AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE VALENCIA QUE POR TURNO CORRESPONDA

DON RAMÓN BIFORCOS SANCHO, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **AWESWELL LIMITED**, inscrita en el *Register of Companies for England and Wales*, el 25 de julio de 2011, con el número 07716847, con NIF N8262488C, y domicilio en ABG Accountants, 20 City Road, London EC1Y 2AB (Reino Unido) conforme apoderamiento que se acompaña como **DOC N.º 0**, y bajo la dirección letrada de Don Javier Sixto Seijas, colegiado 99.513 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho **DIGO:**

Que en la indicada representación y por medio del presente escrito formulo, al amparo del artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo en relación con el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** contra **CAIXABANK S.A**. con domicilio social en 46002 Valencia, Calle Pintor Sorolla, 2-4 con NIF A08663619, inscrita en el Registro Mercantil de Valencia, Tomo 10370, Folio 1, Hoja V-178351, e inscrita en el Registro Administrativo Especial del Banco de España con el número 2100. como sucesora tanto de BANKIA S.A., como de la CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS.

I. SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

PREVIO. – INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA POR EL ACREEDOR.

(1) La demandante, AWESWELL LIMITED es acreedora de la sociedad en concurso Luchy Playa Blanca (en adelante LPB). Se adjunta Auto de 16 de abril de 2018 del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el que se refleja la condición de acreedor de la mercantil AWESWELL LIMITED, como **DOC N.º 1.**

(2) Tras el oportuno informe de viabilidad, la Administración Concursal de LPB, envía un escrito, con fecha 25 de enero de 2021, al Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria solicitando prórroga de las operaciones de liquidación en el que reconoce que *la entidad Aweswell Ltd., ha solicitado a la AC ejercitar contra Bankia la acción prevista en el art. 1.101 del CC en relación con el denominado "Contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 17 de junio de 2008"*[…] *Tras aportar informe de viabilidad suscito* [sic] *por letrado, la AC ha aceptado la interposición de la reclamación por considera* [sic] *que, de prosperar, puede ser beneficiosa*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 1/27

para el concurso por motivos obvios, en los términos, esencialmente, siguiente: a) La entidad Aweswell, Ltd. Asumirá todos los gastos derivados de la reclamación, incluidos ***los honorarios de letrado y procurador que se contraten por la AC a esos efectos***. Se adjunta escrito de la Administración Concursal como **DOC N.º 2**.

(3) Sin embargo, a pesar de cumplir con la garantía de pago que exigía la Administración Concursal, ésta no contrató a ningún letrado para la interposición de esta demanda ni permitió, posteriormente y ante su inacción, la presentación de la demanda realizada por el equipo legal contratado por Aweswell Limited.

(4) Así, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 122.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo -es decir, instando por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción de carácter patrimonial que corresponde al concursado, con expresión de las concretas pretensiones en que consistía y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas, y no habiendo el Administrador Concursal interpuesto la demanda que ahora se formula - la entidad Aweswell Limited se ve en la necesidad de ejercitar esta acción subsidiaria a su costa y en interés de la masa.

PRIMERO. – VISIÓN GENERAL Y COMPRENSIÓN DE LA SITUACIÓN.

(5) La sociedad Luchy Playa Blanca se constituye el 23 de mayo de 2008 con el objeto de realizar la compra del complejo turístico Sun Park. Para la realización de esta operación, LPB elabora un detallado plan de negocio que, entre otros puntos, incluía la obtención de financiación con un periodo de carencia suficiente para la ejecución de las obras de mejora necesarias en el complejo y su reposicionamiento con carácter previo al inicio de la explotación. Una vez finalizadas las obras y las operaciones de reposicionamiento, las proyecciones financieras, en línea con los resultados anuales obtenidos por la explotadora existente hasta ese momento, indicaban que los ingresos de explotación del propio Complejo serían suficientes para cubrir las cuotas de la financiación.

(6) De esta forma, el 17 de junio de 2008 se suscribe un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por la Caja Insular de Ahorros de Canarias (en adelante la Caja) a favor de LPB por importe de ocho millones seiscientos mil euros (8.600.000 euros) a un tipo fijo anual del 6.25% durante los seis primeros meses y, posteriormente a tipo variable referenciado al EURIBOR a un año, más un diferencial de 1,50%, con una cláusula suelo del 3,50%, por un plazo de 16 años y un periodo de carencia inicial de 12 meses. Se adjunta escritura del préstamo con garantía hipotecaria como **DOC N.º 3**.

(7) En esa misma fecha, se suscribe un **Contrato de Gestión de Riesgos Financieros** para, en palabras del propio contrato, **optimizar** el riesgo financiero al que se veía expuesto con la contratación de este préstamo con garantía hipotecaria. Bajo ese nombre tranquilizador, realmente

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 2/27

se estaba contratando una permuta financiera (o swap) de tipos de interés por un nocional de cinco millones de euros (5.000.000 euros) con inicio el 7 de junio de 2008 y finalización el 7 de enero de 2012. Sin embargo, lejos de optimizar ese riesgo, este contrato supuso **un sobrecoste de quinientos setenta y tres mil quinientos noventa y un euros con cincuenta y tres céntimos (573.592,53 euros).** Se adjunta Contrato de Gestión de Riesgos Financieros como **DOC N.º 4**.

(8) Ante esta situación, y sin estar el Complejo a pleno rendimiento, el 27 de mayo de 2010, LPB realiza una serie de operaciones de refinanciación con la Caja de Insular de Ahorros de Canarias:

a. Se suscribe una ampliación del periodo de carencia del préstamo con garantía hipotecaria, sin modificar el plazo de vencimiento pactado, incrementando el diferencial sobre el EURIBOR al 2,00%. Se adjunta escritura de la modificación del primer préstamo hipotecario como **DOC N.º 5**

b. Se suscribe un nuevo préstamo con garantía hipotecaria por importe de ochocientos cincuenta mil euros (850.000 euros), a un tipo fijo anual del 3.50% durante los seis primeros meses y, posteriormente a tipo variable referenciado al EURIBOR a un año, más un diferencial de 2,00%, con una cláusula suelo del 3,50%, por un plazo de 14 años (coincidiendo este plazo de amortización con el del primer préstamo hipotecario) y un periodo de carencia inicial de 18 meses. Se adjunta escritura del préstamo con garantía hipotecaria como **DOC N.º 6**.

c. Se constituye un derecho real de prenda sobre los derechos de crédito contenidos en un depósito **a plazo** por importe de cuatrocientos cinco mil euros (405.000 euros) como garantía de los dos préstamos con garantía hipotecaria y el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros. Se adjunta póliza de pignoración como **DOC N.º 7**.

(9) Finalmente, debido al sobrecoste financiero inesperado y viendo limitada su capacidad de hacer frente a las obligaciones ocultas derivadas de esta financiación, y con el objeto de proteger la masa patrimonial, LPB se ve obligada, el 4 de junio de 2012, a solicitar la entrada en situación de concurso voluntario, el cual, bajo número 36/2012 se sustancia en el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO. – LA CONDICIÓN DE LPB Y EL CONTEXTO EN EL QUE SUSCRIBIERON LOS CONTRATOS

(10) En primer lugar, con carácter previo a desarrollar los pormenores de esta financiación y la existencia de contratos y cláusulas abusivas, creemos necesario establecer tres premisas:

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 3/27

a. Dada la fecha de la contratación es plenamente aplicable la **Directiva MiFID**, cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que modifica los artículos 78 y siguiente de la LMV, posteriormente desarrollados por el Real Decreto 217/2008.

b. LPB ostentaba la condición de cliente **minorista** de acuerdo con la categoría MiFID. Esta condición no solo es reconocida por la propia Caja en la documentación aportada, sino que no resulta, en modo alguno, controvertida al tratase de *una persona ajena a toda operativa de especulación financiera que ostenta el nivel máximo de protección, tanto a nivel de información y comprensión de los productos financieros que se están adquiriendo, como en la acreditación de que dicha información se ha realizado.* (SAP Barcelona, de 25 de marzo de 2013). Se adjunta contrato básico de servicios de inversión como **DOC N.º 8**; en él se observa tanto la condición de cliente minorista como la no realización de los test a que nos referimos en el punto siguiente

c. De acuerdo, nuevamente, con la documentación aportada, la Caja reconoce que **no se ha realizado** ni el correspondiente **test de conveniencia** ni el **test de idoneidad** a que se refiere la citada Directiva.

(11) A este respecto, conforme a la doctrina fijada a partir del marco normativo de la Directiva MiFID *el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible* ***información adecuada sobre los instrumentos financieros*** *y las estrategias de inversión y también* ***orientaciones*** *y* ***advertencias sobre los riesgos asociados*** *a tales instrumentos o estrategias*. (STS de 8 de julio de 2014)

(12) De esta forma, *para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo como son la realización del* ***test de conveniencia*** *-cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el* ***test de idoneidad*** *cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero , dirigido además de a verificar la anterior*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 4/27

evaluación , a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto. (STS de 8 de julio de 2014).

(13) Con todo, como se detallará a continuación, en las sucesivas suscripciones de productos financieros, LPB fue objeto de un claro abuso por parte de la Caja, imponiendo condiciones y cláusulas totalmente abusivas y/o con una información claramente insuficiente y que, llevaron, en primer término, a la refinanciación del préstamo hipotecario y, finalmente, a la solicitud de declaración de concurso voluntario por parte de LPB.

TERCERO. – EL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS

(14) En el momento de contratación del primer préstamo hipotecario, las entidades financieras estaban obligadas a informar *a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles*, esto es, instrumentos que permitiesen reducir o anular las pérdidas procedentes de movimientos desfavorables en los tipos de interés.

(15) Siguiendo este mandato, la Caja ofrece lo que en sus condiciones generales define como un *marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero*. Un marco que, indica, *conlleva un grado de riesgo* que *podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente.* Es decir, se estaba ofreciendo un producto que permitía gestionar el riesgo de incremento del tipo de interés y que únicamente en un *supuesto extraordinario que afecte a los mercados* el cliente podría ver anulado el beneficio económico, sin indicar, en ningún caso, la posibilidad de que este producto resultase gravoso para el cliente**.**

(16) El producto contratado, un swap de tipos de interés, es una operación de derivados en las que, el interesado en cubrirse de la variabilidad de estos tipos, paga unos flujos ciertos a tipo fijo a cambio de recibir esos flujos futuros inciertos. Es decir, la teoría es que este contrato convertiría en fijos, los tipos de interés variable del préstamo hipotecario. Sin embargo, si analizamos las condiciones económicas del contrato observamos que, a favor del cliente, efectivamente, se recibiría esos flujos inciertos: el EURIBOR a 3 meses. Sin embargo, a cargo del cliente el producto es más complejo que un simple swap de tipos de interés:

a. Durante los dos primeros trimestres, el Cliente paga un tipo variable del EURIBOR menos 0,10%. Es decir, con la contratación de este producto, la Caja bonifica durante los dos primeros trimestres la hipoteca pasando, en realidad, de estar a un tipo variable referenciado al EURIBOR más 1,40%.

b. Durante los trimestres tercero a octavo, ambos incluidos, el cliente pagaría *EURIBOR 3 MESES – 0,15% si EURIBOR es mayor o igual al tipo del 5,55% en*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 5/27

otro caso: 5,15%. Analizando esta cláusula resulta que, en el entorno más favorable para LPB, con unos tipos del 5,54% (unas cifras que, repetimos, nunca se alcanzaron en la serie histórica) la Caja *únicamente* recibiría un diferencial del 1,11% con respecto al EURIBOR a tres meses.

c. Durante los trimestres noveno a decimocuarto, ambos incluidos, el cliente pagaría *EURIBOR A 3 MESES – 0,15% si EURIBOR es mayor o igual al tipo del 5,55%. 5,15% si EURIBOR 3 MESES es menor al tipo del 5,55% pero es mayor o igual al tipo del 5,15% en otro caso: 4,85%.* De igual modo que en los trimestres anteriores, en el entorno más favorable para LPB, con unos tipos del 5,54%, la Caja *únicamente* recibiría un diferencial del 1,11% con respecto al EURIBOR a tres meses.

(17) Sin embargo, sin adentrarnos en los escenarios más desfavorables para LPB y tomando únicamente las proyecciones del BCE, con unos tipos previstos del 3,90%, en realidad lo que estaba haciendo la Caja era imponer un sobrecoste al cliente del 1,25% durante los trimestres tercero a octavo y del 0,95% en los restantes; pasando en realidad, de tener un préstamos hipotecario referenciado al EURIBOR más 1,50% a tener un préstamo hipotecario, también referenciado al **EURIBOR** pero, en este caso **más el 2,75% y el 2,45%** respectivamente. A mayor abundamiento, la Caja siempre se reservaba el derecho a **suspender el contrato** *cuando concurran circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio de La Caja, alteren sustancialmente la situación existente del Producto contratado*.

(18) Si analizamos la realidad, con unos tipos que llegaron al 0,40% (una circunstancia que, entendemos, alteraba sustancialmente la situación pero que, *a juicio de La Caja,* no lo hizo) lo que observamos es un **sobrecoste directo,** solo por la cobertura de riesgos, que era **más de 12 veces superior** al coste de mercado. Además, analizando este producto en relación con el préstamo hipotecario y, en particular, con la cláusula suelo fijada en el 3,50%, la combinación de ambos productos sólo sirve para que la Caja siempre gane en una **relación asimétrica** y **desequilibrada** entre la Caja y LPB. Este desequilibro es tal que a gran parte del principal (cinco millones de euros) se le estaba aplicando una "clausula suelo" del 8,35% (el 3,5% del préstamo hipotecario y el 4,85% del swap), resultando en un **suelo efectivo** al conjunto del préstamo y sin estar reflejado en ninguna de las cláusulas de ninguno de los contratos del **6,35%**.

(19) Así, lejos de mitigar ningún riesgo, tal y como indicamos en el primer apartado, este contrato supuso unas **pérdidas directas de quinientos setenta y tres mil quinientos noventa y un euros con cincuenta y tres céntimos (573.591,53 euros).** Se adjunta **Cuadro A** con el impacto del swap en el **DOC N.º 9**. La realidad era que no se estaba contratando ningún instrumento de gestión de riesgos financieros sino un derivado financiero, un swap de tipos de interés, calificado como

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 6/27

un **producto tóxico** que, *según razona pacíficamente la jurisprudencia, […] constituyen un producto complejo y arriesgado en los que se aprecia […] una marcada complejidad dados los elementos, índices variables y conceptos económicos que los configuran, por lo que su valoración exige formación financiera superior a la que posee la clientela bancaria general*. Con todo, **ni era el idóneo en términos económicos ni se informó de sus riesgos inherentes, provocando un error inexcusable sin el cual, este producto, en ningún caso, se hubiese contratado. Por lo tanto, este contrato debe ser declarado nulo en su totalidad.**

CUARTO. – LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍAS HIPOTECARIAS: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

(20) La postura de esta parte con respecto a las cláusulas pre-redactadas viene resumida en la SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 2022 que indica que *la existencia de una regulación normativa bancaria en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecarios y as normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis* (un contrato celebrado entre profesionales). Del mismo modo, la STS de 3 de junio de 2016 indica que *la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: […] esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando se 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.* Por otro lado, asumimos la postura de la Audiencia de esta ciudad en el carácter restrictivo de los controles de transparencia material cuando el cliente no ostenta la condición de consumidor.

(21) Dicho lo cual, **creemos necesario indicar los sobrecostes a los que LPB tuvo que hacer frente** por cláusulas que, en caso de aplicarse la normativa de protección de Consumidores y Usuarios, serían declaradas nulas (STS de 24 de julio de 2020).

(22) **Cláusula suelo**: Como indicamos en el primer apartado, tanto el préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 17 de junio de 2008 como el suscrito el suscrito el 27 de mayo de 2010 a pesar de que indica que el tipo de interés aplicable es *el resultado de la adición al índice o tipo de referencia ordinario o sustitutivo el diferencial convenido*, lo cierto es que establecen, en una redacción idéntica, una *condición común* que indica, literalmente, que *en ambos supuesto de tipo ordinario o sustitutivo, el tipo nominal se aplicará con un mínimo del **tres coma cincuenta (3,50%)** anual.* No obstante, LPB no fue informada en modo alguno de lo que suponía la

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 7/27

aceptación de la citada cláusula, ocultándola en una simple frase dentro de las más de 60 páginas de las escrituras de los préstamos hipotecarios, lo que supone un evidente **desequilibrio entre las prestaciones** de una y otra parte. De esta forma, el perjuicio económico por esta única cláusula supuso un total de **ciento catorce mil doscientos noventa y un euros con nueve céntimos de euro (114.291,09 euros)** hasta el uno de junio de 2012, última cuota pagada antes de la declaración de concurso voluntario; una cifra que ya se elevaba a **cuarenta y dos mil cuatrocientos sesenta y seis euros con cincuenta y cinco céntimos de euro (42.466,55 euros)** a la firma de la refinanciación el **27 de mayo de 2010**. Se adjunta **Cuadro B** con el impacto del swap en el ya referenciado **DOC N.º 9**.

(23) **Gastos de constitución:** Con el mismo carácter leonino de las condiciones de los préstamos hipotecarios, en una redacción idéntica, la escrituras de constitución de los dos préstamos indican, en su cláusula sexta que *serán por cuenta de la parte prestataria **todos los gastos** de constitución del préstamo hipotecario, los de esta escritura y sus copias y los de cancelación y carta de pago en su día, tales como aranceles notariales y registrales, los relativos a la constitución, cancelación y modificación de la hipoteca, impuestos, arbitrios y contribuciones que afecten a la/s finca/s gravada/s, gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras, gastos de tasación del/los inmueble/s y primas de seguros de incendios y riesgos catastróficos y los derivados del seguro de vida de la parte prestataria cuando fueren aplicables*. De esta forma con respecto a los **Gastos de Notaría,** según constan en la contabilidad de LPB, con FERA, S.C.P como beneficiario, LPB soportó unos gastos de veintiún mil cuatrocientos cincuenta y un euros con cincuenta y nueve céntimos (21.451,59 euros); de los cuales, la mitad, debería de haber sido abonada por la Caja, esto es **diez mil setecientos veinticinco euros con setenta y nueve céntimos de euro (10.725,95 euros)** por el primer préstamo hipotecario; de tres mil novecientos ochenta y cuatro euros con cuarenta y nueve céntimos (3.984,49 euros); de los cuales, la mitad, debería de haber sido abonada por la Caja, esto es **mil novecientos noventa y dos euros con veinticuatro céntimos de euro (1.992,24 euros)** por el segundo préstamos hipotecario y de tres mil trescientos cuarenta y dos euros con ochenta y tres céntimos (3.342,83 euros); de los cuales, la mitad, debería de haber sido abonada por la Caja, esto es **mil seiscientos setenta y un euros con cuarenta y un céntimos de euro (1.671,41 euros)** por la modificación del primer préstamo hipotecario. Con respecto a los **Gastos de gestoría y Registro de la Propiedad,** según consta en la Escritura de constitución del préstamo, este cometido se le encarga a Gestoría Calzada Fiol, S.L. cuyos gastos ascendieron a **cincuenta y un mil trescientos cincuenta y siete euros con setenta y nueve céntimos de euro (51.357,79 euros)** por el primer préstamo hipotecario y **dieciséis mil doce euros con sesenta y dos céntimos de euro (16.012,62 euros)** – encargado esta vez a Agencia Robla S.L. – por el segundo préstamo hipotecario y la modificación del primer préstamo.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 8/27

(24) **Comisiones de apertura:** La caja no justifica en ningún momento el servicio o gasto real y efectivo ni se conoce ni acreditó la proporcionalidad de esta comisión (STJUE de 16 de julio de 2020). Así, LPB ha soportado un sobrecoste de **cincuenta y un mil seiscientos euros (51.600 euros)** por el primer préstamo hipotecario, **ocho mil quinientos euros (8.500 euros)** por el segundo préstamo hipotecario y **ocho mil euros (8.000 euros)** por la modificación del primer préstamo hipotecario.

(25) **Otras comisiones y gastos sin justificación:** Del estudio del extracto del primer préstamo que esta parte dispone, y a falta de más información que fue solicitada a la Caja y de la que no obtuvimos respuesta observamos dos cuestiones para las que no tenemos justificación. Así, desde el primer pago el uno de agosto de 2010 se empieza a cobrar una serie de comisiones y demoras con valores de cierta entidad, pero lo suficientemente pequeños como para quedar "camuflados" en la cuota del préstamo. En total, y con la información que disponemos, del 17 de junio de 2008 al 22 de octubre de 2009 y del 1 de enero de 2010 al 1 de mayo de 2010 se han cobrado, por estas cantidades "ocultas" **veintiocho mil quinientos setenta y dos euros con ochenta y dos céntimos de euro (28.572,82 euros).**

QUINTO. – CONSECUENCIAS ECONÓMICAS

(26) Con todo lo expuesto hasta el momento, cabe analizar las consecuencias económicas que supuso para LPB padecer estos abusos por parte de la Caja. Así, en primer lugar, en el momento de la refinanciación, el 27 de mayo de 2010, LPB ya había soportado un sobrecoste mínimo de **cuatrocientos veintidós mil ciento cincuenta y cuatro euros con veinte céntimos (422.154,20 euros)**. De esta forma, uniendo esta cantidad al depósito de **cuatrocientos cinco mil euros (405.000 euros)** que LPB tuvo que pignorar durante la refinanciación del 27 de mayo de 2010 arroja una cantidad de **ochocientos veintisiete mil ciento cincuenta y cuatro euros con veinte céntimos (827.154,20 euros)**, una cifra muy similar al importe del segundo préstamo hipotecario. La deducción es muy sencilla, si no se hubiese suscrito el contrato de gestión de riesgos financieros, LPB **no hubiese tenido que suscribir un segundo préstamo hipotecario** ni ampliado el periodo de carencia del primero con la consecuente subida del diferencial ni, por supuesto, pignorar (más bien transferir directamente) cuatrocientos cinco mil euros.

(27) Continuando con el argumento anterior, en el momento de la declaración del Concurso voluntario, el 4 de junio de 2012, LPB habría soportado un sobrecoste únicamente por el impacto del swap y del depósito (transferencia directa) de **novecientos setenta y ocho mil quinientos noventa y un euros con cincuenta y tres céntimos de euro (978.591,53 euros).**

(28) A este respecto, entendemos conveniente resaltar que, en el momento de la refinanciación, el 27 de mayo de 2010, LPB constituye, según lo establecido en la Póliza de elevación a público una

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 9/27

prenda sobre el derecho de crédito que representa un depósito a plazo por importe de 405.000 euros. Sin embargo, según se desprende del extracto bancario ese importe, en su totalidad, se transfiere a una cuenta titularidad del banco ese mismo día. Es decir, en realidad LPB no estaba suscribiendo un préstamo de 850.000 euros y aportando una garantía de 405.000 euros. En realidad, estaba solicitando un préstamo de 445.000 euros e ingresando, directamente al banco, la cantidad de 405.000 euros. Se adjunta el movimiento de la cuenta como **DOC N.º 10**.

(29) A esta cantidad habría que añadirle el impacto del incremento del medio punto en la refinanciación del primer préstamo hipotecario y a los intereses del segundo préstamo hipotecario hasta la entra en concurso voluntario:

a. Por intereses del segundo préstamo hipotecario hasta la entrada en concurso voluntario **sesenta y tres mil ochocientos ochenta y dos euros con noventa y tres céntimos (63.882,93 euros).** Se adjunta **Cuadro C** con el impacto de estos intereses en el ya mencionado **DOC N.º 9**

b. Por el incremento del medio punto al que se vio forzada a aceptar en la modificación del periodo de carencia del primer préstamo supuso **ochenta y un mil novecientos setenta y un euros con treinta y ocho céntimos (81.971,38 euros).** Se adjunta **Cuadro D** con el impacto del medio punto en el indicado **DOC N.º 9**

(30) En resumen, y con los cálculos que realiza esta representación según nuestro leal saber y entender y sin perjuicio de que, en caso de sentencia estimatoria, están cantidades serían determinables en ejecución de sentencia si fuese necesario, estimamos que el perjuicio total causado por estos instrumentos en LPB asciende a **un millón ciento veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco euros con ochenta y cuatro céntimos (1.124.445,84 euros)** más los intereses y costas correspondientes.

III. DOCUMENTAL

- **DOC Nº0:** Poder de representación
- **DOC Nº1:** Auto de aprobación del plan definitivo
- **DOC Nº2:** Autorización de la administración concursal
- **DOC Nº3:** Escritura del primer préstamo hipotecario
- **DOC Nº4:** Contrato de Gestión de Riesgos Financieros.
- **DOC Nº5:** Escritura de modificación del primer préstamo hipotecario
- **DOC Nº6:** Escritura del segundo préstamo hipotecario
- **DOC Nº7:** Póliza de Pignoración de Depósito

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 10/27

- **DOC Nº8:** Contrato de Servicios de Inversión
- **DOC Nº9:** Cuadros económicos
- **DOC Nº10:** Movimiento de cuentas
- **DOC Nº11:** Comunicaciones

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. – JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

(31) Corresponde a la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los artículos 9.2ª. y 21. 1ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II. - LEGITIMACIÓN

(32) Esta parte está legitimada por su condición de acreedor, habiendo efectuado el requerimiento previo a la Administración Concursal en los términos previstos en el artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de mayo. La legitimación pasiva corresponde a CAIXABANK como parte acreditante de los contratos indicados.

III. - PROCEDIMIENTO

(33) Procede la tramitación de este procedimiento por los cauces del juicio declarativo ordinario (artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en virtud de lo dispuesto en el artículo 249.2 del mismo texto legal.

IV. - PLAZO

(34) Es de aplicación el art. 1301 del Código Civil que establece que la acción de nulidad durará cuatro años que comenzará a correr, en el caso de error o dolo, desde la concertación del contrato. En este supuesto, la acción **se interpone en plazo**. El Tribunal Supremo ha declarado con reiteración, entre las más recientes en sentencia de 9 mayo 2007, que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 del Código Civil para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que 'adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley'. Esta acción de nulidad está afectada por el instituto de la prescripción y no de caducidad. (STS

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 11/27

de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965, 28 de octubre de 1.974, 27 de marzo de 1.987 y 27 de marzo de 1.989 como las más emblemáticas) lo que conlleva, entre otras consecuencias, la imposibilidad de apreciar su existencia de oficio (STS de 27 de febrero de 1997), así como su **carácter interrumpible** (AP Barcelona 27-2-04).

(35) En primer lugar, es necesario destacar que, a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. *En los contratos de swaps o cobertura de hipoteca no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés* (STS de 25 de noviembre de 2020)

(36) En segundo lugar, el Código civil no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; *el intercambio de correspondencia entre las partes es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción* (STS de 2 de noviembre de 2005). A este respecto, se adjunta el **DOC N.º 11** como prueba de las reclamaciones extrajudiciales desde el 7 de enero de 2012 (fecha de consumación del contrato) hasta el día de hoy, interrumpiendo la prescripción de la acción.

V. - FONDO

(37) En cuanto al fondo del asunto, resumiremos brevemente las pretensiones de mi representada, antes de ir detallando los preceptos legales aplicables en cada caso:

PREVIO. - Apunte Macroeconómico

PRIMERO. - Las obligaciones de información de las entidades financieras en la contratación de productos financieros complejos.

SEGUNDO. - Error vicio del consentimiento

TERCERO. - Consecuencias jurídicas de la anulación del contrato. Intereses.

CUARTO. - Consecuencias jurídicas de la anulación del contrato. Vinculación de los productos.

QUINTO. – Acción subsidiaria de indemnización por daños y perjuicios.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 12/27

PREVIO. – APUNTE MACROECONÓMICO.

(38) El 17 de junio de 2008, fecha de la firma del primer préstamo hipotecario y del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, es un periodo particularmente convulso en términos macroeconómicos. Sin pretender realizar un informe técnico, sí creemos conveniente realizar varios apuntes relativos a los tipos de interés aplicados en ese momento y a las proyecciones existentes que resultan imprescindibles para comprender las conclusiones a las que llegaremos en los puntos posteriores. Además, de esta primera fecha clave, consideramos también de capital importancia el 27 de mayo de 2010, fecha de la refinanciación que incluye, entre otros, la suscripción del segundo préstamo hipotecario. Estos apuntes se centrarán en el comportamiento del índice EURIBOR, el Banco Central Europeo (en adelante BCE) y su tipo de referencia y el tipo de referencia de la Reserva Federal estadounidense (en adelante FED).

(39) Tanto los préstamos hipotecarios como el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros **están ligados al EURIBOR** que se define como un índice del *interés al que un banco principal ofrece los depósitos interbancarios a plazo en euros a otro banco principal dentro de la zona del euro* y se basa en las ofertas individuales de los tipos de interés de los bancos del panel, que cada uno de ellos considera que aplicaría un hipotético banco principal para prestar fondos a otro banco principal. Es decir, es un índice formado por las entidades financieras para la aplicación por parte de las entidades financieras. Estos bancos del panel incluyen los principales bancos europeos, entre ellos Cecabank, heredero desde 2012 de la CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorro) y de la que formaba parte, antes de su disolución, la Caja Insular de Ahorros de Canarias.

(40) Este índice, además, fue **objeto de manipulación** por una parte de los bancos del panel desde 2005 a 2008. Así, la Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013, revela *la restricción o el falseamiento de la competencia en el sector de los derivados sobre tipos de interés en euros relacionados con el tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro (EURIBOR)*. Con esta manipulación se pretendía una alteración de las expectativas de los mercados con respecto a este índice.

(41) Si analizamos el comportamiento del EURIBOR a 3 meses (el de referencia en la mayoría de los préstamos y con un comportamiento prácticamente idéntico al del EURIBOR a 12 meses, el de referencia en los préstamos hipotecarios concedidos a LPB) se observa un estancamiento de los tipos entre el 2,00% y el 2,20% desde 2003 hasta, curiosamente, el 2005, fecha de inicio de la manipulación de los tipos. A partir de ese momento, inicia una escalada continua hasta diciembre de 2007 en el que marca un pico del 4,95%. A partir de ese momento y hasta la primera fecha de importancia, el 27 de junio de 2008, se mantiene en ese rango con picos del 4,96% y suelos del 4,36%. Además, en ningún momento de la serie histórica previa a la firma de los contratos se llega a un tipo del 5,15% que, como se detallará en los puntos siguientes, es de especial relevancia

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 13/27

en el Contrato de Gestión de Riesgos Financieros. Con respecto a la segunda fecha de importancia, el 27 de mayo de 2010, el EURIBOR a 3 meses se encontraba estable, después de un fuerte descenso durante todo el 2009, marcando un tipo de 0,7% en esta fecha y continuando esa tendencia hasta el vencimiento del Contrato de Cobertura en el año 2012.

(42) Aunque los contratos estuviesen ligados al EURIBOR, el índice de referencia del BCE, definido como *la tarifa que los bancos deben abonar al obtener dinero del Banco Central Europeo en préstamo*, está íntimamente relacionado con éste y, además, al estar libre de la volatilidad de los mercados es un buen indicador para las proyecciones a medio y largo plazo del comportamiento de los tipos de interés. A este respecto, este tipo de mantuvo estable, desde diciembre de 2007 hasta la firma del primer préstamo hipotecario y del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros en junio de 2008 en el 4,00%. Con respecto a la segunda fecha clave, el 27 de mayo de 2010, el tipo de referencia se mantenía estable desde mayo de 2009 en el 1,00%.

(43) Por otro lado, el BCE publica trimestralmente *las Proyecciones Macroeconómicas elaboradas por los expertos del BCE para la zona euro*. En este informe de **marzo de 2008** (último disponible en la firma del primer préstamo hipotecario) indicaban una **clara tendencia bajista** del EURIBOR observando *un nivel general medio del 4,20% en el 2008 y del 3,50% en el 2009*. Este mismo informe de marzo de 2010 (último disponible durante la refinanciación de 2010) indicaba un mantenimiento de los tipos de interés a corto plazo con un *nivel general medio del 0,9% durante todo el 2010*.

(44) Por último, creemos necesario incluir una pequeña reseña al comportamiento del índice de referencia de la FED. El motivo de incluir a esta institución es la gran vinculación del índice de referencia del BCE a la inflación. Al igual que se está observando actualmente, en junio de 2008 las proyecciones indicaban una inflación por encima del 2,00%, cifra crítica para el BCE, que fundamenta sus decisiones tomando siempre como pilar fundamental el mantenimiento de una inflación por debajo de este 2,00%.

(45) Sin embargo, la política monetaria de la FED no tiene esta *restricción* y, por ello, es un muy buen indicador de la tendencia a medio y largo plazo de los tipos de interés. A este respecto, se puede observar que, históricamente, la FED se ha adelantado siempre al BCE en las tendencias alcistas y bajistas a medio y largo plazo de los tipos de interés. Así, el 30 de **abril de 2008** la FED marca unos **tipos de 2,00%** que confirmaban la tendencia bajista iniciada con la rebaja de medio punto en septiembre de 2007. Estos tipos se mantienen hasta octubre de ese mismo año siendo el tipo de referencia en la firma del primer préstamo hipotecario en junio de 2008. Con respecto a la segunda fecha clave, el 27 de mayo de 2010, los **tipos se mantenían constantes en el 0% desde diciembre de 2008**, unos tipos que se mantendrían hasta diciembre de 2015.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 14/27

(46) Como se desarrollará posteriormente, como indica la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 6 de noviembre de 2015, *no se trata de exigir a la demandada que adivine cual será el comportamiento de los valores subyacentes, sino simplemente que la misma realice el análisis correspondiente sobre la posible evolución de los valores subyacentes para cuidar de los intereses del cliente como de los suyos propios. La entidad demandada, como entidad bancaria que se dedica a la comercialización de productos financieros, ha de poseer personal cualificado o departamentos especializados que puedan realizar un análisis ponderado y fundamentado de tales perspectivas*. De esta forma, y sin los conocimientos profundos en instrumentos financieros que, se supone, tenía el personal de la Caja, parece obvio que, **a la fecha de contratación existían posibilidades fundadas de que se produjese una bajada en los tipos de interés**; una situación que, como se desarrollará en los puntos siguientes, **no fue lo suficientemente informada**.

PRIMERO. – LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS.

(47) Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa cuando las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

(48) En este contexto se enmarca la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esta Ley tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa **MiFID**, que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

(49) Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en su redacción vigente en el momento de la contratación, establece en su título IV las normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión. Resumidamente, tales empresas debían actuar

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 15/27

en el ejercicio de sus actividades con **imparcialidad y buena fe**, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus **operaciones con cuidado y diligencia**, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, ofreciendo y suministrando a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pudiese ser relevante, debiendo ser ésta **clara**, **correcta**, **precisa**, suficiente y entrega a tiempo para evitar su incorrecta interpretación con especial relevancia en los riesgos que cada operación conlleva.

(50) Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras muchas) ha reiterado que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes - que no son profesionales del mercado financiero y de inversión - quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. El cliente **debe poder confiar en que la entidad** de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

(51) Siguiendo esta misma línea, la aleatoriedad característica de estos contratos impone que, como señaló la resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de junio de 2009, el producto deba ser *ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera que las entidades financieras estén en condiciones de* ***acreditar*** *que, con* ***anterioridad a formalizarse la operación****, se ha* ***facilitado al cliente un documento informativo*** *sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus* ***características principales*** *sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería* ***contraria a los principios de claridad y transparencia*** *que inspiran las buenas prácticas y usos financieros*.

(52) Por último, resulta de aplicación la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (STS de 16 de diciembre de 2012 y STS de 3 de febrero de 2016), indicando que *la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa pues se trata de una advertencia genérica*. Es preciso, tal y como refiere la citada jurisprudencia ilustrar los concretos riesgos con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato y, por lo tanto, con la mera lectura del documento; es preciso que **se ilustre el funcionamiento del producto complejo** con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 16/27

(53) Centrándose en el contrato objeto de litigio, ya el propio título contraviene los requisitos de claridad y precisión: **Contrato de Gestión de Riesgos Financieros**, un contrato cuyo objeto principal, según la primera cláusula de las condiciones generales era *establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o parte de ese riesgo financiero*. Continúa, en su cláusula segunda haciendo una advertencia genérica a un cierto *grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos* que puede, en supuestos extraordinarios, ***reducir e incluso anular el beneficio económico*** *esperado por el Cliente*. Es decir, el cliente asume que, con la contratación de este producto, puede llegar a no tener, en supuestos extraordinarios, ningún beneficio económico; sin embargo, en ningún caso se advierte de forma clara, concreta y precisa que el contrato puede ocasionar pérdidas muy elevadas.

(54) A mayor abundamiento, analizando el funcionamiento concreto del producto y las previsiones del BCE a que nos referimos en el Fundamento Previo, la Caja antepuso en todo momento sus propios intereses a los intereses del cliente. La Caja era perfectamente consciente de las previsiones de bajadas de tipos y del beneficio que este contrato le proporcionaría, además, si estas previsiones no se hubiesen complido, siempre podría suspender el contrato en virtud de la estipulación quinta alegando que, en caso de pérdidas para la Caja (y, por consiguiente, beneficio para LPB), ésta podría considerar que concurrían circunstancias sobrevenidas y suspender la contratación.

(55) En resumen, no estamos ante un contrato en el que simplemente se hubiesen "suavizado" los riesgos o que estos no se hubiesen manifestado de forma precisa; estamos directamente ante un contrato que, **faltando gravemente a la verdad**, aparentaba ser un "seguro" ante las fluctuaciones de los tipos de interés, siendo en realidad un instrumento financiero **tóxico**, completamente **inapropiado** para el fin que perseguía LPB y que se comercializó, exclusivamente, para **beneficio de la Caja**, **contraviniendo frontalmente las más elementales obligaciones de información en la contratación de productos financieros complejos**.

SEGUNDO. - ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

(56) Hay engaño o dolo si la Caja hizo creer a su cliente que estaba contratando un seguro cuando en realidad estaban firmando una operación financiera compleja y arriesgada, si el banco hizo creer a su cliente que el contrato no suponía riesgos para la empresa y/o que no tendría coste para el cliente. En este caso, estaríamos ante un contrato civil criminalizado que sólo se diferenciaría de una estafa por la ausencia de dolo penal, existiendo un engaño previo, un desplazamiento patrimonial derivado de aquel y un dolo civil o una negligencia grave reflejada en la falta de transparencia o de un consentimiento informado. Del mismo modo, hay error (aunque no hubiera voluntad de engaño) si, debido a la insuficiente información proporcionada por la Caja a su cliente, este llegó a la misma conclusión. El nexo entre ambas situaciones está en la obligación

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 17/27

legal que tiene el banco de proporcionar a sus clientes una información veraz y suficiente sobre los productos financieros que les ofrece. La falta de esa información equivale al engaño, pues supone el incumplimiento por el banco de una obligación legal. Además, si el deber de suministrar información es inherente a cualquier negociación precontractual, conforme a los postulados de la buena fe contractual (artículo 7 del Código Civil), adquiere, como detallamos en el apartado anterior, en la contratación bancaria y con las entidades financieras en general un carácter de obligación legal por la complejidad y por la posición de superioridad que en la contratación ostentan las entidades bancarias y financieras frente a sus clientes.

(57) La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el artículo 1266, en relación con el artículo 1265 y los artículos 1300 y siguientes. Sobre esta normativa legal, la Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, 626/2013, de 29 de octubre y 840/2013, de 20 de enero de 2014): **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.

(58) Esta doctrina ha sido perfectamente esquematizada en la SAP de Valencia de 17 de julio de 2019 estableciendo cuatro pilares sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los deberes de información en los instrumentos financieros:

a. **El déficit informativo puede hacer presumir el error**. Así, *en el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismo, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo*.

b. **La obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad:** La Caja, como empresa de servicios de inversión, tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 18/27

correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

c. **No resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos:** en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada. no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés; no se trata de que la Caja pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés. De esta forma, *en este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L., asunto C-604/2011, en los que pueden producirse* ***graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional****, de las que un cliente de este tipo no toma conciencia con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, el contenido del documento resulta insuficiente y* ***es precisa una actividad suplementaria del banco****, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para* ***explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato****, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para la demandante y en el elevado coste de cancelación que exigió Banco Santander. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de* ***asegurarse de***

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 19/27

que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto *o servicio mediante una explicación* ***clara, imparcial y no engañosa*** *de estos extremos.* (STS de 10 de enero de 2017)

d. **Para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos:** la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

(59) Así, en este supuesto, y teniendo presente la condición de cliente minorista de LPB, ha de concluirse que mi representada no podía conocer de manera efectiva los compromisos que estaba asumiendo pues, por un lado, la información precontractual recibida, además de insuficiente, era parcial y engañosa y, por otro, la información que pudo obtener de la lectura del contrato infundía a confusión por la terminología usada; era insuficiente, pues ni relata de manera concreta en que consiste el objeto del contrato suscrito ni relata concreta y directamente cuando los actores asumían un riesgo económico ni como se cuantificaría el mismo.

(60) A mayor abundamiento, sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que **además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía**. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. <u>La omisión del test que debía recoger esta valoración</u> *lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento*. (STS de 20 de enero de 2014).

(61) En consecuencia, **LPB no prestó un consentimiento válido, consciente y eficaz, por lo <u>concurre vicio del consentimiento por error en el objeto</u>, de carácter esencial, excusable,**

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 20/27

sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se ha podido evitar con una regular diligencia, fundamentado en lo dispuesto en los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil y que da lugar a la anulación del contrato.

TERCERO. – CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO. INTERESES.

(62) La STS de 24 de octubre de 2016, dictada también en un caso de nulidad de un instrumento financiero por error vicio del consentimiento, indica que los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquiriente. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la **restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos**, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono. Esta doctrina ya se había sostenido con anterioridad en especial en un caso, como el aquí enjuiciado, de permutas financieras de tipos de interés en la STS de 30 de diciembre de 2015.

(63) Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (STS de 11 de febrero de 2003, de 12 de mayo de 2005 y de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los artículos 1295.1 y 1303 del Código Civil, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (STS de 20 de julio de 2001, de 27 de octubre de 2005 , de 8 de enero de 2007 y de 23 de noviembre de 2011), como sucede, como regla general , con la resolución de las relaciones contractuales.

(64) En consecuencia, declarada la anulación del contrato, deberá condenarse a la Caja a la a restitución de las cantidades percibidas por cada una de las cuotas devengadas desde la suscripción del contrato de permuta financiera **incrementados con sus intereses legales desde la fecha de cada entrega.**

CUARTO. – CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO. VINCULACIÓN DE LOS PRODUCTOS.

(65) Ya desde la STS de 10 de noviembre de 1964 se admite la regla de la **propagación de la ineficacia del contrato** nulo hacia otros actos o contratos. Conforme a dicha regla, en virtud del

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 21/27

nexo de conexión que presente la celebración de diferentes contratos cabe también que la ineficacia del contrato principal inicial alcance a otros contratos que con aquel se encuentran en una relación de conexión o dependencia. Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados. Además de estos casos, en ocasiones puede existir otros, como el presente, en que la justificación de esta conexión o vinculación radique en que los contratos subsiguientes, en nuestro caso la ampliación del periodo de carencia del primer préstamo hipotecarios y la suscripción del segundo préstamo hipotecario, se hayan suscrito precisamente como medio para paliar los efectos negativos ya producidos por el contrato principal (liquidaciones negativas del swap). Por lo que, en este caso, declarada la nulidad del contrato principal se produce la propagación de la ineficacia resultante al contrato del segundo préstamo suscrito entre las partes, al contrato de refinanciación del primer préstamo hipotecario y al contrato de pignoración del depósito.

(66) En esta línea, hay que destacar que el Tribunal Supremo en un caso similar al aquí enjuiciado, (STS de 13 de enero de 2017), ha declarado la nulidad del contrato de préstamo suscrito por las partes para que el prestatario pudiera pagar las liquidaciones negativas de varios contratos de swaps, en los siguientes términos: e*ste contrato posterior presuponía la validez de los contratos de swap y la asunción de sus resultados económicos. Sin los contratos de swap y las pérdidas que originaron quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por el posterior contrato de préstamo que sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de la cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de swap en virtud de un nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto económico que los contratos de swap supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial.* Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él, puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

(67) En consecuencia, hay que tener en cuenta que la modificación del primer préstamo hipotecario, la constitución en prenda del depósito de 405.000 euros y la suscripción del segundo préstamo hipotecario se negocian sobre la base de las liquidaciones negativas del contrato swap. Así, es evidente una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. Así, dada la **comunicabilidad que la nulidad**

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 22/27

de un negocio jurídico supone respecto de los que con él se hallan vinculados, procede declarar la anulación de los contratos de modificación de las condiciones del primer préstamo hipotecario, de constitución de derecho real de prenda sobre el depósito a plazo por importe de 405.000 euros y de suscripción del segundo préstamo hipotecario por importe de 850.000 euros.

QUINTO. – ACCIÓN SUBSIDIARIA DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

(68) Con carácter subsidiario, y para el caso de que se estime por este Juzgado la validez del contrato de permuta financiera, el incumplimiento del principio de buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales (artículo 1258 del Código Civil), genera necesariamente una responsabilidad contractual, por imperativo del artículo 1101 del Código Civil, conforme al cual *quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*. Según ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 19 de julio 2007), la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1101 del Código Civil precisa de la existencia de una obligación, del incumplimiento o contravención de la misma por casusa imputable al deudor, de la producción de un daño al acreedor y de una relación de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor.

(69) Pues bien, a juicio de esta parte, los cuatro requisitos se dan cita en el supuesto de que se trata:

a. En el seno de la relación de asesoramiento existente, la entidad financiera venía obligada a informar a mis representados de los elementos esenciales del contrato de permuta financiera (swap) y los riesgos que tal modalidad entrañaba para ellos.

b. Como se ha acreditado, la entidad financiera incumplió el deber de información inherente a la relación de asesoramiento, induciendo a mis mandantes a contratar un producto cuyos elementos esenciales fueron sustraídos a su conocimiento, motivo por el cual prestaron su consentimiento en la creencia de contratar un producto muy diferente. Adicionalmente, ocurre que la entidad recomendó un producto que en modo alguno se ajustaba a los conocimientos, experiencia inversora previa y objetivos de constitución de este instrumento financiero, pero, es más durante la vida del contrato, tuvo muchas ocasiones de haber minimizado el daño producido a mis representados y, sin embargo, nunca recibieron asesoramiento en estas ocasiones acerca de cómo afectaba las oscilaciones de los tipos de cambio.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 23/27

c. La suscripción de la permuta financiera se ha revelado muy perjudicial para LPB, sufriendo una notable pérdida por razón de la contratación asesorada y recomendada por la propia entidad financiera.

d. Finalmente, ha sido convenientemente acreditado que entre el deficiente asesoramiento de la entidad demandada y el daño sufrido por LPB existe una relación de causa a efecto. Así es, resulta inequívoco que, si el Banco hubiera cumplido diligentemente con las obligaciones de información que la normativa le imponen, mis representados y ahora demandantes nunca hubieran suscrito el contrato de permuta financiera, evitando así el perjuicio que se denuncia.

(70) Así, para el caso de que se estime por este Juzgado la validez del contrato de permuta financiera debe **estimarse la pretensión formulada en orden al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la negligencia de la entidad bancaria en el cumplimiento de los deberes de información con relación a la contratación del swap, cuantificando la indemnización reclamada en la pérdida sufrida**.

V. – CUANTÍA

(71) Conforme a lo dispuesto en el artículo 251.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fija como cuantía de la demanda la del valor de las liquidaciones negativas del contrato de gestión de riesgos financieros y las de las cantidades percibidas por cada uno de los contratos vinculados desde la suscripción del contrato de permuta financiera incrementados con sus intereses legales desde la fecha de cada entrega calculados según el informe pericial al que nos referimos en el cuarto otrosí. A los solos efectos de la determinación del procedimiento adecuado, se establece provisionalmente la cuantía de **un millón ciento veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco euros con ochenta y cuatro céntimos (1.124.445,84 euros)**.

VI.- COSTAS

(72) Procede la imposición de costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como consecuencia de la estimación de las pretensiones que se formulan en la presente demanda, incluso aunque la estimación fuese parcial, debido a la mala fe con que ha actuado la ésta.

(73) Como declara la STS de 9 de junio de 2006, *el principio del vencimiento a que se acoge el artículo 523 LEC* (hoy artículo 394) *se completa por los tribunales, con evidente inspiración en la razón del precepto -que es la equidad, como regla de ponderación que debe observarse en la aplicación de las normas del Ordenamiento jurídico- y en poderosas razones prácticas, con la doctrina*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 24/27

según la cual es procedente la imposición de costas en casos de estimación sustancial de la demanda (STS, entre otras, de 14 de marzo de 2003, 17 de julio de 2003, 24 de enero de 2005, 26 de abril de 2005 y 6 de junio de 2006).

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo, darle el trámite que en Derecho corresponda, tenga por formulado, en tiempo y forma legal, **ESCRITO DE DEMANDA** a fin de que en su día se dicte sentencia por la que, estimándose la demanda formulada contra CAIXABANK, S.A., se declare (1) la **nulidad** del contrato de gestión de riesgos financieros; (2) así como de los contratos de modificación de las condiciones del primer préstamo hipotecario, de constitución de derecho real de prenda sobre el depósito a plazo por importe de 405.000 euros y de suscripción del segundo préstamo hipotecario por importe de 850.000 euros, por su vinculación al primero de ellos; y se condene a la demandada a la a **restitución de las cantidades** percibidas por cada una de las cuotas devengadas desde la suscripción del contrato de permuta financiera incrementados con sus intereses legales desde la fecha de cada entrega, con expresa imposición de costas, todo ello a los efectos legales oportunos.

Subsidiariamente de no estimarse ninguna de las anteriores, declare que la entidad demandada INCUMPLIÓ LAS OBLIGACIONES de informar adecuadamente a parte actora acerca de la naturaleza y riesgos del clausulado, de buena fe, diligencia e información veraz, y de prestarles asesoramiento cuidando de sus intereses como si fueran propios. En consecuencia, se condene a la demandada a **indemnizar a los prestatarios los daños y perjuicios sufridos**, sobre la base del perjuicio económico que les supuso la contratación del swap.

Es Justicia,

En Valencia, a 13 de octubre de dos mil veintitrés.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 25/27

PRIMER OTROSÍ DIGO que de conformidad con el artículo 438.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte solicita expresamente la celebración de vista.

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior manifestación.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que estando la presente demanda sujeta al abono de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional fijada por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, siendo mi representada persona jurídica no exenta de su pago, se acompaña a la presente demanda como la correspondiente autoliquidación con el ejemplar para la Administración de Justicia debidamente validado y en el que consta el pago de la cantidad de 300 euros correspondiente a la cuota fija, sin que se incluya la cuota variable prevista en el artículo 7.2 de la Ley 10/2012 al haber sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 140/2016, de 21 de julio.

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior manifestación.

TERCER OTROSÍ DIGO que, con arreglo a lo señalado en el artículo 231 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se hace expresa manifestación de la voluntad de esta representación procesal de cumplir con los requisitos legalmente exigidos.

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior manifestación.

CUARTO OTROSÍ DIGO que, de conformidad con lo establecido en el artículo 336.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 337 del mismo cuerpo legal, se anuncia que, tan pronto como se disponga de él, y siempre antes de iniciarse la audiencia previa, se aportará un informe pericial sobre las liquidaciones efectuadas y se evidencien los daños y perjuicios sufridos por mi representada.

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior manifestación.

QUINTO OTROSÍ DIGO que, se dejan designados los archivos de todas las entidades públicas o privadas designadas a lo largo del escrito de demanda a los efectos probatorios correspondientes.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 26/27

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior manifestación.

Es Justicia que reitero en igual lugar y fecha.

NOMBRE SIXTO SEIJAS JAVIER - NIF

Firmado digitalmente por NOMBRE SIXTO SEIJAS JAVIER - NIF

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 f44121b7ac9026d2 | 27/27