

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00074/2013

"SA GERRERIA" C/TRAVESSA DE'N BALLESTER S/N, PISO 3, 971-219401

Teléfono: 971-219401

NEGOCIADO H

N04390

N.I.G.: 07040 42 1 2012 0009114

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000525 /2012

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. JERONI TOMAS TOMAS

Abogado/a Sr/a. JAIME RIUTORT RAMIS

DEMANDADO D/ña. BANKIA SA BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N°74

En Palma de Mallorca, a 21 de Junio de 2013.

Vistos por mí, D^a Esther María Domene Riego, Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 13 de Palma de Mallorca, los autos del juicio ordinario n° 525/2012 promovido por, EL Sr. Tomas, procurador de los Tribunales en nombre y representación de [REDACTED] y defendidos por, el Sr. Riutord contra BANKIA S.A. representada por el Sr. Totella y defendido por el letrado Sr. Jiménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El Procurador de los Tribunales Sr. Tomas, formula demanda de juicio ordinario el día 17 de Abril de 2012 que correspondió por reparto a este juzgado en nombre y representación [REDACTED] de contra BANKIA S.A. solicitando que se declare la nulidad o anulabilidad de los contratos de autos y subsidiariamente resolución de los mismos, condenando a la demandada al pago de la cantidad de 1.500.559,20 euros como indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, mas intereses y costas.

SEGUNDO- Del escrito de la demanda se dio traslado a los demandados con sus copias emplazándoles para que en el plazo legal presentasen escrito de contestación a la demanda.

TERCERO- Se celebros Audiencia Previa a la que comparecieron el demandante y demandados personados, en esta audiencia no llegaron a acuerdo. A continuación, se pronunciaron las partes sobre los documentos y dictámenes presentados, se procedió a la fijación de los hechos controvertidos y se propusieron las pruebas que a cada parte le interesaron.

CUARTO- En el día señalado, se celebró el juicio en el que se procedió a practicar las pruebas propuestas y las partes

oralmente formularon sus conclusiones sobre los hechos y el resumen de las pruebas practicadas quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales que son de aplicación, con excepción de los plazos habida cuenta el cúmulo de asuntos que se tramitan y resuelven simultáneamente en este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- La parte demandante ejercita una acción de nulidad y alternativamente de resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios en base a las siguientes alegaciones:

Primero: Que la presente demanda trae causa de la contratación con la entidad demandada de dos contratos: de PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES (CRI) firmado el 6 de Junio de 2008 por un importe nominal de 9.800.000 euros para cubrir los riesgos derivados de un contrato de póliza de crédito de 2.300.000 euros y un contrato de crédito con garantía hipotecaria de 7.500.000 euros suscrito con la Caixa y asimismo de un contrato SWAP (Interest Rate Swap) en fecha 7 de Agosto de 2007 con un nominal de 5.000.000 euros para cubrir los riesgos derivados de un contrato de préstamo hipotecario de 5.000.000 de euros suscrito con Bancaja exponiendo a continuación las condiciones de ambos contratos, haciendo hincapié en que ambos contratos en los documentos explicativos de los mismos se comercializan como una COBERTURA DE TIPOS en operaciones de riesgo, que fueron ofrecidos por el Banco y no solicitados por el cliente, que se trata de productos complejos y de alto riesgo, que no se ofreció la información previa necesaria ocultando el enorme riesgo que suponía la firma de los mismos y que se trata de contratos de adhesión redactados por el Banco con abuso de su posición dominante, que por ello en el contrato existe un claro desequilibrio en los riesgos asumidos por las partes, que los contratos firmados son independientes de las operaciones que pretenden cubrir y que como consecuencia de la firma de los contratos de han generado cuantiosas pérdidas para el cliente. Que los demandantes concertaron los contratos bajo la creencia de que se había contratado un seguro para cubrir la contingencia de una subida de los tipos de interés en las operaciones de préstamo que tenían contratadas. Que la entidad bancaria tenía conocimientos de las futuras fluctuaciones del euribor y en concreto existían hechos objetivos que evidenciaban un cambio de tendencia de los tipos de interés acompañando informe pericial que analiza las probabilidades de subida y bajada de los tipos de interés comparando este índice con el de las obligaciones a cinco y diez años. Asimismo, alega que en mediante la pericial se ha efectuado un estudio económico que acredita que en los contratos existía una total asimetría entre los riesgos asumido por el banco y por la

empresa demandante y que en base a dicho estudio se acredita que no se ha producido una verdadera cobertura por cuanto el riesgo de producto firmado supera el que se pretende combatir. Que para la firma de los contratos la entidad demandante estuvo asesorada por un auditor experto contable sin conocimientos financieros y que la misión del mismo fue únicamente elegir entre los diversos productos de cobertura ofertados por cuanto ya estaba aceptada la contratación. Que la intervención del Sr. Segura no modifica la condición de minorista de la entidad demandante, y que el Sr. Segura carece de cualquier conocimiento acerca de estos productos lo que se evidencia en los correos electrónicos remitidos a la entidad bancaria en el que los denomina seguro.

Que en definitiva la entidad demandante contrató los productos de autos concurriendo un vicio en el consentimiento, en concreto error sustancial, esencial y relevante por cuanto firmó ambos contratos en la creencia de que se trataban de un seguro para protegerse de las fluctuaciones del euribor. Que el error fue motivado por la ausencia de información proporcionada por la entidad bancaria que no informó al cliente del altísimo riesgo asumido con la firma de los contratos de autos.

Que la entidad bancaria ha incumplido la legislación aplicable a la materia y en concreto, no entregó a la demandante la copia de todos y cada uno de los documentos formados hasta requerirlo mediante burofax, siendo finalmente entregados el 7 de Marzo y 13 de Marzo de 2012; que una vez examinada la documentación remitida existen irregularidades en la firma de los contratos por cuanto el contrato marco se firma el mismo día que su confirmación por persona distinta, que no ha sido tratado como cliente minorista, que el clausulado de los contratos de adhesión son faltos de claridad y de difícil comprensión, Bancaja tuvo conocimiento del error del cliente y no desplegó actividad alguna para sacarle del error, que asimismo y por lo que se refiere al coste de cancelación no existe información en el contrato acerca del coste de dicha cancelación. Que ante las liquidaciones presentadas se interesa la cancelación del producto y se solicita para la cancelación la cantidad de 882.000 euros en fecha 1 de Marzo de 2010, cantidad inasumible para la demandante. Por ultimo, alega que el producto no sirve para el fin para el que se contrató que es la cobertura de riesgos en el caso de subida del euribor y de la pericial aportada se desprende que mientras que el Banco puede obtener liquidaciones a su favor sin tope alguno por su parte el cliente únicamente obtiene liquidaciones positivas si el interés se mueve entre un estrecha horquilla y si se supera la barrera únicamente puede obtener un 10% sobre el nominal por lo que el Banco en su propio interés ha calculado los tipos aplicables, los periodos de calculo, las escalas de forma unilateral y partiendo de una información y de un estudio financiero de los riesgos de la operación que no proporcionó al cliente. En definitiva partiendo de dichas premisas solicita la nulidad de los

contratos de autos al existir en error (o dolo) en el consentimiento y por tanto los efectos de restitución de las prestaciones o subsidiariamente resolución de los contratos.

Por su parte, **la entidad demandada** efectúa las siguientes alegaciones: **Primero.** Defecto legal en el modo de proponer la demanda por cuanto en el suplico de la demanda se ejercita subsidiariamente acción resolutoria y a la misma no se hace referencia en los hechos y fundamentos de derecho de la demanda y asimismo manifestando que la actora adeuda a la entidad bancaria la cantidad de 91.996,62 euros por lo que encontrándose en situación de incumplimiento contractual no puede ejercitar la resolución. **Segundo:** Que de la simple lectura de los contratos se desprende que no nos encontramos ante contratos de CAP GRATUITOS sino ante contratos de permuta de tipos de interés y que la finalidad del contrato es estabilizar los costes financieros, sustituyendo intereses variables por intereses a tipo fijo. **Tercero:** que no es posible ejercitar la acción de nulidad por cuanto los contratos ya se hallaban extinguidos en la fecha de presentación de la demanda teniendo el contrato SWAP un vencimiento el día 31 de Mayo de 2011 y el contrato CRI el 30 de Marzo de 2012. **Cuarto:** Que la demandada no tenía conocimiento en las fechas de celebración de los contratos de previsibles bajadas de los tipos de interés, antes bien que el Banco Central Europeo y el resto de instituciones nacionales e internacionales vaticinaban para Julio de 2009 unos tipos entre el 4.8% y el 3.9%, sin que ninguna institución pudiera prever el desplome de tipos sufrido en ese año. Que el origen de dicho desplome fue la crisis económica y la modificación de la política monetaria y de tipos de interés, suponiendo el inicio de la crisis la caída de la entidad financiera Lehmann Brothers a finales de 2008, lo que aparece asimismo recogido en el informe del FMI de Marzo de 2009. Que esta falta de previsión de la caída de los tipos de interés ha sido asimismo puesta de manifiesto por los Tribunales. **Quinto:** Que por lo que se refiere al perfil de la empresa demandante forma parte de un grupo empresarial con evidente potencial económico, que [REDACTED] es la mano derecha del Administrador de la actora Sr. [REDACTED]. Que éste último forma parte de numerosas empresas como administrador único o miembro del Consejo de Administración. Que la actora no puede ser considerada ni tratada como consumidor y que fue la Sra. Joana Martín Noguera quien ofreció la contratación de los contratos de autos ante la obligación legal prevista en el R.D. L 2/2003 de ofertar a los clientes productos de cobertura de tipos de interés. Que el Sr. Segura se dedicaba al asesoramiento financiero de la actora y en tal cualidad negoció los contratos con la Sra. Martín. **Sexto:** Que la finalidad del contrato de permuta financiera suscrito en fecha 7 de Agosto de 2007 fue estabilizar los costes financieros del préstamo hipotecario

suscrito por cinco millones en la misma fecha y se pactó que entraría en funcionamiento el 30 de Mayo de 2008 por cuanto la hipoteca tenía pactado un primer periodo de interés fijo al 5% que finalizaba en dicha fecha pactándose a continuación en dicho préstamo hipotecario un interés variable. Que para estabilizar los costes financieros se pactó que la actora pagaría el primer año un 4.50%, 4.60% el segundo año y 4.70% el tercer años y a cambio recibiría el euribor a 12 meses. Que por la firma de este contrato el cliente no paga cantidad alguna y supone que en el caso de que el euribor se coloque por encima de la barrera el cliente percibe cantidades del Banco y a sensu contrario si se coloca por debajo debe abonarles. En este sentido, la primera liquidación realizada el 29 de Mayo de 2009 es positiva sin que por parte del mismo se interpusiera objeción alguna. Que asimismo, no es cierto que se ofreciera al cliente un seguro contra la subida de los tipos de interés como mantiene la actora por cuanto de la información facilitada por la Sra. Noguera, el CMOF y la confirmación se desprende que no se trata de un contrato de seguro. Que el cliente fue advertido de los riesgos de la operación según resulta del apartado 8 de los documentos de confirmación de la operación. Que la normativa MIFID no es de aplicación a la firma del presente contrato por haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con carácter posterior a su firma y además porque el contrato firmado no es un contrato de inversión sino un instrumento de cobertura vinculado a una financiación bancaria. Que asimismo la infracción de dicha normativa no supone la nulidad del contrato por tratarse de infracción de normas administrativas. Que respecto al CMOF firmado entre las partes, fue redactado por la Asociación Española de Banca y se caracteriza por la neutralidad de sus términos y porque las obligaciones contenidas en el mismo pueden ser objeto de modulación bien en el anexo de condiciones particulares o bien en la confirmación de cada transacción.

Sexto.- Por lo que se refiere a la PERMUTA FINANCIERA suscrita en el año 2008 se afirma asimismo que fue ofrecida como un contrato de cobertura, negociado por la Sra. Noguera y comercializado como un producto de cobertura y no de inversión al amparo de la Ley 2/2003. Que se pretendía cubrir los riesgos derivados del endeudamiento del cliente que ascendía a 9.800.000 euros. Que respecto a este producto se entregó un folleto explicativo acerca del funcionamiento del producto, que el cliente tenía otorgada la calificación de profesional y solicita el cambio a minorista en la fecha de la firma de este contrato, que respecto al contrato firmado se aprecia en el mismo que no se oferta como un seguro y su finalidad no es especulativa sino de cobertura de los riesgos del cliente. Y en el exponiendo Tercero del contrato la parte declara conocer y aceptar los riesgos derivados de la operación firmada, que del mismo modo se entregó al cliente una hoja informativa denominada "preguntas mas frecuentes" en la que se advierte de la posibilidad de tener liquidaciones negativas y de que

puede cancelar el contrato pero que en determinados casos el cliente tendrá que soportar el coste de cancelación. Que asimismo en el anexo se manifiesta conocer el riesgo de la operación. **Séptimo:** Que la carga de la prueba del error corresponde a quien lo alega y que en el presente caso no se presenta prueba alguna de la existencia del error padecido, que el contratante es una empresa que actúa en el ámbito de su actividad empresarial y acostumbrada a realizar transacciones financieras y que contaba con asesoramiento financiero por lo que los tribunales han venido entendiendo en casos como el presente que el error es inexcusable. **Octavo:** Que respecto a la posibilidad de cancelación del producto lo cierto es que en el contrato de permuta financiera del año 2007 existen varias estipulaciones dedicadas al vencimiento anticipado y del mismo modo aparece en la Condición General 3ª del contrato de 2008 en el que se establece igualmente la posibilidad de cancelar y la remisión al valor de mercado por cuanto es necesario conocer el tipo de interés vigente en la fecha de cancelación para calcular su coste. Que la actora no ha tenido voluntad de cancelar las operaciones por cuanto en el año 2010 se obtuvo un préstamo de 800.000 euros destinado al pago del coste de cancelación de las permutas firmadas, comprometiéndose a no presentar reclamación alguna. **Noveno:** Que la actora incluye en su reclamación de cantidad la devolución de la cantidad de 91.996,92 euros que se encuentra impagada, de forma que las cantidades satisfechas por la actora alcanzan el 1.402.244,45 euros. **Décimo:** Que el dictamen pericial elaborado por el perito Sr. Cregenzan de la parte actora muestra correlaciones entre variables que no son comparables por cuanto no existe una correlación entre tipos interbancarios y obligaciones públicas, que en el momento de contratación de los productos nada hacía pensar que los tipos fuera a bajar sino que las previsiones eran de mantenimiento o subida de los tipos de forma que fue un evento extraordinario lo que provocó el cambio de tendencia. En definitiva, en el hecho 7º sintetiza sus alegaciones a los siguientes puntos: imposibilidad de plantear la acción de nulidad por haberse extinguido ambos contratos, que en la contratación intervino un asesor financiero Sr. Segura con experiencia acreditada en la formalización de operaciones bancarias, que no existe vicio del consentimiento, que la A.P. de Valencia se ha pronunciado en un supuesto idéntico en el que se manifiesta que no puede imputarse responsabilidad a la entidad por la caída de los tipos, que se concedió un préstamo bancario para el pago de las liquidaciones de ambos contratos y que la actora desde el año 2007 hasta 2012 no ha formulado reclamación, pagando las liquidaciones por lo que entiende que no ha existido vicio del consentimiento. Que de conformidad con los fundamentos de derecho que se alegan se solicita la desestimación de la demanda íntegramente con imposición de costas al actor.

Por ultimo, la demandada formula demanda reconvenzional en el solicita el pago de la ultima de las liquidaciones, por importe de 91.996,62 euros.

Por su parte, la actora y demandada reconvenzional alega en su contestación las siguientes cuestiones: Primera: Indebida suspensión de la A.P. para proceder a la contestación de la reconvenzión. Segundo: Defecto legal en el modo de proponer la demanda reconvenzional. Tercero: Imposibilidad de reclamación por ser el contrato del que deriva radicalmente nulo.

SEGUNDO.- Se ejercita en el presente procedimiento primeramente y con carácter principal una **acción de nulidad de los contratos firmados en fecha 7 de Agosto de 2007 y 6 de Junio de 2008, por existencia de vicio en el consentimiento acerca del negocio jurídico que se lleva a cabo**, es decir acerca del **objeto del contrato** por cuanto los actores contratan en la creencia de que se trata de un contrato de seguro para proteger a los mismos del riesgo de la subida de los tipos de interés en relación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad con la entidad demandada y con otra entidad y en realidad se contratan unos instrumentos financieros de permuta de tipos de interés, contrato denominado SWAP y PERMUTA DE TIPOS DE INTERES altamente especulativos y de riesgo y que el error es motivado por la falta de información clara y comprensible acerca del contrato firmado y de los riesgos de la operación así como por la oscuridad de los términos del contrato.

La primera cuestión a resolver es determinar si es posible para esta juzgadora pronunciarse acerca de la nulidad de los contratos autos habida cuenta que los mismos cuando se interpuso la demanda habían desplegado todos sus efectos, por cuanto el contrato firmado el 7 de Agosto de 2007 tenía una vigencia de tres años que finalizaba el 31 de Mayo de 2011 y el contrato firmado el 6 de Junio de 2008 finalizaba su vigencia el 30 de Marzo de 2012 habiendo sido presentada la demanda de autos en fecha 12 de Abril de 2012. En el presente supuesto es cierto que la demanda se interpone una vez que los contratos de autos han desplegado toda su vigencia pero asimismo también es cierto que por la parte actora y a lo largo de la vigencia de los contratos de autos una vez que en los mismos se hicieron patentes las cuantiosas perdidas que podrían devengar para la empresa la firma de los mismos se pretendió repetidamente la reestructuración o cancelación de los mismos, tal y como se desprenden de los mails incorporados por los que se solicita información a la entidad bancaria acerca de este extremo y que según analizaremos posteriormente la cancelación no pudo tener lugar por cuanto el coste de

cancelación era superior al pago de las liquidaciones previstas. Por ello, en el presente supuesto en ningún caso puede apreciarse que exista voluntad por parte del actor de mantener los contratos ni que el ejercitar la acción de nulidad sea contrario a los propios actos porque en definitiva si tales contratos no fueron cancelados fue sencillamente porque no era viable económicamente. Acerca de esta cuestión volveremos posteriormente a lo largo del desarrollo de la presente sentencia.

TERCERO.- A continuación para determinar si procede o no estimar o desestimar la pretensión de nulidad de los contratos hemos de acudir a examinar el funcionamiento de los mismos a fin de determinar si se trata de instrumentos validos como cobertura de riesgo, si existe desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes y las previsiones de la entidad bancaria acerca de la subida o bajada de los tipos de interés.

En primer lugar, por lo que se refiere al contrato de SWAP firmado el 7 de Agosto de 2007 se acompaña por la demandante el documento nº 2 y en el mismo se aprecia que se trata de un intercambio de tipos de interés de manera que se especifica que el cliente pagará durante la vigencia del contrato los tipos 4.5%, 4.6% y 4.7% para un importe nominal de 5.000.000 de pesetas (importe del préstamo hipotecario suscrito por ambas partes en la misma fecha) y en la segunda hoja del contrato se manifiesta que BANCAJA pagara el euribor a 12 meses. Es decir que se produce un intercambio de tipos entre un fijo y un interés variable.

Ahora bien, se incluye en el apartado final de la primera hoja del contrato la siguiente mención:

"SI EL EURIBOR A 12 MESES FIJADO AL PRINCIPIO DEL PERIODO DE INTERES ES MAYOR QUE LOS NIVELES DE LA BARRERA PARA CADA AÑO, **EL CLIENTE PAGARA ESE EURIBOR A 12 MESES FIJADO AL PRINCIPIO DEL PERIODO DE INTERES -10% PARA ESE AÑO** (EN VEZ DEL TIPO FIJO SEÑALADO EN EL PARRAFO ANTERIOR) y a continuación se establece como barrera para el segundo y tercer año un 5.10%.

Pues bien, resulta por tanto que lo que en un principio es un intercambio de tipo fijo por tipo variable, es decir la empresa se asegura que durante la vigencia del contrato únicamente va a pagar esos costes financieros prefijados deja de tener aplicación en el momento en que el euribor 12 meses supere el 5.10% (tipo de barrera) en cuyo caso el cliente pagará el interés variable vigente con una bonificación del 10%. Es decir, que el beneficio teórico que para la empresa supone saber que es lo que va a pagar y asegurarse de que sus costes financieros se van a mantener estables simplemente **desaparece por cuanto el contrato realmente cubre únicamente un 0.10%**. Dicho porcentaje del 0,10% es el beneficio teórico que la empresa puede obtener si el tipo de interés de

referencia se eleva por ejemplo al 6%, en que pagaría un 5.90% o al 7% en cuyo caso la empresa pagaría un 6.90%.

En el contrato por tanto, se establece un tope teórico para la cobertura que limita enormemente los riesgos asumidos por el banco al concertar la operación, tope que se coloca en el 5,1% a partir del cual el banco se asegura que únicamente va a perder un 0.10% por la firma del contrato de SWAP, es decir la diferencia entre los pagado por el Banco EURIBOR A 12 MESES y lo recibido por el banco es decir EURIBOR A 12 MESES -10%.

Ahora bien, a sensu contrario **no existe tope alguno que limite los riesgos del cliente** de forma que aunque el euribor baje a cero, como prácticamente en la realidad ha sucedido, el cliente seguiría teniendo que abonar los importes prefijados en el contrato, es decir el 4,50%, 4.60% y 4.70% y recibiría el euribor, de forma que la cantidad que teóricamente debería abonar el cliente en el peor de los escenarios es totalmente desproporcionada con la que el cliente podría ganar en el mejor de los escenarios posibles.

Es decir, para esta juzgadora el contrato NO ES UN CONTRATO ALEATORIO de forma que los riesgos de beneficio-perdida asumidos por los contratantes sean equilibrados sino perfectamente calculados para que el banco pueda asegurarse los riesgos de la operación crediticia de forma que efectivamente podría considerarse un contrato de cobertura pero no de los riesgos asumidos por el cliente sino de los asumidos por el Banco, que prácticamente suba o baje el euribor se asegura una rentabilidad por la operación a lo largo del desarrollo del contrato.

En este sentido, la pericial elaborada por el Sr. Cregenzan es sumamente clarificadora acerca de los riesgos asumidos por los contratantes en el momento de la celebración del contrato en virtud de las variables introducidas en dicho contrato (tipo a pagar por el cliente, tipo a pagar por el banco, tipo barrera, bonificación del 0,10%), de forma que la demandante **en abstracto** y sin tener en cuenta la probabilidad bajista del tipo de interés que el Sr. Cregenzan calcula en un 92,23% firma el contrato **pudiendo obtener por su firma en el mejor de los escenarios posibles para él (que el euribor alcance el 6%) la cantidad de 38.123,89 euros y sin embargo pudiendo perder en el peor de los escenarios posibles para él (que el euribor alcance el 0%) la cantidad de 444.778,89 euros.**

Es evidente, que el contrato no es simétrico en cuanto a los riesgos asumidos por las partes contratantes en el momento de su firma y que el riesgo asumido por el cliente es enormemente superior al beneficio que teóricamente puede obtenerse por la operación.

A tal efecto, la pericial del Sr. Gálvez manifiesta que el análisis del Sr. Cregenzan no es correcto por cuanto hay que

estudiar conjuntamente el producto SWAP con la operación para la que sirve de cobertura y que en definitiva con la firma del SWAP el cliente convierte el tipo variable de su préstamo en un tipo fijo.

A tal efecto, en su pagina 8 establece *"Estas variaciones de los intereses se tienen en cuenta respecto del momento inicial, cuando el Cliente tomó la decisión de contratar una cobertura o protección frente a las variaciones del EURIBOR, el cliente estaba soportando un interés concreto y del que desconocía hasta donde podía variar, por lo que decidió pasar de este referenciado a interés variable a apuntarse a un tipo fijo, ante la incertidumbre de la escalada que podían tener los intereses y l consiguiente perjuicio económico"*

Ahora bien, si esta afirmación en abstracto es perfectamente correcta y entendible, es decir que una empresa prefiera perder el teórico beneficio de bajadas del tipo a cambio de la certidumbre de pagar un tipo fijo, no lo es en el caso en que nos ocupa porque el euribor a 12 meses en el momento de la firma del contrato de SWAP de autos es el 4,7% y como hemos visto en el contrato de autos, pasada la barrera del 5,1% el interés pagado por el cliente deja de ser fijo para convertirse de nuevo en variable (con una bonificación del 0,10%), **y la función de cobertura a la que el perito se refiere se cumple menos de medio punto, por lo que la firma del contrato de SWAP carece de todo sentido económico para cualquier inversor racional, una vez analizado su funcionamiento.**

Asimismo, mediante la adición del denominado tipo barrera a partir del cual el interés pasa a ser de nuevo variable, el contrato pierde los requisitos a los que se refiere el propio servicio de reclamaciones del Banco de España incorporado en el Anexo I del informe pericial del Sr. Gálvez y que establece que el primero de ellos es "que produzca el efecto de intercambio de un tipo variable por un tipo fijo durante el periodo de vigencia de la permuta" y que manifiesta que en caso de incumplimiento de estos requisitos el producto debe considerarse como de inversión, sujeto por tanto a la Normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Lo cierto, es que mediante la firma del contrato de SWAP la entidad bancaria ha conseguido COMPENSAR mediante las liquidaciones practicadas el interés dejado de percibir por la bajada del euribor en la hipoteca de referencia de forma que el contrato ha supuesto un enorme beneficio para la entidad bancaria, tal y como se aprecia en el cuadro contenido en la página 8 del dictamen pericial del Sr. Galvez.

Por lo que se refiere al segundo de los contratos objeto del presente procedimiento, firmado en fecha 6/6/2008 se le denomina CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERES y consta de unas condiciones generales y un anexo de condiciones particulares, en este caso el notional es el importe de 9.800.000 euros, con vencimiento inicial el 30 de Junio de 2008 y final el 30 de Marzo de 2012 y liquidaciones

trimestrales y se pacta en este caso el intercambio de dos tipos de interés variable.

En concreto, el banco paga el euribor a tres meses.

El cliente paga el primer trimestre euribor a tres meses y los siguientes trimestres literalmente EN EL CONTRATO SE CONTIENE:

Si EURIBOR 3 MESES es menor o igual a euribor 3 meses t-1, el menor entre el 5,80% y TIPO PAGADO POR EL CLIENTE T-1 - 10%

En otro caso, el menor entre el 5,80% y TIPO PAGADO POR EL CLIENTE T-1+ (EURIBOR 3 MESES-EURIBOR 3 MESES T-1)

Es evidente la oscuridad de la redacción de los términos del contrato por lo que se refiere al elemento esencial del mismo, es decir el interés variable que en definitiva va a pagar el cliente, elemento esencial para esta juzgadora por cuanto es en definitiva haciendo los cálculos correspondientes acerca de los distintos escenarios posibles como puede determinarse si el beneficio teórico esperado, es decir la ganancia que puede obtenerse con la contratación compensa los riesgos inherentes a la operación. En este sentido y de nuevo analizando los cálculos contenidos en el informe pericial del Sr. Cregenzan vemos que en definitiva sin ni siquiera ponderar las cantidades con la probabilidad de escenario alcista o bajista el cliente partiendo de un euribor del 5%, si baja un punto, es decir hasta el 4% tiene que abonar la cantidad de 297.221,75 euros, por el contrario si sube un punto, es decir hasta el 6% recibe la cantidad de 69.525,56 euros. Es evidente que no existe una compensación de riesgos asumidos por las partes a la celebración del contrato. A lo anterior hemos de añadir que tampoco en este caso se cumplen los requisitos exigidos por el Banco de España para que el producto contratado pueda considerarse de cobertura habida cuenta que se produce un intercambio de tipo variable por tipo variable, en este sentido no es posible para el cliente a la firma del contrato saber cual es el tipo de interés que va a pagar y por ende cual es la financiación que en definitiva va a tener que soportar por sus operaciones crediticias de forma que el contrato firmado no cumple con la finalidad de cobertura propugnada por el mismo. A lo anterior ha de añadirse que en el momento de la firma del segundo de los contratos, el interés del préstamo otorgado por la demandada era fijo y del mismo modo el interés de la Hipoteca concertada con la Caixa si bien formalmente era variable, puesto que el periodo de un año ya había comenzado estaba perfectamente determinado el tipo a pagar durante los siguientes nueve meses por lo que en definitiva carece de toda lógica firmar el derivado de autos CRI durante ese primer periodo inicial.

A lo anterior ha de añadirse que del contenido del contrato firmado **no puede conocerse por parte de los clientes cuál es el coste de cancelación y además que dicho coste supone en definitiva anticipar a un momento determinado todas las liquidaciones pendientes de practicar durante toda la vigencia del contrato.**

Así se desprende de la redacción de la cláusula DUODECIMA del contrato así como de la cláusula DECIMOCUARTA del mismo que establece: *Aplicando el valor de Mercado. La cantidad a pagar será igual a:*

Aplicando el valor de mercado a) La suma del importe de Liquidación (calculado por la parte no incumplidora) de todas las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado.. y Aplicando el criterio de valoración sustitutiva. "En el supuesto en que no fuera posible determinar un valor de mercado o aun siendo posible el resultado no fuera comercialmente aceptable, La cantidad a pagar será una cantidad equivalente a la Valoración Sustitutiva de las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado y respecto de las cuales no sea posible determinar un Valor de Mercado.

Respecto a la valoración acudiendo al Valor de Mercado cabe preguntarse cual es éste mercado en que cotiza sin que por ninguno de los peritos se aclarara cual es el mercado a que hace referencia el contrato.

La imposibilidad de conocer previamente el coste de cancelación se justifica por la entidad bancaria manifestando que puesto que es un producto que depende de un interés variable no puede conocerse de antemano cual va a ser el interés aplicable pero analizando el contenido de las cláusulas de cancelación se desprende que en la practica la cancelación supone pagar en el momento en que se solicite todas las liquidaciones que se hayan pendientes durante el desarrollo del contrato de conformidad con el interés vigente. El perito Sr. Gálvez manifestó expresamente que en caso de cancelación del producto debe pagar toda la liquidación y se refirió a la existencia de un "contrato espejo" que suponía que debía existir y de que debía estar en la entidad bancaria, acerca de la existencia del denominado contrato espejo ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar su existencia.

Del mismo modo el Sr. Cregenzan manifestó que en la práctica no se puede cancelar.

En este sentido y por lo que se refiere al coste de cancelación en fecha 24 de Marzo de 2009 se ofrece la reestructuración del producto SWAP con un coste de 250.000 euros y respecto al derivado CRI,S manifiesta que están estudiando las posibles reestructuraciones pero que a la fecha no tienen alternativa posible.

Posteriormente y dentro del bloque documental 14 de la contestación se ofrece al cliente una reestructuración del CRI a fecha 25 de Febrero de 2010 que suponía la cancelación de la actual con un coste de 882.000 euros y la contratación de una nueva operación denominada de TECHO FINANCIADO A 5 AÑOS.

A su vez en fecha 30 de Abril de 2010 se solicita por el Sr. Segura información acerca de los costes de cancelación de los productos contratados y en fecha 3 de Mayo de 2010 se fija el coste de cancelación del primero de los contratos en 340.000 euros Y en cuanto al coste de la cancelación del segundo de los productos CRI que asimismo se solicitó por el Sr. Segura,

se manifiesta por la Sra. Martín en dicho correo que nuevamente se ha solicitado la reestructuración del CRI. En este sentido, es evidente que los costes de cancelación del producto hacen inviable totalmente la cancelación de los mismos por cuanto en la práctica suponen anticipar a un momento determinado todas las liquidaciones hasta su finalización.

Así, por lo que se refiere al SWAP Y Puesto que durante los tres años de vigencia del contrato de SWAP el coste total para la parte actora ha sido de 325.520,69 euros es totalmente antieconómico para el actor cancelar el producto y abonar un coste de cancelación que es incluso superior a todas las liquidaciones practicadas y lo mismo puede predicarse de la posibilidad de cancelar el CRI con un coste de 882.000 euros. Las cantidades solicitadas por la entidad bancaria para la cancelación de los productos y que constan en autos hacen evidente que la CANCELACION no es posible desde el punto de vista económico por cuanto se hace mas gravosa para el cliente que continuar con el producto e ir haciendo frente a las liquidaciones que se vayan produciendo y ponen de manifiesto de nuevo la situación de absoluta desventaja y precariedad en que se coloca al cliente de la entidad bancaria que firma un contrato de este tipo. Así, el Sr. Cregenzan manifestó claramente en su ratificación pericial que en la práctica no se pueden cancelar y del mismo modo el Sr. Segura en su interrogatorio declaró que intentaron cancelar los contratos y que la única forma era pagar por adelantado todas las liquidaciones y que "posteriormente ha analizado los contratos y no tienen forma de cancelar" que por ello aceptaron un crédito para ir pagando las cuotas como fueran viniendo mientras se negociaba la cancelación.

Por ultimo, y en este apartado hemos de analizar si la entidad bancaria tenía o no conocimiento de la previsión de bajada de los tipos de interés y si ofreció al cliente los productos con conocimiento de que los tipos realmente iban a bajar como efectivamente así aconteció.

En primer lugar, la parte actora acompaña el dictamen del Sr. Cregenzan que efectúa una comparativa del Euribor a 3/12 meses con las Letras del Tesoro y las obligaciones a plazo con interés a 5 y 10 años y llega a la conclusión de que dichas variables son correlativas y que en definitiva terminan moviéndose en la misma dirección. Que se había producido en las fechas de la firma de los derivados financieros una inversión de la curva de tipos que adelantaba una bajada de los tipos de interés y cuantifica la probabilidad de bajada de los tipos de interés en un 92,23%. Por su parte, el Sr. Gálvez rebate dichos argumentos y manifiesta que no existe una correlación entre las variables indicadas por el Sr. Cregenzan en su informe y manifiesta que hay que acudir a las previsiones indicadas por el Banco Central Europeo y que estas previsiones eran alcistas en el año 2007.

Del mismo modo en las ratificaciones ofrecidas en el acto de juicio el Sr. Cregenzan se ratificó en sus conclusiones manifestando que era evidente por la inversión de la curva de tipos que los intereses iban a bajar y que la misma circunstancia había ocurrido en el año 2000 y 2001 durante la crisis de las llamadas EMPRESAS.COM. Por su parte, el Sr. Gálvez manifestó que se preveía que los intereses se mantuvieran alrededor del 5 y que una caída tan abrupta no estaba prevista. Preguntado el Sr. Gálvez acerca de las previsiones contenidas en la página 30 de su informe reconoció no obstante que la previsión era bajista (del 5,05300 al 4,55925) y asimismo preguntado acerca de las previsiones de la página 36 manifestó que las previsiones era alcistas y luego bajistas o de bajada moderada (5,06261 el 26/6/2008 al 4,65842 el 28/12/2011). Por su parte, el Sr. Díez Guijarro manifestó que hasta Agosto de 2010 se preveía una subida de tipos y que la caída de los tipos tan abrupta tuvo lugar por lo que en Economía se denomina "cisne negro" es decir la quiebra del banco americano Lehmann Brothers.

Por su parte, el demandado en su contestación incluye las previsiones del Banco Central Europeo y de otras entidades financieras y manifiesta que para finales de Julio de 2009 las previsiones eran entre el 4,8 y el 3,9%.

Valorando en conjunto toda la prueba practicada esta juzgadora considera que las previsiones de la entidad demandada en el momento de la firma de los derivados eran de bajada moderada de los tipos. Es decir, es cierto que no existían previsiones acerca de que los tipos de interés fueran a desplomarse como aconteció posteriormente pero también es cierto que no se preveía en ningún caso que siguieran ascendiendo sino que una vez llegado el entorno del 5% los mismos volverían a descender hasta colocarse en el entorno del 4%. Así, considera esta juzgadora que la elección de los tipos de interés previstos en los contratos de derivados no es casual sino calculada para minimizar los riesgos de la entidad bancaria. Así, en el SWAP firmado en el año 2007 que entra en funcionamiento en Junio de 2008 se pacta un tope a la cobertura del banco del 5,1% siendo que la previsión del euribor a 12 meses para esa fecha era de 5,05 y se preveía que bajaría en las siguientes anualidades (pagina 30 del dictamen del Sr. Galvez). Asimismo, en el derivado de 2008 se establece un tope para el cliente de 5,8 muy alejado de los tipos máximos que se preveían para el euribor a tres meses que según la previsión de la página 36 del informe del Sr. Gálvez llegarían como máximo al 5,37 para luego empezar a descender. En definitiva, en la elección de los tipos aplicables al contrato que fueron impuestos a la entidad demandante, el Banco tuvo en cuenta las previsiones existentes en dicho momento que eran las de bajada moderada de los tipos y estableció unos topes a la cobertura del Banco que según las previsiones existentes en ese momento no se alcanzarían.

TERCERO.- La siguiente cuestión a analizar **es la información otorgada por el Banco con carácter previo a la firma de los contratos de autos** a fin de precisar si existe o no consentimiento viciado por error sobre el objeto de contrato firmado, es decir si los actores firmaron el contrato de referencia en la creencia de que se trataba de un producto de cobertura de tipos y con conocimiento de todas las características de los contratos firmados a las que ya nos hemos referido y en especial teniendo conocimiento del desequilibrio de las prestaciones de los contratantes y de las características de la cancelación de los productos para analizar si tal error es esencial y no imputable a los mismos hemos de acudir al contenido del contrato firmado y las circunstancias de la operación, es decir cual fue la información proporcionada por el Banco y en concreto por los operarios del mismo relativas a las características del contrato firmado y de los riesgos de la operación. A tal efecto, ya hemos examinado algunos aspectos del clausulado de los contratos y asimismo que no reúnen los requisitos para que puedan considerarse productos de cobertura de tipos de interés.

El primer contrato de autos fue firmado el 7 de Agosto de 2007 siendo de aplicación la Ley de Mercado de Valores 24/1988 que en su redacción entonces vigente establecía como obligaciones a cumplir por las entidades de crédito las contenidas en el art. 79 de dicho cuerpo legal:

1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

*Por lo que se refiere a las obligaciones que deben cumplir las entidades de inversión en relación con la información suministrada a los clientes hemos de acudir al **R.D. 629/1993** que si bien en la actualidad se encuentra derogado, se encontraba vigente en el momento de la contratación del primero de los derivados y relativo a las Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios que establece en el artículo 5 del Anexo lo siguiente:*

"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.

La primera cuestión a valorar es que los contratos firmados por las partes no son instrumentos de comprensión sencilla sino contratos de derivados financieros de alto riesgo, lo que ha sido reconocido en numerosas sentencias tanto por la Jurisprudencia como por los organismos de control nacionales, Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores lo que obliga a la entidad bancaria a prestar un asesoramiento minucioso previo a la firma de los contratos de autos que permita a la parte contratante que se encuentra en situación de inferioridad, en este caso la demandante que presta su consentimiento a los contratos redactados unilateralmente por la adversa, a comprender adecuadamente los riesgos asumidos con la firma de las operaciones, y en especial que la firma de los mismos puede llevar a la empresa a sufrir cuantiosas pérdidas mediante la explicación de los diversos escenarios posibles, tanto de subida de los tipos de interés como de bajadas de los mismos de forma que la empresa contratante pueda comprender con claridad el riesgo al que se enfrenta con la firma de dichos instrumentos.

La normativa mencionada se encontraba vigente a la firma del primero de los contratos de autos, el SWAP de fecha 7 de Agosto de 2007. En la firma del contrato de autos concurren a juicio de esta juzgadora **las siguientes irregularidades**, en primer lugar el Contrato Marco de Operaciones Financieras no aparece firmado por la misma persona que confirmó la operación por cuanto en el primero aparece como firmante el Sr. [REDACTED] y la confirmación de la operación aparece firmada por el Sr. [REDACTED], aunque ambos contratos aparecen firmados el mismo día, el 7 de Agosto de 2007. Ahora bien, en el documento de confirmación de la operación aparece la mención "pendiente de firma".

A tal efecto, compareció como testigo el Sr. [REDACTED] que manifestó que tenía una sociedad constituida y que la vendió al Sr. [REDACTED] para comprar un hotel, que permaneció como administrador meramente nominal durante un tiempo y que unos días después de su cese acudió al banco a firmar una serie de operaciones que estaban pendientes. Que asimismo cuando acudió a firmar dichas operaciones entendía que eran porque estaban aprobadas por los socios y que no era consciente de haber firmado un Contrato Marco, y que no sabe si se firmaron el contrato marco y las Condiciones Particulares en distintos días. A su vez en las condiciones particulares resulta que aparece en la primera página la siguiente mención: este documento constituye una confirmación de los efectos establecidos en el Contrato Marco de Operaciones Financieras

(pendiente de firma) y aparece fechado el mismo día 7/8 pero por el Sr. [REDACTED]. Para esta juzgadora es evidente que si las Condiciones Particulares no son mas que una confirmación del Contrato Marco y resultando que es en el Contrato Marco donde aparecen las definiciones a aplicar al contrato de autos necesariamente deberían haber sido firmados por la misma persona porque solo de ese modo puede garantizarse que la persona que firma la confirmación conozca realmente el contenido del contrato firmado.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la información precontractual suministrada por la entidad la Sra. Martín acudió como testigo y manifestó que "La tendencia del euribor era al alza y que informaron al cliente de este producto para contener la subida del tipo de interés", repitiendo que "le informaron de que había un producto para contener las subidas de los tipos de interés". Asimismo, manifestó que se concertó una reunión con el Sr. Soriano, Sr. Segura y con el Sr. [REDACTED] para explicar el producto y en este sentido el Sr. [REDACTED] asistió a la reunión y manifestó que se les explico que era como un seguro, que era muy necesario dado lo elevado del pasivo y que no se le dio ningún tipo de documentación. Asimismo, consta en autos el **documento nº 9bis**, el mail remitido por el Sr. Segura en el que en relación al producto de autos manifiesta "en cuanto al seguro de cobertura para el préstamo hipotecario, vamos a contratarlo en la modalidad de SWAP bonificado, comentada por Juan Antonio Soriano como la mas favorable para nosotros, dadas las expectativas de subida del índice de referencia" Del mail de referencia se desprende que de la reunión mantenida con el Sr. Soriano la conclusión del Sr. Segura era que se trataba de un seguro para contener las subidas del euribor, lo que según hemos analizado en el fundamento de derecho anterior es incierto por cuanto la hipoteca se firmó con un interés del 4.9% y el swap tenía un tope del 5.1%. Asimismo, de la declaración testifical de la Sra. Martín por cuanto no contamos con el testimonio del Sr. Soriano acerca del contenido de la reunión mantenida, no se desprende cual fue la información proporcionada por la entidad bancaria, es decir si se informó al cliente de la posibilidad de sufrir por las empresa cuantiosas perdidas ni que se plantearan diversos escenarios que permitieran al Sr. Segura y al Sr. [REDACTED] conocer el alcance del producto en cuestión. No costa tampoco en autos información precontractual referente a este primer contrato de swap que fuera facilitada a la demandante con carácter previo a la firma de la operación. En este sentido, el Sr. Segura y por lo que se refiere al tope del 5.1% manifestó que entendió que si el tipo subía del 5.1 % pagaría la diferencia la entidad y que "partieron de un interés del 4.9% y que si hubiera sabido que perdería la cobertura al 5.1% no la habrían firmado".

En definitiva, que de la prueba practicada se desprende que en la colocación del SWAP BONIFICADO a tres años no se cumplieron

con las obligaciones por parte de la entidad bancaria de suministrar una información clara, comprensible y objetiva de los riesgos asumidos con la contratación y que el contrato formado dado que superando el euribor un 5,1% únicamente cubría un 0,10% no era adecuado para servir de cobertura a la hipoteca contratada, entendiéndose esta juzgadora que cualquier inversor racional si hubiera comprendido cabal y completamente el funcionamiento del producto (mediante las correspondientes simulaciones o planteamiento de diversos escenarios de subida y bajada del euribor) hubiera declinado su contratación.

Por lo que se refiere a **la firma del segundo contrato de autos**, constan las condiciones particulares firmadas en fecha 6/6/2008 aunque el contrato establece como fecha inicial el 30/6/2008. El contrato se denomina por la entidad como contrato CRI (COBERTURA DINAMICA) según se detalla en el documento 8 de la demanda donde se contienen la explicación del funcionamiento del contrato: El objetivo de este producto es cubrirle el tipo de interés que paga por las diversas partidas de endeudamiento que existen en su balance durante los próximos 3,5 años, estabilizando sus gastos financieros ante cualquier situación de mercado. Como vemos, de dicho folleto se desprende que el cliente esta contratando un producto que le protege de las subidas del tipo de interés, lo que abunda en el contenido de dicho folleto que establece en su parte final

Una cobertura que le ofrece:

.Seguridad: el tipo máximo queda fijado en el 5.05%.
.Flexibilidad: el tipo pagado se reduce si baja en Euribor 3 meses.

A continuación se ponen tres cuatro ejemplos en los que solo el ultimo supone una liquidación negativa para el cliente y en el apartado RIESGOS: "El coste financiero para el cliente será superior a la alternativa de no haber hecho nada en aquellos trimestres en los que el tipo a pagar sea superior al Euribor a tres meses"

Por lo que se refiere al contenido de las condiciones particulares del mismo modo se denomina COBERTURA DE TIPOS DE INTERES.

Del contenido del contrato se desprende que el mismo se ofreció a la demandante como un producto de cobertura para protegerse de las subidas de los tipos de interés y de la documentación analizada consistente en las condiciones particulares firmadas y el anexo se desprende que en el mismo no se hace referencia alguna a la posibilidad de que la

empresa contratante sufra cuantiosas pérdidas como consecuencia de la firma del producto.

En cuanto a las circunstancias de la contratación resulta que las condiciones generales del contrato NO APARECEN FIRMADAS sino únicamente las particulares y el ANEXO 1. Asimismo, no resulta realizado con carácter previo a la firma del contrato el necesario test de conveniencia (puesto que a la firma de este contrato se hallaba vigente la normativa MIFID) sino que el mismo aparece fechado el 7/10/2008, es decir con posterioridad a la contratación, constando únicamente en la fecha del contrato un cambio de categoría de profesional a minorista pero sin que conste en autos el documento por el que se calificó previamente de inversor profesional. Preguntadas acerca de todas estas circunstancias la Sra. Martín manifestó que no recordaba porque el test de conveniencia se firmó con posterioridad al contrato de autos ni tampoco porque se le cambió de la categoría de profesional a la de minorista, manifestando que del mismo modo se le ofreció el producto para cubrir el riesgo de las nuevas operaciones suscritas. Del mismo modo reconoció que cuando se modificó el préstamo de 2.300.000 euros no se modificó correlativamente el nocional del contrato CRI y asimismo manifestó desconocer que cuando se firmó el contrato de CRI y para el primer año el interés del préstamo hipotecario de 7.500.000 euros concertado con la CAIXA ya se conocía.

En definitiva, que teniendo en cuenta las irregularidades existentes en la contratación de los productos, la oscuridad de los términos de los contratos y la información sesgada proporcionada por la entidad bancaria que en todo momento ofrece los productos como un instrumento de cobertura para proteger al cliente de las posibles subidas del euribor y no como un producto especulativo de alto riesgo, procede entender acreditado la existencia un vicio en el consentimiento que opera en la momento de su formación, entendiéndose acreditado esta juzgadora que el vicio es esencial por cuanto afecta al objeto mismo de los contratos firmados y que no es imputable a la parte actora.

CUARTO.- En este sentido la entidad demandada ha alegado repetidamente que en definitiva el error es imputable a la parte actora por cuanto en primer lugar el administrador de la demandante es un importante empresario acostumbrado a la contratación de productos bancarios y que asimismo estaba asesorado por el Sr. Segura que se dedica a la asesoría financiera, que asimismo en los diversos mails remitidos por el Sr. Segura se aprecia que el mismo asesoraba a la empresa demandante y a otras empresas relacionadas prestando asesoramiento financiero, y que en base a tales circunstancias el error en caso de existir es imputable a la propia parte actora.

A tal efecto, mencionar que de la prueba practicada se desprende que la demandante era una empresa que formaba parte de un grupo con un importante capital social y que asimismo contaba con el asesoramiento del Sr. Segura, que de conformidad con la prueba practicada, posee una empresa en la que dentro de su objeto social figura el asesoramiento financiero, contable y fiscal pero no obstante entiende esta juzgadora que en este supuesto el error en el consentimiento viene motivado por la falta de información adecuada e imparcial prestada por la entidad bancaria que en todo momento ofertó los productos como seguros de cobertura de riesgos sin hacer referencia a lo que realmente son, productos financieros especulativos y de alto riesgo. A tal efecto, el Sr. Segura declaró como testigo y manifestó que no tenía conocimiento específico de este tipo de contratos y que en todo momento se le ofrecieron por el banco como productos sencillos y de cobertura. A tal efecto, entiende esta juzgadora que ni el volumen de la empresa contratante ni el contar con asesoramiento financiero son óbice para que se pueda producir error en el consentimiento contractual en supuestos como el presente en que el Banco ofrece una información sesgada y parcial de los riesgos de la operación. En este sentido, el tener conocimientos financieros no equivale a tener conocimiento de este tipo de productos y esta claro que si la información que se le ofrece no es completa en ningún caso puede realmente formarse adecuadamente una composición acerca de los riesgos y consecuencias que puede tener la firma de un contrato de este tipo para la empresa que cuenta con su asesoramiento. Para esta juzgadora es sumamente ilustrativo que por parte de la Sra. Martín en todo momento se refiriera a los productos de autos como "productos para contener la subida de los tipos de interés" y que asimismo reconociera que como el Sr. Segura era un director financiero no le informó como a un particular y que ni siquiera el Sr. Díez Guijarro analista financiero tenía un conocimiento claro de los productos de autos, de lo que se desprende que no por tener conocimientos financieros tiene porque conocerse el funcionamiento de este tipo de productos. El propio Sr. Segura manifestó que en la reunión que tuvieron con la Sra. Martín y el Sr. Soriano previa a la firma del primero de los contratos se les convenció de que era muy necesario para asegurar los costes financieros de las operaciones y que en ningún momento se les mostró como un producto complejo ni de riesgo. En definitiva, el vicio del consentimiento viene motivado por la parcialidad de la información ofrecida, en el contexto de un clima de confianza entre las partes, fruto de la habitualidad de trato entre la directora de la oficina Sra. Martín y el Sr. Segura y que les hizo confiar en las explicaciones ofrecidas por la entidad bancaria acerca de que era un producto necesario y beneficioso para ellos y no extremar las precauciones.

Así, de las pruebas testificales se desprende que fue la sucursal bancaria quien ofreció los productos a los clientes

ahora demandantes y que les fueron ofrecidos como si se tratara de contratos de seguro para cubrir una posible subida de los tipos de interés y de esta forma blindar sus costes financieros y que en la información suministrada por la entidad bancaria no se advirtió de la verdadera naturaleza de los riesgos de la operación es decir que en el momento de su contratación asumían el riesgo de perder elevadas cantidades en el supuesto de que el EURIBOR bajara como efectivamente aconteció, que no se le realizaron simulaciones individuales con los diferentes escenarios posibles y lo que es más importante que no se les advirtió del coste que llevaría la cancelación de los productos, por cuanto como se ha manifestado por la propia demandada no era posible saberlo en ese momento.

De esta prueba practicada se desprende del mismo modo que los actores no pretendían firmar un contrato especulativo con la finalidad de aumentar sus ingresos sino únicamente protegerse de la variación de los tipos que es lo que en definitiva se les ofreció por el personal de la entidad bancaria.

Es evidente que si a los señores [REDACTED] y [REDACTED] se les hubieran puesto de manifiesto las circunstancias del contrato con las correspondientes simulaciones de beneficios y pérdidas no hubieran contratado un producto que es claramente perjudicial para sus intereses.

Por todo lo manifestado, entiende esta juzgadora que el error padecido por la actora y en consecuencia el vicio de consentimiento contractual no viene motivado por su falta de diligencia en la contratación sino por la falta de información esencial a la demandada unido a que la actora no era especialista en este tipo de contratos y que el contrato de referencia se caracteriza por la falta de equilibrio en los riesgos asumidos por cada una de las partes y por una total falta de transparencia, lo que implica que la demandante no contó con los elementos necesarios para formar adecuadamente su consentimiento concurriendo por tanto un vicio del consentimiento acerca del objeto del contrato y de las características esenciales del mismo y en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 del C.C. el contrato es nulo y los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido objeto del contrato con sus frutos y **el precio con sus intereses** lo que implica en definitiva la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones económicas realizadas.

De este modo se estima la demanda principal con las aclaraciones acerca de la cuantía y se desestima la reconventional en el sentido de condenar a la demandada al pago de la cantidad de 1.104.876,98 euros por las liquidaciones del contrato CRI, por cuanto se excluye de la cantidad a abonar la liquidación de Marzo de 2012 que se halla pendiente de pago y asimismo debe abonar la cantidad de 297.563,47 euros por las liquidaciones en base al contrato

SWAP de autos, lo que en definitiva supone condenar a la demandada al pago de la cantidad de 1.402.440,45 euros.

QUINTO- Las cantidades objeto de condena devengarán el interés legal de los art. 1101, 1108 y 576 de la LEC desde la fecha de interposición de la demanda.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la L. E. C. y por ser total la estimación de la demanda principal procede imponer condena en costas a la parte demandada principal y actora reconvenzional.

Vistos los art. citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la representación procesal de ██████████ ██████████ ██████████ contra BANKIA S.A. declarando la nulidad de pleno derecho del contrato de SWAP de fecha 7 de Agosto de 2007 y del Contrato de Permuta de Operaciones Financieras de fecha 6 de Junio de 2008 y en consecuencia se condena a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad de 1.402.440,45 euros mas los intereses legales indicados y las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de VEINTE días.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe.