacidad para asumir tales riesgos", que, con independencia de la capacidad para asumir los riesgos, se manifiesta revelador de la complejidad del producto y de la especial capacidad necesaria, mediante conocimientos financieros adecuados, para la valoración de lo que se contrataba y el conocimiento del riesgo que se asumía por el cliente que, como la práctica ha puesto de relieve, no lo adquiere, en realidad, hasta que recibe liquidaciones negativas y, como consecuencia de ello, recaba las explicaciones pertinentes a su oficina bancaria.

Con lo que al constar en los autos no sólo las manifestaciones de la actora sino también que en cada Confirmación de Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés, destacándolo en negrita, se dice que "El Cliente manifiesta de forma expresa que la finalidad de la presente Operación es la cobertura de los riesgos de subidas de tipos de interés derivados de determinados pasivos financieros contratados por el mismo", figurando dicho subrayado que hace destacar la finalidad de "cobertura de los riesgos de subidas", aunque extrañamente ninguna pregunta se le formulara a la Sra. , como legal representante de la demandada, sobre si el producto se vendió como cobertura y ésta manifestara que entendió en todo momento que el cliente lo entendía, cabe presumir dicha redacción incidiera en el error padecido en el legal representante de las actoras que se alega en el escrito de demanda debido a una no sólo deficiente sino confusa información que, no constando la recibida por la demandada, más que por lo manifestado por su legal representante, se infiere de la redacción de los contratos.

Con lo que, en definitiva, procede la desestimación del

recurso de apelación, incluso respecto a la petición subsidiaria formulada por cuanto es claro que los contratos de Confirmación de Operaciones de Permuta Financiera de Tipos de Interés traen causa de los respectivos Contratos Marco de Operaciones Financiera que, en junto, llevaron a error a las demandantes a través de su legal representante.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que expresamente remite el artículo 398.1 del mismo texto legal.

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

F A L L A M O S

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES contra la Sentencia dictada en fecha 17 de mayo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Rubí en el juicio ordinario registrado con el nº seguido a instancia de

contra CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha Sentencia. Y con condena en las costas causadas por el recurso de apelación a la parte recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.