AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA

TRÁMITE:	Contestación a la demanda
DEMANDADA:	CaixaBank, S.A.
PROCURADOR:	Dª. Silvia López Monzó
ABOGADO:	D. Raimon Tagliavini Sansa y D. David García Martín
OBJETO DEL LITIGIO:	Acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento sobre el contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 17 de junio de 2008 (derivado de cobertura) y otras cláusulas; y acción subsidiaria de daños contractuales.

EXCEPCIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS (PREVIAS AL FONDO DEL ASUNTO):

(A) Falta de legitimación de la demanda ex art. 122 del TRLC.- La demandante, Aweswell Limited (que no es parte de los contratos), no puede invocar la legitimación subsidiaria del art. 122 del TRLC, en tanto que **(i)** no es acreedora del deudor concursado (Luchy Playa Blanca, S.L.), **(ii)** no ha cumplido con las exigencias procedimentales de dicho precepto concursal, **(iii)** la acción principal de anulabilidad no puede en ningún caso ser ejercitada al amparo de dicho precepto y, en todo caso, **(iv)** constituiría una extralimitación. Remisión a las páginas 3 a 9.

(B) Cosa Juzgada.-En el Informe presentado por la Administración Concursal en el marco del concurso de acreedores de Luchy Playa Blanca, S.L., fueron reconocidos en favor de la entidad bancaria los correspondientes créditos, entre ellos, el relativo al derivado de cobertura, desplegando ello, por tanto, los efectos de cosa juzgada. Remisión a las páginas 9 a 11.

(C) Caducidad de la acción de anulabilidad.- El contrato de gestión de riesgos financieros (derivado de cobertura) impugnado, alcanzó su fecha pactada de terminación contractual el 7 de enero de 2012, momento en el que dejó de producir efectos. Sin embargo, la demanda no ha sido interpuesta hasta el 13 de octubre de 2023, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de cuatro años, que conforme establece el TS debe computarse desde la terminación y agotamiento contractual (entre otras, SSTS nº 322/2023, de 28 de febrero, y nº 356/2023, de 8 de marzo). Remisión a las páginas 26 y 27.

(D) Prescripción de la acción de daños contractuales.- La acción subsidiaria de daños contractuales se encontraba prescrita al tiempo de ser interpuesta la demanda, ya que, habiendo expirado y concluido el contrato de gestión de riesgos financieros el 7 de enero de 2012, la acción de daños prescribió —a más tardar— el 28 de diciembre de 2020. Sin embargo, la demanda no se interpuso hasta el 13 de octubre de 2023. Remisión a las páginas 37 a 39.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 1/47

Dª. Silvia López Monzó, Procuradora de los Tribunales y de **CaixaBank, S.A.** (en lo sucesivo "**CaixaBank** o el "**Banco**"), cuya representación se acredita mediante escritura de poder para pleitos que se aporta como **Documento nº 1**, bajo la dirección letrada de D. Raimon Tagliavini Sansa y D. David García Martín, colegiados del ICAB, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

1. Le fue notificada a mi representada la cédula de emplazamiento dictada por este Juzgado en fecha 9 de noviembre de 2023, por la que ***(i)*** se le notificó la demanda interpuesta por la mercantil inglesa **Aweswell Limited** (la "**Parte Actora**"), quien manifiesta ser la accionista de la sociedad concursada Luchy Playa Blanca, S.L., y ostentar supuestamente legitimación subsidiaria ex art. 122 del Texto Refundido de la Ley Concursal para el ejercicio de acciones legales y ***(ii)*** se le emplazó por término de veinte días hábiles para su contestación.

2. Tras poner esta parte en conocimiento del Juzgado que el emplazamiento fue defectuoso, en tanto que CaixaBank no había recibido copia de diversos de los documentos referidos en la demanda, y muchos de ellos se encontraban en un formato ilegible, el Juzgado dictó la Diligencia de Ordenación de fecha 11 de diciembre de 2023, por la que acordó "*dar traslado a la demandada, de manera telemática a través de lexnet, de los documentos acompañados con la demanda; empezando a contar el plazo de veinte días para contestar a la demanda a partir de su recepción*".

3. Habiendo recibido mi representada la referida documentación, mediante el presente escrito y en la representación que ostento, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**"), vengo a formular, en tiempo y forma, **CONTESTACIÓN Y OPOSICIÓN A LA DEMANDA**, debiéndose empezar por oponer las siguientes

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 2/47

EXCEPCIONES PROCESALES

PRIMERA.- FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA DEMANDANTE AWESWELL LIMITED EX ART. 122 DEL TRLC

A. Consideración previa sobre el demandante y el documento nº 2 acompañado con la demanda:

1. En primer lugar, debe destacarse que **la Parte Actora no está discutiendo ninguna operación de la que fuera parte**. La Parte Actora (Aweswell Limited) es una sociedad inglesa, con domicilio en ABG Accountants, 20 City Road, Londres (Reino Unido), que ostenta la condición de accionista de la sociedad española Luchy Playa Blanca, S.L.; siendo esta segunda sociedad (Luchy Playa Blanca, S.L.) la que verdaderamente suscribió y contrató las operaciones con Caja Canarias (ahora CaixaBank), que ahora se pretenden impugnar con la demanda.

2. Concretamente, fue Luchy Playa Blanca, S.L. la que suscribió, entre otras, las siguientes operaciones:

   i. El contrato de gestión de riegos financieros de fecha 17 de junio de 2008 (**documento nº 2**).

   ii. El contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 17 de junio de 2008 (doc. nº 3 de la demanda), que fue novado en fecha 27 de mayo de 2010 (doc. nº 5 de la demanda).

   iii. El contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27 de mayo de 2010 (doc. nº 6 de la demanda).

   iv. La póliza de pignoración de fecha 27 de mayo de 2010 (**documento nº 3**).

3. Dicha sociedad —Luchy Playa Blanca, S.L.— fue declarada en concurso de acreedores (concurso ordinario nº 36/2012) que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

4. Según la demandante, Aweswell Limited tendría supuestamente legitimación —pese a no ser parte contractual— para ejercitar contra dichas operaciones una acción de anulabilidad, y otra subsidiaria de daños contractuales, argumentando que: "*[e]sta parte está legitimada*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 3/47

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" (pág. 11 de la demanda, Fundamento de Derecho Procesal II, sobre legitimación). La adversa acompaña, a estos efectos, como doc. nº 2 de su demanda el escrito procesal que considera que acreditaría su tesis.

5. Así pues, la legitimación de Aweswell Limited para interponer la demanda se basa de contrario exclusivamente en la pretendida aplicación del artículo 122 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

6. Como se razonará a continuación en esta Excepción Procesal Primera, **en el caso que nos ocupa no se cumplen los requisitos y presupuestos de dicho precepto concursal y, por ello, la demanda debe ser íntegramente desestimada *in limine litis*, es decir, sin necesidad de desarrollar examen sobre el fondo de las pretensiones**.

B. Improcedencia de invocar la legitimación subsidiaria ex art. 122 del TRLC para el ejercicio de las pretensiones contenidas en la demanda:

7. Extractamos, en primer lugar, el tenor literal del artículo 122 del TRLC invocado por la demandante Aweswell Limited:

> "*Artículo 122. Legitimación subsidiaria de los acreedores.*
>
> *1. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción de carácter patrimonial que correspondiera al concursado, con expresión de las concretas pretensiones en que consista y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas, estarán legitimados para ejercitarla si el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, no lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.*
>
> *(...) 3. Las demandas que se presenten por los acreedores conforme a lo establecido en los apartados anteriores deberán notificarse a la administración concursal*".

8. Si se acude al contenido de dicho precepto se aprecia con facilitad que la demanda interpuesta por **la Parte Actora (Aweswell Limited) incumple de forma directa diversas exigencias impuestas por el art. 122 del TRLC, cada una de las cuales impide por sí misma que se pueda reconocer "legitimación subsidiaria" a la demandante**. En particular:

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 4/47

(i). **La demandante Aweswell Limited ni ha acreditado, ni es acreedora de la concursada Luchy Playa Blanca, S.L.** Por más que Aweswell Limited sea accionista de la concursada, el artículo 122 del TRLC únicamente concede legitimación subsidiaria a los **acreedores**.

No resulta admisible que Aweswell Limited afirme en la página 1 de su demanda que "*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*".

Si se acude a dicho documento, puede apreciarse que el único punto en que el demandante Aweswell aparecería referido con el adjetivo acreedor es en el encabezado de partes personadas, que constituye la prototípica parte estandarizada de las resoluciones judiciales, y ninguna virtualidad probatoria puede tener al respecto:

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1
C/ Málaga nº2 (Torre 2 - Planta 8ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 65 48
Fax.: 928 42 97 37
Email.: mercanuno.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Concurso ordinario
Nº Procedimiento: 0000036/2012
No principal: Sección 5ª - Convenio liquidación - 05
NIG: 3501647120120000351
Materia: Voluntario

Intervención:	Interviniente:	Abogado:	Procurador:
Administrador concursal	Adm. Conc. 36/2012 Adm. Conc. 36/2012	Francisco Borja Rodriguez Batllori Laffitte	
Concursado	luchy playa blanca s.l.u.		Maria Del Pilar Garcia Coello
Acreedor	ERNST & YOUNG S.L.		Araceli Colina Naranjo
Acreedor	PROMONTORIA HOLDING 122, B.V.		Armando Curbelo Ortega
Acreedor	AYUNTAMIENTO DE YAIZA		Noemi Arencibia Sarmiento
Acreedor	Aweswell Limited		Tania Alejandra Dominguez Limiñana
Acreedor	Administración Estatal Administración Tributaria	Abogacía del Estado AEAT LP	
Acreedor	Construcciones Acosta Matos S.A.		Gerardo Perez Almeida
Acreedor	ADMON. CC.AA CANARIAS	Serv. Jurídico CAC LP	

AUTO

Don/Dña ALBERTO LÓPEZ VILLARRUBIA, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, a 16 de abril de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 5/47

En este punto, adquiere especial relevancia el Informe que la Administración Concursal de Luchy Playa Blanca, S.L. presentó en el marco del concurso de acreedores **(documento nº 4). En dicho Informe la Administración Concursal rechazó que Aweswell Limited** (denominada en ese momento Monterecco Sun Park Limited[1]) **ostentara créditos frente a la concursada Luchy Playa Blanca, S.L.** Véase el siguiente fragmento:

MONTERECCO SUN PARK LIMITED

CREDITO COMUNICADO (€)	CALIFICACION PRETENDIDA	CREDITO SEGÚN DEUDOR (€)	CREDITO SEÚN AC (€)	CALIFICACION	GARANTIA	VENCIMIENTO
0		1.356.306,08	0,00	Crédito Subordinado		

CAUSA DEL CREDITO	Préstamo

Y no solo eso, en el Informe de la AC se recogen afirmaciones como las siguientes: ***(a)*** "***no se ha entregado a la AC ningún soporte documental que justifique la existencia del crédito***" (pág. 26, doc. nº 4) y ***(b)*** "*Por otro lado la AC puso de manifiesto ante el Juzgado la presunta irregularidad cometida por la concursada y su administrador único, consistente, en síntesis, en ceder la explotación de sus inmuebles y por tanto su única fuente de ingresos a una sociedad española ("MONTERECCO SUN PARK, S.L."), cuyo capital social pertenece a la entidad de nacionalidad inglesa "MONTERECCO SUN PARK LIMITED", entidad que ostenta el 100% del capital social de "LUCHY", sin recibir por ello y hasta la fecha, ningún tipo de contraprestación. Es por ello por lo que se solicitó al Juzgado autorización para ejercer las acciones penales que, en su caso, correspondan, estando la AC a la espera del pronunciamiento del Juzgado*" (pág. 37, doc. nº 7).

No siendo Aweswell Limited acreedora de Luchy Playa Blanca, S.L. (así se concluyó en el Informe de la Administración Concursal), no puede ostentar legitimación ex art. 122 del TRLC.

[1] Si se acude al poder para pleitos acompañado por la demandante Aweswell Limited como documento nº 1 puede apreciarse el cambio de denominación social.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 6/47

(ii). **Aweswell Limited tampoco ha aportado junto con su demanda la solicitud que remitió por escrito a la administración concursal de Luchy Playa Blanca, S.L. instando el ejercicio de acciones**. Aunque sí consta en autos (doc. nº 2 de la demanda) un escrito de la administración concursal, de hace más de dos años, aceptando el ejercicio de algunas acciones, ello no basta; y es que quién alega tener legitimación subsidiaria ex art. 122 del TRLC debe aportar el escrito de solicitud que dirigió inicialmente a la administración concursal, de modo que se pueda conocer el contenido de dicha solicitud y, especialmente, "*las concretas pretensiones en que consista y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas*" (art. 122 TRLC) dadas por el acreedor. Ello resulta trascendental a los efectos de la delimitación de la legitimación.

(iii). **Tampoco podría reconocerse la legitimación subsidiaria, por cuanto el artículo 122 del TRLC comprende "*accion[es] de carácter patrimonial*"; y, sin embargo, en la demanda se pretende ejercitar con carácter principal una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento**, cuya naturaleza subjetiva y de índole personal, impiden que la legitimación para su ejercicio se pueda transferir *ex lege* por dicha vía.

(iv). Por último, esta parte señala que el escrito de autorización de la Administración Concursal supeditaba dicha autorización a la asunción por Aweswell Limited de "*los gastos derivados de la reclamación, incluidos los honorarios de letrado y procurador que se contraten por la AC a esos efectos*", **sin que Aweswell Limited haya acreditado que efectivamente le hubiera proporcionado a la Administración Concursal una "*garantía de pago*"** (como se decía en la pág. 2 de la demanda), que pudiera conducir al agotamiento de la legitimación principal de la administración concursal (y al nacimiento de una subsidiaria), para el caso de inacción de la Administración Concursal.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 7/47

C. Subsidiariamente, las pretensiones ejercitadas en la demanda exceden con claridad del escrito de autorización de la Administración Concursal de Luchy Playa Blanca, S.L.

9. Sin perjuicio de que las anteriores razones justifican la necesidad de desestimar de plano la demanda interpuesta de contrario, con carácter subsidiario debemos añadir otra consideración, y es que, si se atiende al contenido del doc. nº 2 acompañado de contrario con su demanda, se observa que la Administración Concursal de Luchy Playa Blanca, S.L. tan solo aceptó ejercitar alguna de las muchas acciones acumuladas en la demanda.

10. Concretamente, la Administración Concursal autorizó "*ejercitar contra la entidad 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" (SWAP) en virtud del cual consta reconocido a favor de esa entidad en los textos definitivos un crédito ordinario por importe de 141463,86 €, con la finalidad de reclamar a dicha entidad la cantidad aproximada de 596.123,75 euros en concepto de daños y perjuicios, que se corresponde con el comportamiento del swap entre el 7 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2011*" (doc. nº 2 de la demanda).

11. Como puede apreciarse, **las siguientes pretensiones ejercitadas en la demanda de Aweswell Limited excederían en todo caso del alcance del escrito de autorización de la Administración Concursal**: ***(i)*** la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento respecto del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 17 de junio de 2008 (pág. 25 de la demanda, Suplico), dado que el documento de autorización solamente se refería a la acción de daños del artículo 1101 del CC, ***(ii)*** la nulidad 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*" (pág. 25 de la demanda, Suplico).

12. Por ello, incluso si este Juzgado admitiera proseguir con la tramitación del procedimiento, el objeto del mismo debería verse drásticamente reducido, en tanto que, como se acaba de exponer, **la mayor parte del Suplico de la demanda constituiría una extralimitación del escrito de la Administración Concursal**.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 8/47

13. Trasladando lo anterior a las sumas económicas reclamadas por Aweswell Limited, siguiendo su planteamiento numérico (negado por esta parte), su reclamación debería reducirse de 1.124.445,84 euros a la cifra de 573.591,53 euros.

SEGUNDA.- EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: LA ADVERSA NO IMPUGNÓ EN EL CONCURSO EL CRÉDITO RECONOCIDO A CAJA CANARIAS (AHORA CAIXABANK) POR EL DERIVADO

14. En otro orden de cosas, esta parte debe igualmente formular una Excepción de Cosa Juzgada en relación con la validez y exigibilidad del derivado de cobertura que fue contratado por Luchy Playa Blanca, S.L. (i.e. en el marco del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 17 de junio de 2008).

15. Concretamente, en el documento nº 2 acompañado por Aweswell Limited a su demanda, se afirma que **en los textos definitivos concursales de Luchy Playa Blanca, S.L. se reconoció un crédito ordinario en favor de Caja Canarias (ahora CaixaBank) por importe de 141.463,86 euros**: "*el denominado Contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 17 de junio de 2008 (SWAP) en virtud del cual consta reconocido a favor de esa entidad en los textos definitivos un crédito ordinario por importe de 141463,86 €*".

16. Extractamos, a estos efectos, la correspondiente ficha con los créditos que fueron reconocidos a Caja Canarias (en ese momento ya Bankia, y después CaixaBank) en el Informe de la Administración Concursal (doc. nº 4 de la Contestación, pág. nº 68):

BANKIA, S.A.

Id	Concepto	Titular	Firma	Avalistas	Finca	Nominal	Gastos	Costas	Intereses Ordinarios	Intereses Demora	Total Banco	Total AC	Calif. Banco	Calif. AC
1	Cuenta Corriente 4910030307	Luchy Playa Blanca, SL	29/06/2008			48,74					48,74	48,74	Crédito Ordinario	Crédito Ordinario
2	Contrato Gestión Riesgo Financiero 6400006500	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008			141.463,86					141.463,86	141.463,86	Crédito Ordinario	Crédito Ordinario
2	Contrato Gestión Riesgo Financiero 6400006500	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008						3.277,65		3.277,65	3.277,65	Crédito Ordinario	Crédito Subordinado
3	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100042801	Luchy Playa Blanca, SL	28/05/2010		(*)	839.441,00			17.236,08	696,73	857.373,81	857.373,81	Privilegiado Especial	Privilegiado Especial
3	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100042801							257.000,00			257.000,00		Privilegiado Especial	Contingente Priv. Especial (hasta donde alcance la resp. Hipot.)
4	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100030000	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008		(*)	7.792.421,02			348.458,78	53.998,08	8194877,88	8194877,88	Privilegiado Especial	Privilegiado Especial
4	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100030000	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008		(*)		37.492,93				37.492,93	0,00	Privilegiado Especial	Excluido
		TOTAL									9491534,85	9197041,92		

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 9/47

17. Dicha cuestión no carece de relevancia, y es que el reconocimiento en la lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal —y posteriormente, en los textos definitivos concursales— de los créditos de mi representada, **despliega efectos de cosa juzgada**, sobre todos aquellos contratos que ahora pretende improcedentemente impugnar la adversa.

18. Véase, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de septiembre de 2008 (JUR 2009\9103):

> "*Así se considera por los motivos sustantivos ya apuntados, de que* ***existe un trámite preclusivo de estricto cumplimiento para poder impugnar el informe de la Administración Concursal****, el reflejado en el art. 97 LECO, dentro de los diez días siguientes a la publicación y comunicación de aquel,* ***transcurrido el cual, por imperativo legal, no cabe posibilidad alguna de impugnación****, y, por lo tanto, no se pueden hacer dichas variaciones dado que no van a tener relevancia ni reconocimiento en el procedimiento concursal*" (FD 3º).

19. En ese mismo sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009\468667):

> "*(...) El incumplimiento de dicha carga procesal* (la impugnación del informe de la Administración Concursal en tiempo y forma) *viene establecido expresamente en el art. 97 LC,* ***con la preclusión de hacerlo en un momento ulterior dentro del concurso***" (FD 4º).

20. Y, asimismo, léase a la Prof.ª Nuria Bermejo, "Comentario al art. 86 LC", en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (Dir.), Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp., 1542- 1558, p. 1557, que indicó lo siguiente en relación con que la lista definitiva de acreedores tiene la misma eficacia que una sentencia a los efectos de apreciar cosa juzgada:

> "***La forma en que queda fijada la cuota de responsabilidad, dota a la lista definitiva de acreedores de una eficacia análoga a la correspondiente de una sentencia****. Ese dato ya era puesto de manifiesto por la vieja jurisprudencia cuando se señalaba que 'la aprobación que presta a los créditos el reconocerlos, es como una sentencia de naturaleza especial, contra la que sólo se da el recurso que expresamente se consigna en la Ley, no utilizado el cual queda consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada' (STS 4-5-1928).*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 10/47

Esta eficacia se extiende sobre cualquiera de los créditos reconocidos, incluidos aquellos sujetos a reconocimiento especial (v. art. 87). Una vez reconocido el crédito e incluido de forma definitiva en la lista de acreedores, podrá privarse de eficacia al reconocimiento invocando cualquier circunstancia que desvirtúe la pretensión (por ejemplo, la concurrencia de una condición resolutoria, la no verificación de una condición suspensiva, la falta de legitimación del acreedor). En caso de oposición del acreedor, la cuestión habrá de ser planteada ante el juez del concurso por la administración concursal (...) El acreedor también podrá instar la corrección de la lista a través del trámite de incidentes cuando la administración concursal se niegue a tomar en consideración las circunstancias invocadas por éste (por ejemplo, la verificación de una condición suspensiva)".

21. En el caso que nos ocupa, del inciso referido en el documento nº 2 de la demanda, se desprende que el crédito concursal reconocido en favor de la entidad bancaria con motivo del derivado (i.e. el contrato de gestión de riesgos financieros) no fue impugnado de contrario y se incluyó el mismo en los textos definitivos concursales. **Por ello, resulta improcedente y contrario a los efectos de la cosa juzgada, que con la demanda se pretenda discutir la validez y exigibilidad del referido derivado (así como del resto de contratos), debiéndose desestimar y archivar dicha pretensión de la adversa**.

* * *

22. Tras desarrollar las anteriores Excepciones Procesales, que justifican por sí solas la necesidad de desestimar de plano la demanda, se pasa ahora a contestar a los hechos de la demanda que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 405 de la LEC, se niegan siempre que no sean admitidos expresamente. En aras de una exposición lógica, no se seguirá estrictamente el orden fáctico de la demanda, sino el que conduzca a un mejor esclarecimiento del objeto de la presente litis.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 11/47

HECHOS

PREVIO.-SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN

23. Para el hipotético supuesto de que este Juzgado entrara a conocer el fondo de la demanda interpuesta por Aweswell Limited, debemos señalar que tanto la acción de anulabilidad ejercitada con carácter principal, como la subsidiaria de daños no podrían prosperar, por adolecer de defectos de configuración y basarse en un relato fáctico y jurídico sesgado. A continuación enunciamos brevemente las diversas razones por las que cada una de dichas acciones deberá ser desestimada.

A. La improcedencia de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento respecto del derivado (swap): caducidad, inexistencia de vicio en el consentimiento e inexcusabilidad

24. En lo que respecta a la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento ejercitada respecto del "Contrato de Gestión de Riesgos Financieros", de fecha 7 de junio de 2008 (doc. nº 2 de esta contestación, y doc. nº 4 de la demanda), debemos manifestar en primer lugar que se encontraba sobradamente **caducada** al tiempo de ser ejercitada.

25. Esta circunstancia puede corroborarse fácilmente si se tiene en cuenta que el Swap venció en fecha **7 de enero de 2012** y la Demanda que ahora se contesta no ha sido interpuesta hasta el pasado **13 de octubre de 2023**. Como puede observarse, el plazo de caducidad de cuatro años (en recta aplicación de la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo tiene en la materia) habría transcurrido sobradamente.

26. Además de lo anterior, y a mayor abundamiento, en este escrito de contestación también justificaremos igualmente que las premisas sobre las que se construye la acción de anulabilidad —contratación del derivado bajo el entendimiento de haber contratado un producto seguro y sin riesgo—, resultan igualmente contrarias a la realidad y al proceso de contratación.

27. Para mostrarlo nos referiremos a, entre otras, circunstancias, que ***(i)*** la sociedad Luchy Playa Blanca, S.L. fue expresamente constituida por la demandante Aweswell Limited para acometer la operación en el complejo turístico Sun Park, Yaiza (Lanzarote), ***(ii)*** en

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 12/47

el proceso de negociación y contratación la adversa fue debidamente informada, y ***(iii)*** explicaremos, también, que quién intervino como administrador de la compañía (un reconocido empresario de origen israelí) presentaba plena experiencia internacional en proyectos empresariales.

B. La improcedencia de la acción de daños contractuales ex art. 1101 del CC: prescripción y falta de viabilidad y fundamento (SSTS de 13 de julio de 2016 y 22 de febrero de 2017)

28. En cuanto a la acción ejercitada con carácter subsidiario de daños contractuales, tampoco podrá prosperar por ser, en primer lugar, procesalmente improcedente. Como desarrollaremos en el Fundamento de Derecho VII, el reproche consistente en que una falta de información precontractual habría provocado desconocimiento en la parte contratante no puede vehicularse mediante el ejercicio de una acción indemnización por incumplimiento contractual (ex 1.101 CC), como ha tenido ocasión de aclarar el Tribunal Supremo en, entre otras, las Sentencias de 13 de julio de 2016, 22 de febrero de 2017, 23 de marzo de 2018 y 9 de mayo de 2018.

29. Así pues, la Demanda interpuesta por la Parte Actora también deberá ser desestimada de plano por encontrarse deficientemente configurada, ya que la acción de responsabilidad contractual ex artículo 1101 CC no puede ser empleado para reprochar una supuesta falta de información precontractual.

30. Además, la acción también se encontraría sobradamente **prescrita**, en tanto que, como se decía, el Swap venció en fecha **7 de enero de 2012** y la Demanda que ahora se contesta no ha sido interpuesta hasta el pasado **13 de octubre de 2023**. Incluso en el cómputo más favorable para la adversa, la fecha límite para ejercitar acciones habría sido el **28 de diciembre de 2020**.

31. En todo caso, y a mayor abundamiento, también se justificará que no concurrirían tampoco los requisitos de fondo de dicha acción ***(i)*** incumplimiento contractual, ***(ii)*** nexo causal y ***(iii)*** la producción de un daño.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 13/47

C. La improcedencia de formular reproches de abusividad basados en la normativa de consumidores y usuarios respecto de las cláusulas contractuales de gastos de constitución, comisión de apertura y suelo

32. Adicionalmente a lo anterior, debemos referirnos brevemente a la improcedencia de que la adversa, en las páginas 7 a 9 de su demanda, invoque la normativa de consumidores y usuarios para sostener la abusividad de la "cláusula suelo" (párr. 22 de la demanda), de la cláusula relativa a la distribución de los gastos de constitución (párr. 23 de la demanda) y de la cláusula reguladora de la comisión de apertura (párr. 24 de la demanda).

33. Como se ha justificará en el Fundamento de Derecho Séptimo, la jurisprudencia es clara y pacífica en el sentido de señalar que cuando concurre una finalidad empresarial en la suscripción de un contrato, esa finalidad excluye la aplicabilidad del régimen tuitivo de consumidores y usuarios y, por consiguiente, no cabe alegar la supuesta abusividad de las cláusulas contractuales. Dicho control se encuentra reservado exclusivamente para la contratación con consumidores y usuarios, y no así para empresarios, como ocurre en el caso que nos ocupa.

* * *

PRIMERO.- CONTEXTO: LA CONSTITUCIÓN DE LUCHY PLAYA BLANCA, S.L. Y EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN DE LA FINANCIACIÓN

A. La constitución *ad hoc* de la mercantil Luchy Playa Blanca, S.L. para realizar el proyecto empresarial

34. Para empezar, es importante señalar que la sociedad Luchy Playa Blanca, S.L. fue constituida en fecha 23 de mayo de 2008 específicamente para vehicular un proyecto empresarial de inversión y explotación de un complejo turístico denominado Sun Park, en Yaiza (Lanzarote).

35. Así se reconoce en la página 2 de la demanda: "*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*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 14/47

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".

36. Se reproduce a continuación una imagen del mencionado complejo:



37. Fue en ese contexto que el empresario Sr. Uri Omid, de origen israelí, y administrador de la sociedad vehicula recién constituida (Luchy Playa Blanca, S.L.), se puso en contacto con Caja de Ahorro de Canarias para negociar y recabar la financiación destinada a acometer el proyecto empresarial.

38. El Sr. Uri Omid, del que se acompaña como **documento nº 5** información empresarial, es un conocido empresario israelí con experiencia internacional en los sectores financieros, asegurador y de inversiones.

39. Así pues, no debe perderse de vista que las operaciones que ahora pretende impugnar la sociedad inglesa Aweswell Limited fueron el fruto de negociaciones que se sustanciaron a lo largo de meses, y del riguroso estudio de una operación que dio lugar a la constitución de una sociedad mercantil (Luchy Playa Blanca, S.L.) para llevar a cabo el proyecto empresarial.

B. La suscripción del contrato de préstamo hipotecario de fecha 17 de junio de 2008

40. En el contexto descrito, los directivos de Luchy Playa Blanca, S.L. negociaron en la primera mitad del año 2008 la obtención de financiación con Caja de Ahorro de Canaria

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 15/47

y suscribieron, a esos efectos, el contrato de préstamo hipotecario de fecha 17 de junio de 2008 (el "**Préstamo de 2008**", doc. nº 3 de la demanda) con las siguientes características:

Identificación del contrato	Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 17 de junio de 2008 otorgada ante el Notario D. Manuel Emilio Romero Fernández, con nº de protocolo 1.280.
Importe prestado en euros	8.600.000 euros
Tipo de interés	En los primeros seis meses **fijo** en un 6,25%. En lo sucesivo, **variable**, siendo el resultado de tomar el índice Euribor 12 meses y adicionarle un margen o diferencial de 1,5 puntos. Siempre con un mínimo de 3,5 puntos porcentuales.
Fecha contratación	17/06/2008
Duración	192 meses (16 años), con fecha de vencimiento final el 1 de julio de 2024
Carencia de devolución de capital	Carencia en la devolución de capital durante los primeros doce meses

41. Adicionalmente a lo extractado, y con motivo de las alegaciones de la adversa, se deja constancia de que **en la Cláusula 4.4. de la escritura pública del préstamo (pág. 116), en relación con el tipo de interés, se estableció, con una redacción sencilla y meridianamente clara, que Luchy Playa Blanca, S.L. abonaría, en todo caso, un mínimo del 3,5%:**

> "*4.4. Condiciones Comunes.*
>
> *En ambos supuestos de tipo ordinario o sustitutivo,* ***el tipo nominal se aplicará con un mínimo del TRES COMA CINCUENTA POR CIENTO (3,50%) anual***".

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 16/47

42. Como se justificará en el Fundamento de Derecho Sexto, ante esta estipulación contractual (que en la práctica judicial se ha venido definiendo como "cláusula suelo") resulta improcedente su impugnación por aquellos a quienes no les resulta de aplicación el régimen jurídico tuitivo de consumidores y usuarios, como en el caso que nos ocupa, donde concurrió en su contratación una evidente finalidad empresarial.

SEGUNDO.- LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS Y SU FINALIDAD DE COBERTURA

A. Consideración preliminar: el funcionamiento y finalidad de los derivados de cobertura

Expuesto lo anterior, con carácter previo a abordar la suscripción y finalidad del contrato de gestión de riesgos financieros impugnado por la adversa, deviene necesario efectuar una primera descripción sobre las características y el funcionamiento de los derivados de cobertura.

Los derivados de cobertura (habitualmente, las permutas financieras de tipo de interés o *swaps*) son contratos bancarios mediante los que las partes acuerdan realizarse, durante un período de tiempo determinado, pagos mutuos en la misma moneda (euros), calculados sobre un mismo capital nocional, siendo cada una de ellas deudora y acreedora de la otra. Estas obligaciones de pagos mutuos se compensan, de modo que no generan pagos cruzados, sino que el resultado de dicha operación determina quién es la parte obligada al pago y también la beneficiaria.

De forma simple, los derivados de cobertura pueden ser:

a) **de naturaleza especulativa**, cuando se contratan aisladamente –es decir, como una mera apuesta sobre la evolución futura de la variable subyacente (Euribor, tasa de inflación, precio de una divisa, precio de un activo, etc.)–, teniendo en tal caso una finalidad puramente inversora; o

b) **de mera cobertura**, cuando su titular los suscribe con la intención de que el derivado ayude a mitigar ciertos riesgos –de incremento de los tipos de interés, de la inflación o del precio de un cierto activo– a los que el titular del derivado está expuesto.

Así pues, el funcionamiento de un derivado (habitualmente, *swap* de tipos de interés) puede explicarse con sencillez. La concreta operativa de cada *swap* de tipos de interés depende de las

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 17/47

concretas características ofrecidas pero, lógicamente, todos tienen unos elementos comunes. Todos los *swaps* de esta modalidad funcionan de la misma manera y generan obligaciones de pago para ambas partes contratantes: sobre la base de un nominal previamente acordado, las partes acuerdan que la entidad financiera abonará un tipo de interés variable (normalmente, Euribor a un mes, a tres meses, o a un año según el contrato, aunque cabe también pactar el Mibor, Libor o cualquier otro tipo de interés variable), mientras que el cliente abonará el tipo pactado en el contrato de permuta. Como se decía, las partes acuerdan compensar los saldos respectivos de modo que, tras su compensación, únicamente habrá un pago por parte de quien resulte con saldo deudor de dicha operación.

De este modo:

(a) si el compromiso de pago del banco es superior a lo que debe pagar el cliente, la liquidación tendrá saldo positivo y será el cliente quien reciba en su cuenta corriente asociada al producto un ingreso de mi principal; pero en cambio;

(b) si aquello a lo que se obligó el Banco es menor a lo que debe pagar el cliente, ocurrirá todo lo contrario: la liquidación tendrá saldo negativo y será el Banco quien reciba un pago del cliente, esta vez por medio de un cargo que la entidad bancaria reciba en su cuenta.

De este modo, el cliente obtendrá un ingreso en su cuenta siempre que el tipo de interés variable que abona la entidad financiera esté por encima del interés a cuyo pago se ha comprometido él. Por contra, tendrá que hacer un abono siempre que el tipo de interés variable esté por debajo del tipo fijo que se ha comprometido a pagar. ¿Dónde está el beneficio y riesgo para el cliente? Evidentemente, en recibir en cada periodo de liquidación más (beneficio por liquidación positiva) o menos (riesgo por liquidación negativa) de lo que tiene que pagar.

Ahora bien, al analizar el funcionamiento de los derivados no puede olvidarse que aquellos que presentan vocación de cobertura (como el que es objeto de la presente *litis*) se hallan vinculados a un producto bancario sujeto a interés variable, y que su finalidad, precisamente, es mitigar las fluctuaciones de los citados tipos de interés variable.

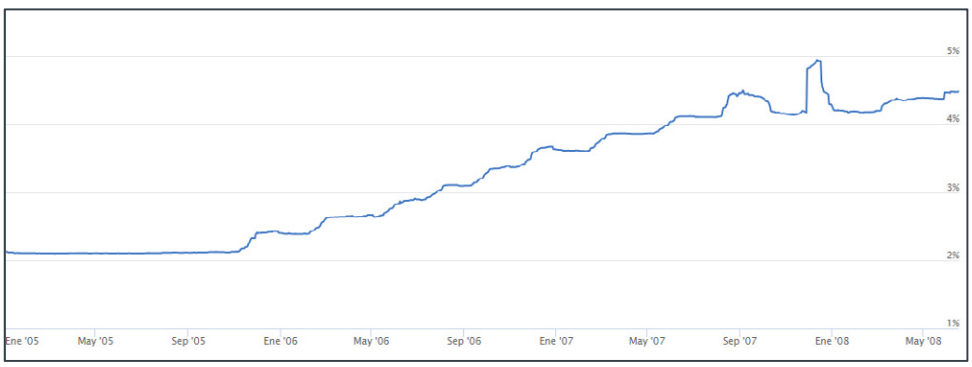
Ello implica que, si bien el descenso del tipo de interés variable resulta en una liquidación negativa que obliga al cliente a abonar la diferencia al Banco en el marco de un *swap*, determina a su vez la correspondiente reducción de las cuotas o liquidaciones derivadas de la financiación

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 18/47

del cliente, siendo esta finalidad de estabilización la que en buena medida ha provocado la formalización del instrumento de cobertura ofrecido por la entidad financiera. En definitiva, ello comporta la estabilización de sus costes financieros, con independencia de que el Euribor suba o baje.

B. La firma del contrato de gestión de riesgos financieros para estabilizar el coste financiero de la operación

43. Como se decía en el Hecho Primero, el Préstamo de 2008 fue suscrito por Luchy Playa Blanca, S.L. en fecha 17 de junio de 2008, esto es, en un período en el que el índice Euribor (12 meses) se encontraba inmerso en una clara tendencia alcista:



44. Precisamente por ello, con el propósito de estabilizar los costes financieros de la operación —y evitar sufrir un incremento en el pago de intereses en un escenario continuista del aumento del Euribor—, Luchy Playa Blanca, S.L. negoció y suscribió con Caja de Ahorros de Canarias un contrato de gestión de riesgos, también de fecha 17 de junio de 2008. Se acompaña como **documento nº 6** el correspondiente informe interno, y se ha acompañado como doc. nº 2, el referido contrato.

45. Si se acude al informe interno de la operación, puede observarse que, como se indicaba, la finalidad proyectada de su contratación era la de "***proporcionar estabilidad en los costes financieros de la mercantil, ante posibles fluctuaciones del tipo de interés***" (doc. nº 9 del informe).

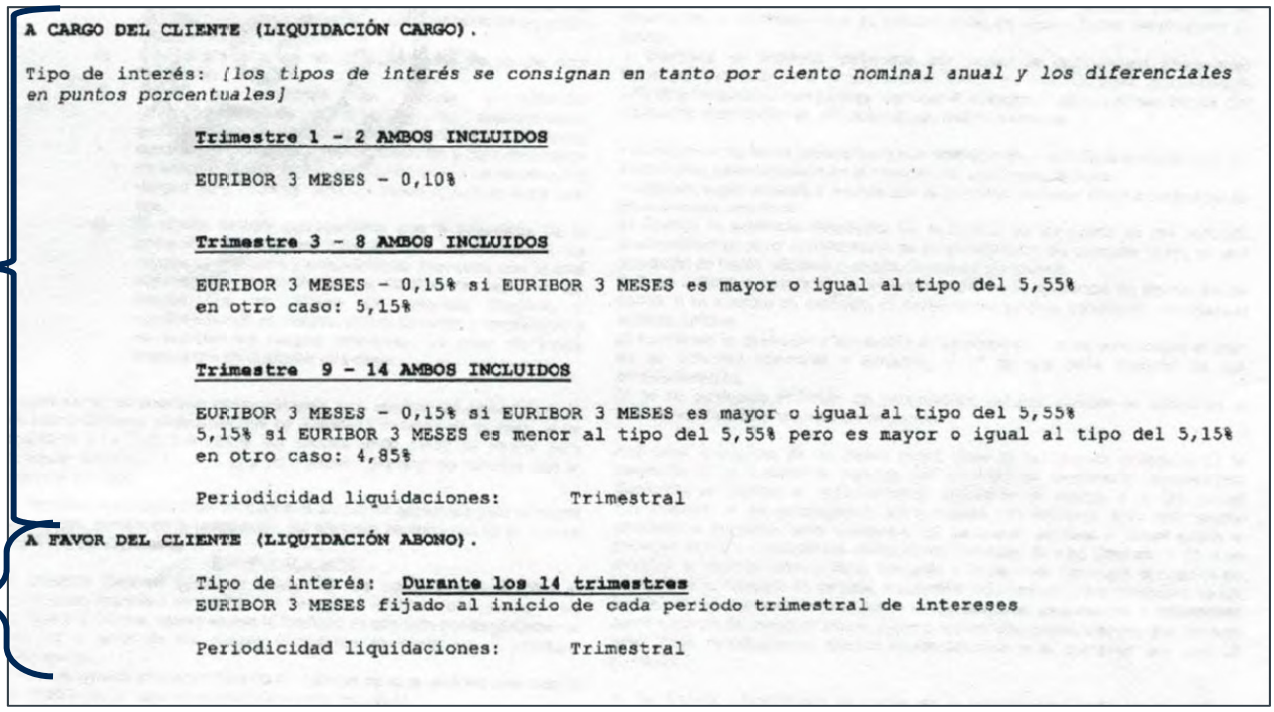
46. En efecto, en este sentido, y sin perjuicio de que los directivos de Luchy Playa Blanca, S.L. fueron debidamente informados del funcionamiento del referido contrato, también debe destacarse que **el contrato explica con toda claridad que las partes se deberán intercambiar pagos futuros cuyo signo dependerá de la evolución de los tipos de**

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 19/47

interés. Concretamente, de los que se recogen en el siguiente cuadro del contrato de gestión de riesgos financieros:

Liquidación que debía abonar Luchy Playa Blanca, S.L.

Liquidación que debía abonar Caja Canarias



A CARGO DEL CLIENTE (LIQUIDACIÓN CARGO).

Tipo de interés: *[los tipos de interés se consignan en tanto por ciento nominal anual y los diferenciales en puntos porcentuales]*

Trimestre 1 - 2 AMBOS INCLUIDOS

EURIBOR 3 MESES - 0,10%

Trimestre 3 - 8 AMBOS INCLUIDOS

EURIBOR 3 MESES - 0,15% si EURIBOR 3 MESES es mayor o igual al tipo del 5,55%
en otro caso: 5,15%

Trimestre 9 - 14 AMBOS INCLUIDOS

EURIBOR 3 MESES - 0,15% si EURIBOR 3 MESES 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%

Periodicidad liquidaciones: Trimestral

A FAVOR DEL CLIENTE (LIQUIDACIÓN ABONO).

Tipo de interés: **Durante los 14 trimestres**
EURIBOR 3 MESES fijado al inicio de cada periodo trimestral de intereses

Periodicidad liquidaciones: Trimestral

47. **La ejecución del contrato de gestión de riesgos financieros se realizó de conformidad con lo previsto en su clausulado y hasta su fecha pactada de terminación contractual (el 7 de enero de 2012)**, dando lugar a las liquidaciones correspondientes en cada período. Se acompañan, a modo de ejemplo, como **documento nº 7** algunas de las liquidaciones generadas.

C. La mercantil Luchy Playa Blanca, S.L. y sus directivos tenían la capacidad suficiente como para comprender el alcance y el contenido del contrato de gestión de riesgos financieros

48. Hemos mostrado que la comprensión del funcionamiento de un derivado de cobertura, vinculado a un préstamo a interés variable, es sencilla y la explicación de su mecánica fácil de entender, ya que en esencia, se trata de acotar a un límite el alza del interés variable de su préstamo, sin que los clientes, por el contrario, se puedan beneficiar de las posibles bajadas (no es un seguro; no existe prima, como existiría en un seguro, y únicamente asegura contra las subidas del tipo de interés que afecten a su préstamo).

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 20/47

49. Además de lo anterior, debemos remitirnos al clarificador Informe del Banco de España al Senado, en el que se afirma el carácter bancario de la permuta financiera instrumentada como cobertura de un producto bancario; criterio confirmado en la Nota conjunta emitida por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la que se concluye que "*en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriedad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como "parte de ellos*".

50. Se acompaña, como **documento nº 8** de este escrito, el Informe elaborado por el Banco de España para el Senado, que aparece publicado en el BOCG, SENADO, ANEXO I del día 7 de mayo de 2010; y como **documento nº 9** la Nota conjunta elaborada por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores; documentos ambos que pueden consultarse en las webs de ambos Organismos y a los que nos referiremos por extenso más adelante.

TERCERO.- LA NOVACIÓN DE LA FINANCIACIÓN, LA SUSCRIPCIÓN DE UN SEGUNDO PRÉSTAMO Y LA CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTIA PIGNORATICIA

51. Con posterioridad a recabar la financiación descrita, la mercantil Luchy Playa Blanca, S.L. no logró impulsar y explotar el complejo turístico adquirido con los resultados económicos que esperaba. Por ello, se puso nuevamente en contacto con la Caja de Ahorros de Canarias para renegociar las condiciones del Préstamo de 2008.

52. Así, en fecha 27 de mayo de 2010**, Luchy Playa Blanca, S.L. y Caja de Ahorros de Canarias, otorgaron ante el Notario D. Pedro Eugenio Botella Torres, la escritura de novación con nº de protocolo 1378**, por la que acordaron ampliar el período de carencia del préstamo e incrementar el diferencia aplicable al tipo de interés, para fijarlo en un 2,00 puntos porcentuales (doc. nº 5 de la demanda).

53. También en esa fecha, y a petición de Luchy Playa Blanca, S.L., tras la correspondiente negociación, **dicha mercantil y Caja de Ahorros de Canarias suscribieron un segundo préstamo hipotecario (el "Préstamo de 2010") con las siguientes características** (doc. nº 6 de la demanda):

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 21/47

Identificación del contrato	Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27 de mayo de 2010 otorgada ante el Notario D. Pedro Eugenio Botella Torres, con nº de protocolo 1.378.
Importe prestado en euros	850.000 euros
Tipo de interés	En los primeros tres meses **fijo** en un 3,5%. En lo sucesivo, **variable**, siendo el resultado de tomar el índice Euribor 12 meses y adicionarle un margen o diferencial de 2,00 puntos. Siempre con un mínimo de 3,5 puntos porcentuales.
Fecha contratación	27/05/2010
Duración	Fecha de vencimiento final el 1 de junio de 2010
Carencia de devolución de capital	Carencia en la devolución de capital durante los primeros dieciocho meses

54. Asimismo, y en el marco de la firma de las operaciones referidas, Luchy Playa Blanca, S.L. destinó parte de los fondos recibidos a constituir en favor de la Caja de Ahorros de Canarias una garantía pignoraticia (prenda) sobre un depósito a plazo por importe de 405.000 euros (depósito nº), para asegurar la devolución de la financiación y el cumplimiento del contrato de gestión de riesgos financieros. Se ha acompañado como doc. nº 3 la póliza de constitución de la prenda.

CUARTO.- LA IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN SOBREVENIDA DE AWESWELL LIMITED: EL DEUDOR (LUCHY PLAYA BLANCA, S.L.) NUNCA DISCUTIÓ LOS CRÉDITOS DE MI MANDANTE, NI FUERA, NI DENTRO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

55. En este Hecho Cuarto debe enfatizarse, por su indudable trascendencia jurídica, que Luchy Playa Blanca, S.L. nunca impugnó ninguna de las operaciones que ahora, Aweswell Limited, pretende discutir de forma sobrevenida.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 22/47

56. Luchy Playa Blanca, S.L. conoció la evolución y las liquidaciones del contrato de gestión de riesgos financieros desde su suscripción en fecha 17 de junio de 2008 y hasta su fecha pactada de terminación contractual (el **7 de enero de 2012**), sin expresar ninguna queja por su funcionamiento. Al contrario, la adversa toleró la normal ejecución de los contratos, soportando todos sus efectos que, en este caso, se vinculan a la recepción de liquidaciones negativas.

57. Esta circunstancia, como se justificará en los Fundamento de Derecho, determina la concurrencia al caso de autos de diversas instituciones y figuras jurídicas, entre ellas, la caducidad y confirmación de la acción principal de anulabilidad por vicio en el consentimiento y, desde luego, la prescripción de la acción subsidiaria de responsabilidad civil contractual.

58. Pero no solo eso, en el caso que nos ocupa también se da la particularidad de que Luchy Playa Blanca, S.L. fue declarada en concurso de acreedores (con referencia de concurso nº 36/2012) tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

59. Pues bien, **en dicho concurso de acreedores, y más concretamente, en el Informe de la Administración Concursal, le fueron reconocidos a la Caja de Ahorros de Canarias (en ese momento, Bankia) precisamente los créditos derivados de los contratos que ahora, de forma sobrevenida, Aweswell Limited pretende impugnar. Véase el siguiente extractos del Informe de la Administración Concursal (doc. nº 4 de la Contestación, pág. 68)**:

BANKIA, S.A.

Id	Concepto	Titular	Firma	Avalistas	Finca	Nominal	Gastos	Costas	Intereses Ordinarios	Intereses Demora	Total Banco	Total AC	Calif. Banco	Calif. AC
1	Cuenta Corriente 4910036907	Luchy Playa Blanca, SL	29/05/2008			48,74					48,74	48,74	Crédito Ordinario	Crédito Ordinario
2	Contrato Gestión Riesgo Financiero 6400006500	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008			141.463,86					141.463,86	141.463,86	Crédito Ordinario	Crédito Ordinario
2	Contrato Gestión Riesgo Financiero 6400006500	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008						3.277,63		3.277,63	3.277,63	Crédito Ordinario	Crédito Subordinado
3	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100042801	Luchy Playa Blanca, SL	28/05/2010		(*)	839.441,00			17.236,08	696,73	857.373,81	857.373,81	Privilegiado Especial	Privilegiado Especial
3	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100042801							257.000,00			257.000,00		Privilegiado Especial	Contingente Priv. Especial (hasta donde alcance la resp. Hipot.)
4	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100030000	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008		(*)	7.792.421,02			348.458,78	53.998,08	8194877,88	8194877,88	Privilegiado Especial	Privilegiado Especial
4	Préstamo con Garantía Hipotecaria 8100030000	Luchy Playa Blanca, SL	17/06/2008		(*)		37.492,93				37.492,93	0,00	Privilegiado Especial	Excluido
			TOTAL								9491534,85	9197041,92		

60. Como se indicaba en la Excepción Procesal Segunda de este mismo, lo anterior determina la aplicación de los efectos de la cosa juzgada, y es que **debería haber sido en el concurso de acreedores, en el que, dentro del correspondiente plazo para impugnar**

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 23/47

el Informe de la Administración Concursal, el deudor concursado hubiera discutido los créditos de mi representada.

QUINTO.- DESIGNACIÓN DE ARCHIVOS

61. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 265.2 de la LEC y a los efectos probatorios oportunos, esta parte deja designados los archivos y registros de cuantas personas y entidades se mencionan tanto en el presente escrito de contestación a la demanda como en los documentos que a éste se acompañan, y en particular, los de Luchy Playa Blanca, S.L., del Administrador Concursal de Luchy Playa Blanca,S.L. y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (concurso ordinario nº 36/2012), y en particular, de las entidades que aparecen en los informes de Axesor y en la información registral aportada.

62. A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes

* * *

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PROCESALES

I.- JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

63. Esta parte se encuentra conforme con la tramitación ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia a través del cauce del Procedimiento Ordinario.

II.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

64. **Legitimación activa.** Nos remitimos a la Excepción de Falta de Legitimación desarrollada en las páginas 2 a 6 de este mismo escrito, y también a la Excepción de Cosa Juzgada desarrollada en las páginas 7 a 9 también de este escrito.

65. **Legitimación pasiva.** Entendida como legitimación *ad processum*, corresponde a mi representado.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 24/47

III.- POSTULACIÓN Y DEFENSA

66. Esta parte comparece por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar ante este Juzgado (art. 23 LEC) y dirigida por Abogado (art. 31 LEC).

IV.- COSTAS

67. Las costas de este procedimiento deberán ser impuestas a la Parte Actora como consecuencia del principio objetivo del vencimiento (art. 394 de la LEC).

MATERIALES

V.- IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. INEXISTENCIA DE VICIO, INEXCUSABILIDAD Y CONFIRMACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

1. Planteamiento

68. Como hemos indicado *supra*, la adversa dirige su acción principal de anulabilidad por vicio en el consentimiento contra el contrato de riesgos financieros (derivado de cobertura), y la basa en la supuesta falta de información sobre el funcionamiento y los efectos económicos del mismo. Sostiene a estos efectos que el mismo habría sido presentado como si se tratara de un simple seguro de tipos de interés, que no pudiera generarle liquidaciones negativas.

69. En este Fundamento de Derecho mostraremos que la pretensión de anulabilidad de la adversa no puede prosperar por múltiples motivos:

(i). **Caducidad de la acción**: La acción de anulabilidad se encontraba sobradamente caducada al tiempo de ser ejercitada, dado que el contrato de gestión de riesgos financieros alcanzó su fecha de terminación contractual el **7 de enero de 2012** y la demanda no fue interpuesta hasta **13 de octubre de 2023**. De conformidad con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, este constituye el caso paradigmático de concurrencia de caducidad.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 25/47

(ii). **Inexistencia de vicio del consentimiento**: *Ad cautelam*, insistiremos en que Luchy Playa Blanca, S.L. y sus directivos tuvieron conocimiento del funcionamiento del contrato de gestión de riesgos financieros (por, entre otras circunstancias, el perfil cualificado, el proceso de negociación, las reuniones mantenidas y la claridad de la documentación).

(iii). **El alegado error en el consentimiento no habría sido excusable**. *Ad cautelam*, nos referiremos también al hecho de que, de haber existido error éste habría sido perfectamente vencible con la mínima diligencia que cabe exigir al contratante y, más aún, si quien firma el contrato es un inversor profesional. A la vista del contexto en que fue contratado el derivado de cobertura, mostraremos que, en caso de haberse producido un vicio del consentimiento, este no habría sido excusable.

(iv). **Confirmación del Swap**: *Ad cautelam*, explicaremos que en el caso que nos ocupa también concurren diversas conductas que habrían comportado la confirmación del negocio jurídico, incluso en el supuesto hipotético y negado de que hubiera existido un vicio del consentimiento.

2. La acción de anulabilidad se habría encontrado caducada al tiempo de ser ejercitada

70. De conformidad con el artículo 1301 del Código Civil la acción de nulidad sólo durará cuatro años. A estos efectos, la Excma. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha precisado, en múltiples pronunciamientos, que en litigación relacionada con derivados de cobertura (*Swaps*) el *dies a quo* para el cómputo de los cuatro años de la acción de anulabilidad se corresponde con la fecha de extinción y agotamiento del derivado. Véase, por ejemplo, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 322/2023, de 28 de febrero**, que establece que "***se habrá de estar al vencimiento*** *de cada uno (sentencia 89/2018, de 19 de febrero), pues ninguno de los swap es antecedente de otro y todos ello se referencian a préstamos hipotecarios diferentes y tampoco relacionados*".

71. Reproducimos también **la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 356/2023, de 8 de marzo,** que señala que "*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***

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 26/47

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*".

72. Siendo así, ninguna duda puede caber de que en el caso que nos ocupa la acción de anulabilidad se encontraría caducada, y ello en tanto que el contrato de gestión de riesgos impugnado (doc. nº 2), alcanzó su fecha de terminación contractual el **7 de enero de 2012** y la demanda no fue interpuesta hasta **13 de octubre de 2023**. Habría transcurrido, por consiguiente, más de (11) once años.

3. Sobre la inverosimilitud de la tesis de la parte actora: inexistencia de error

73. Sin perjuicio de que lo anterior debe comportar la desestimación de la acción, *ad cautelam* pasamos a efectuar el análisis de fondo de la pretensión de vicio del consentimiento. En primer lugar, y como cuestión previa, es necesario apuntar a que, tanto por el principio de conservación de los contratos, como por la propia excepcionalidad del error, se exige cumplida prueba del mismo a quién lo alega: "*lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato*" (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I,* Civit, 2007, p. 209).

74. En este sentido, la jurisprudencia ha venido apreciando de esta forma restrictiva la concurrencia de error en el consentimiento del contratante. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006 (RJ 2006/2699) establece que:

> "*[E]s reiterada doctrina de esta Sala la de que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, cuya prueba incumbe a la parte que los alega*".

75. De modo que, como han señalado los tribunales, sólo podrá apreciarse la existencia de un error invalidante si la parte actora **acredita** que incurrió en el momento de la perfección del contrato en un error sobre un elemento esencial y, además, que ese error fue invencible, porque no pudo evitarse con la diligencia exigible.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 27/47

76. Así lo indica, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 18ª) nº 406/2016, de 28 de octubre (JUR 2016\276542), "*no basta con la mera afirmación de que el producto contratado sea complejo o de que la información debió de ser más exhaustiva para con ello obtenerse la declaración de nulidad absoluta o relativa de los contratos o de alguna de sus cláusulas*".

77. Esta carga corresponde en exclusiva a la parte actora, que en el presente caso no ha cumplido con dicha obligación. Más bien al contrario, todos los elementos obrantes en autos conducen a la conclusión de que el error sencillamente no pudo existir.

78. La demandante, Aweswell Limited, sostiene que Luchy Playa Blanca, S.L. habría desconocido el funcionamiento del contrato de gestión de riesgos financieros y, en particular, que el mismo podría generar liquidaciones negativas. Sin embargo, y como se ha explicado en sede de Hechos (a los que nos remitimos en aras de la brevedad), la prueba evidencia que no pudo existir un desconocimiento sobre las características y el funcionamiento del referido contrato, y ello en atención a, entre otros factores, ***(i)*** el proceso de estudio, análisis y de contratación ad hoc de la sociedad Luchy Playa Blanca, S.L. para realizar el proyecto empresarial, ***(ii)*** el perfil y experiencia internacional de los directivos y responsables de la sociedad, ***(iii)*** la información proporcionada y ***(iv)*** la claridad del documento suscrito.

79. En consecuencia, debe concluirse necesariamente que Luchy Playa Blanca, S.L. no incurrió en ningún error en el consentimiento al suscribir el contrato de gestión de riesgos financieros. Por tanto, incluso si se considerase que dicha acción no había caducado antes de la interposición de la demanda, la misma debería ser desestimada.

4. De existir algún error (*quod non*), este sería vencible: la inexcusabilidad del error

80. Con independencia de que lo anterior resulte más que suficiente para que se desestime la acción de la demanda relativa al supuesto error sobre el consentimiento, se debe señalar que si admitiéramos –a los meros efectos dialécticos– que existió algún error sobre el contrato de gestión de riesgos financieros, éste **habría sido perfectamente vencible con la mínima diligencia que cabe exigir a quién firma el contrato y, todavía con mayor razón, si quien firma el contrato es un inversor con conocimientos en finanzas**, como es el caso (nos remitimos al Hecho Primero).

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 28/47

81. Precisamente por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009 (RJ 2009/4230), entre otras muchas, explica que "*se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida*".

82. En consecuencia, **el error, de existir, sería imputable a Luchy Playa Blanca, S.L., por lo que no tendría eficacia invalidante**. A estos efectos, debe recordarse que, de conformidad con una reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el requisito de la excusabilidad tiene por objeto no proteger a quien ha padecido el error por su propia negligencia.

5. En todo caso, cualquier vicio del consentimiento habría sido confirmado por la actuación posterior de Luchy Playa Blanca, S.L.

83. Desde que suscribió la operación, Luchy Playa Blanca, S.L. siempre conoció los efectos económicos aparejados a la suscripción del contrato de gestión de riesgos financieros hasta su fecha de terminación (7 de enero de 2012), y siendo informada de las liquidaciones negativas.

84. Y aun así, nunca mostró queja alguna ni fuera, ni dentro del concurso de acreedores, donde la Administración Concursal reconoció los créditos de la Caja de Ahorros de Canarias frente a la concursada, incluyendo el correspondiente al contrato de gestión de riesgos financieros. Sin duda, cuanto ha sido expuesto constituyen claros actos de confirmación.

85. La válida confirmación que, de conformidad con el art. 1.309 del CC, extingue la acción de nulidad no puede ser más clara. En todo caso, debe recordarse que la confirmación del negocio puede ser expresa o tácita (artículo 1311 del Código Civil). Se entiende que es tácita cuando "*con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo*".

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 29/47

86. En este sentido, nuestra mejor doctrina (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I,* Madrid*,* 2007, página 607*)* señala que:

> "*Nuestro Código identifica confirmación con renuncia de la acción. En la misma línea que podemos llamar voluntarista se sitúa Clavería sobre la base de no admitir en el acto confirmatorio las protestas o reservas expresamente realizadas por el autor de la conducta. El argumento sin embargo no resulta convincente y parece preferible atribuir a la confirmación tácita un carácter objetivo, valorando el sentido objetivo de los actos y su incompatibilidad con el posterior ejercicio de la acción*".

87. La conducta del deudor concursado, expuesta en los Hechos, resulta contraria al ejercicio de una acción de anulabilidad, debiendo apreciar que la acción se habría extinguido por la confirmación tácita del negocio jurídico *ex*. arts. 1.309 y 1.311 CC.

VI.- IMPROCEDENCIA DE INVOCAR LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS PARA FORMULAR REPROCHES DE ABUSIVIDAD RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE LAS ESCRITURAS SUSCRITAS POR LUCHY PLAYA BLANCA, S.L.

1. Improcedencia de invocar la normativa de consumidores y usuarios: la finalidad empresarial de los contratos suscritos por Luchy Playa Blanca, S.L. excluye su aplicabilidad

88. Como se ha adelantado, en la demanda interpuesta por Aweswell Limited frente a mi representada también se aduce que determinadas cláusulas contractuales de las escrituras suscritas por Luchy Playa Blanca, S.L. sería supuestamente abusivas. Concretamente, en las páginas 7 a 9 de su demanda, la adversa se refiere a la "cláusula suelo" (párr. 22 de la demanda), la cláusula relativa a la distribución de los gastos de constitución (párr. 23 de la demanda) y a la cláusula reguladora de la comisión de apertura (párr.24 de la demanda).

89. Sin embargo, dichos reproches no podrían prosperar. La entidad que suscribió dichos contratos (Luchy Playa Blanca, S.L.) en modo alguno puede considerarse que ostentara la condición de consumidora, y ello porque su firma respondía a **una evidente finalidad empresarial y, por ende, no resulta de aplicación la normativa tuitiva de consumidores y usuarios** [Sentencia del Tribunal Supremo nº 8/2018, de 10 de enero (Roj: STS 3802/2017, MP: Ponente: D. Pedro José Vela Torres)].

90. De conformidad con el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 30/47

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ("**TRLGDCU**"): "*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro* ***en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial***".

91. Ligado con lo anterior, debe destacarse que es reiterada la jurisprudencia que confirma que **corresponde a quien alega la condición de consumidor la carga de acreditar dicha condición**, como por ejemplo la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) en sentencia núm. 499/2021, de 30 de junio (ECLI:ES:APGR:2021:1242), con amplias citas a sentencias de distintas Audiencias Provinciales:

> "*Esta Sala ha venido considerando que,* ***una vez controvertida por el predisponente la condición de consumidor del actor, concurriendo cierta base objetiva en la negación de dicho carácter, le corresponde a dicho prestatario la carga de probar que actuó como consumidor, al ser él quién impetra la aplicación de la legislación especial que le protege****.*
>
> *Esta posición es muy mayoritaria en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.*
>
> *La sentencia de la AP de Madrid, Sección 8ª, de 23 de marzo de 2017, tras reproducir en parte la sentencia del TS de 18 de enero de 2017, en la que se define y reitera el concepto de consumidor, con referencia a la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, explica que:*
>
> *"A mayor abundamiento, a la parte que alega la abusividad de la cláusula y la aplicación de la normativa de consumidores le incumbe la carga de la prueba de acreditar su condición de consumidor, lo que no concurre en el presente caso, por los fundamentos expuestos...*
>
> *En el mismo sentido, la sentencia de 24 de marzo de 2017 de la AP de Alicante, Sección 9 con referencia a otras muchas, "Por otro lado, es cierto que corresponde la prueba de la condición de consumidor a quien sostiene su condición de tal, como recoge la SAP de Córdoba de 16 de marzo de 2016 ,* ***"es una cuestión de hecho, presupuesto de aplicación de la normativa sectorial de tutela en su favor, que no solo debe ser alegada o sostenida por el mismo, sino que además le incumbe la carga de la prueba sobre ella, como hecho positivo que le beneficia y en virtud del principio de facilidad probatoria (art 217 LEC)****". En el mismo sentido SAP. Guipúzcoa, Secc 2ª, 110/2015, de 5 de mayo y de Málaga Sección 8ª, 483/2008, de 18 de diciembre, AAP de Jaén, de 17 de febrero de 2016 ".*

92. O bien el Auto núm. 161/2020 de 14 de mayo de la Audiencia Provincial de Tarragona (JUR 2020/165552):

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 31/47

"*Lo cierto es que la doctrina mayoritaria ha considerado que corresponde a quien alega la condición de consumidor la carga de acreditar dicha condición*.

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª), sentencia 5 de mayo de 2015: " Pero tal principio no es extrapolable a la carga de la prueba sobre la condición de consumidor, que corresponde a quien la alega. Así, conforme al artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos (en este caso la condición de consumidor) de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables (en este caso la normativa protectora de consumidores y usuarios) el efecto jurídico correspondiente a la demanda (en este caso la declaración de nulidad de la cláusula suelo) ".

La Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª), sentencia 19 de octubre de 2017: " Al no acreditar el actor que en él concurriera la condición de consumidor, de hecho ni se ha opuesto al recurso de apelación planteado por la entidad financiera, debemos considerar que suscribió el contrato en el ámbito de su actividad empresarial y, en consecuencia, no le es de aplicación la normativa protectora de los consumidores y usuarios ".

También la sentencia de la AP de La Coruña de 20 de enero de 2017 dice: "... las reglas sobre distribución de la carga probatoria (Artículo 217 de la LEC) deben operar plenamente, de modo que si no queda finalmente demostrado que el demandante intervino en el contrato con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, el tribunal no podrá examinar la validez de la cláusula desde la perspectiva de las normas represoras de la abusividad de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, ni del más específico control de transparencia de tales cláusulas en cuanto referidas a elementos esenciales del contrato "

La AP Málaga (sección 5ª), en auto de 18 de septiembre de 2017: " En cualquier caso es que la cualidad de consumidor en el ejecutado, es una cuestión de hecho, presupuesto de aplicación de la normativa sectorial de tutela en su favor, que no solo debe ser alegada o sostenida por el mismo, sino que además le incumbe la carga de la prueba sobre ella, como hecho positivo que le beneficia y en virtud del principio de facilidad probatoria (art 217 LEC)".

93. Lo anterior según sentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia núm. 639/2017, de 23 de noviembre (RJ 2017/6184):

"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

A su vez, el art. 3 del TRLGCU, matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»."

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 32/47

94. En el caso que nos ocupa, el hecho de que la suscripción por la mercantil Luchy Playa Blanca, S.L. de las operaciones impugnadas respondiera a la finalidad empresarial de invertir, reformar y explotar el complejo turístico Sun Park, supone que ***no tuvo la condición de consumidor*** y, por lo tanto, ***(i)*** la ahora demandante **no pueda ampararse ni en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni en la normativa tuitiva de consumidores para solicitar la nulidad por abusividad de cláusulas contractuales**; ***(ii)*** **cualquier reproche relacionado con la nulidad por abusividad deba ser desestimado**, en tanto que esta acción está restringida únicamente al ámbito de protección de consumidores; ***(iii)*** **lo mismo que el control de transparencia**, que únicamente es procedente en los contratos en los que el adherente tiene la condición de consumidor.

> (C*fr.*, a modo de ejemplo, las Sentencias nº 8/2018, de 10 de enero [Roj: STS 3802/2017, MP: Ponente: D. Pedro José Vela Torres] citada antes; nº 57/2017, de 30 de enero [Roj: STS 328/2017]; nº 367/2016, de 3 *de* junio [Roj: STS 2550/2016]; nº 30/2017, de 18 de enero [Roj: STS 123/2017]; nº 41/2017, de 20 de enero [Roj: STS 124/2017]; nº 587/2017, de 2 de noviembre [Roj: STS 3802/2017]; y nº 639/2017, de 23 de noviembre [Roj: STS 4116/2017]):

95. De conformidad con lo anterior, los reproches formulados de contrario respecto de la "cláusula suelo" (párr. 22 de la demanda), la cláusula relativa a la distribución de los gastos de constitución (párr. 23 de la demanda) y a la cláusula reguladora de la comisión de apertura (párr.24 de la demanda), deberán ser rechazados. Además, si se acude al contenido de las respectivas cláusulas puede apreciarse como las mismas presentan una redacción clara y legibles para un empresario e inversor como Luchy Playa Blanca, S.L. y su accionista Aweswell Limited.

2. Improcedencia de formular reproches respecto del Euribor con referencia a una investigación de la que CaixaBank no fue parte

96. Por otra parte, en la demanda también se efectúan unas breves alegaciones en torno al índice Euribor y a una investigación de la Comisión Europea (de la que CaixaBank nunca fue parte), si bien **la adversa no ejercita ninguna pretensión al jurídica al respecto**.

97. En relación con esta cuestión debemos empezar por señalar que, como han venido reconociendo múltiples tribunales, el índice Euribor es un índice oficial que, como tal, ***(i)*** ha sido revisado, supervisado y aprobado por el Banco de España, calificándolo como singularmente idóneo para su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario (cfr.

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 33/47

Disposición Final Segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, en relación con la Norma 6.ª bis, apdo. 3 [g] de la Circular 8/1990; en la legislación vigente, art. 27.1 [d] de la Orden de 28 de octubre de 2011 y la Norma 14.ª [d] de la Circular 5/2012); y ***(ii)*** cuenta con las garantías propias de estos índices, entre ellas y en concreto, las garantías de objetividad, seguridad y difusión que resultan de la normativa bancaria y de la intervención del Banco de España.

98. Precisamente por eso, no es posible analizar su validez conforme a la legislación de condiciones generales de la contratación. Así, según dispone su art. 4.2 LCGC, no resulta de aplicación respecto de "*las condiciones generales que […] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*".

99. La razón de esta exclusión es clara: carece de sentido lógico-jurídico someter a control de validez o incorporación aspectos de un contrato cuya existencia, contenido y legitimidad resulta de una norma legal o reglamentaria. La lectura de las cláusulas contractuales que fijan el índice Euribor permite concluir que en esos pactos no se regula la forma de cálculo del índice Euribor. No pueden hacerlo toda vez que se trata de un índice oficial, regulado legal y reglamentariamente, y supervisado y controlado por las autoridades correspondientes.

100. En modo alguno podría pretenderse que, con arreglo al régimen de condiciones generales de la contratación, se enjuicie la validez del Euribor; y de su método de cálculo. Extractamos, a estos efectos, la **Sentencia 667/2019 de 16 de septiembre de la Audiencia Provincial de Córdoba**:

> "*En primer lugar, en abstracto, es decir, la posibilidad de manipulación del Euribor en función del sistema de cálculo. El recurrente viene a sostener que dicho sistema resulta manipulable por el grupo de entidades bancarias, en cuanto que el índice se determina en función de los datos suministrados por aquéllas.* ***Desde esta perspectiva, el recurso debe ser desestimado, ya que tanto el Euribor, como el sustitutivo, son índices oficiales****. Al tiempo del otorgamiento de la escritura, el Euribor aparecía recogido en la Circular 7/1999, de 29 de junio, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela, que lo definía como como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 34/47

ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURIBOR)"". En cuanto al índice sustitutivo (tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades) dicha circular lo define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario"". A continuación establece la fórmula para su cálculo. ***Pues bien, tratándose de índices oficiales, no pueden cuestionarse los mismos en abstracto, puesto que nuestro ordenamiento jurídico expresamente los ha validado***".

101. Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, extractamos acto seguido fragmentos de pronunciamientos judiciales que han desestimado pretensiones de nulidad dirigidas contra la cláusula contractual que fija el Euribor como índice de referencia (todas ellas promovidas por consumidores y usuarios, dado que un empresario —como el contrario— no podría ejercitar dichas pretensiones), y en las que también se aludía a la investigación llevada a cabo por la Comisión Europea.

102. Para empezar, debemos destacar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), núm. 75/2022, de 14 de febrero de 2022**, en la que el tribunal puso de relieve la manifiesta falta de prueba e indeterminación de que adolecía la demanda:

> "***La parte actora no ha aportado datos objetivos, sustancialmente contrastados, de los que se desprenda que la alegada manipulación del Euribor ha determinado, en perjuicio del prestatario, un cálculo erróneo de dicho índice****. Las resoluciones y sanciones que se alegan y acreditan se basan en prácticas monopolísticas contrarias a la competencia, pero no se pronuncian ni especifican en que medida resultó afectada la tasa de referencia. De hecho****, tras dicho expediente, aplicadas las correspondientes sanciones, los índices del Euribor se han seguido publicando mensualmente en el BOE con absoluta regularidad, sin que las autoridades administrativas competentes en esta materia hayan procedido a realizar rectificación alguna de los índices anteriores o posteriores a dicha sanción***".

103. Ese mismo razonamiento se puede encontrar en otra **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (misma Sección 5ª), núm. 347/2018, de 12 de junio de 2018**, que desestimó otra demanda de nulidad relacionada con la cláusula contractual relativa al índice Euribor:

> "*La cláusula que analizamos afecta a las condiciones principales del contrato, a la esencial del préstamo, como es la que determina lo que el prestatario va a abonar de intereses a la entidad de crédito, es decir, el precio del dinero prestado, establece un índice de referencia reconocido y admitido por la normativa vigente al tiempo de*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 35/47

la constitución de la hipoteca, que se recoge en la escritura y que cumple los requisitos de transparencia y claridad. ***La inclusión en el contrato de un tipo de referencia plenamente admitido desde siempre por la legislación, y que se publica mensualmente en el BOE, no puede ser contraria a la buena fe, ni causar en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Por todo lo cual la cláusula no puede considerarse abusiva****. [...] Así pues, estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que son uno de los factores de determinación del precio del contrato. Como tal constituyen el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conocen los prestatarios, sobre el que reflexionan la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales [...].*

El hecho de que las operaciones de préstamo entre ese grupo de grandes bancos, tengan influencia en la configuración del índice no significa que dependa exclusivamente de la demandada, ni por tanto que pueda manipularlo a su favor; por otra parte difícilmente puede interesarle un comportamiento en sus operaciones de préstamo orientado exclusivamente a subir artificialmente el índice, ya que ello supondría encarecer sus propias operaciones de préstamo, en la que se empleaban diversos tipos de índice, sin que lo justifique una subida de intereses generalizada, con la consecuente pérdida de su capacidad de competir en el mercado. De hecho no se aporta la más mínima prueba de la que pueda deducirse que esta manipulación por parte de la entidad de crédito aquí demandada se produjo o, al menos, fuera realmente posible que la llevara a cabo por sí sola o en concierto con otras entidades".

104. Léase también, en el mismo sentido, **la Sentencia nº 650/2019 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 9 de julio de 2019:**

"*Que la parte pretenda, desde la citada práctica, la nulidad de una cláusula al amparo del artículo 82.1 TRLDCU no es el cauce a los efectos de recuperar los daños y perjuicios que pudieran haberse derivado de la misma. Porque en realidad la parte lo que señala, en su complejo alegato, es que el Euribor no funciona como referencia y por lo tanto cualquier cláusula que tenga esa referencia (la suya en este caso) es nula. Pero que la práctica durante un tiempo y por una mala actuación se haya o no manipulado no invalida la cláusula (sin perjuicio del derecho a recuperar los daños y perjuicios por la vía correspondiente) como un error en la aplicación, por ejemplo, de un interés diferente de la entidad financiera al préstamo concreto no invalidaría tampoco la cláusula de interés, sino que daría lugar a la responsabilidad que de ello se deriva. Al amparo del artículo 1255 CC (LEG 1889, 27) y de la aceptación del Euribor como un índice de referencia válido en la Unión Europea y aceptado en España la citada cláusula (sin perjuicio de su ejecución) no es nula. Y ello es diferente a la referencia "prácticas no consentidas expresamente" a que se refiere el precepto que en realidad parten inicialmente de "no ser cláusulas estipuladas" para poder ser identificadas y por otro que han de realizarse contra de las exigencias de la buena fe y por ello causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 36/47

deriven del contrato. Por tanto, la parte yerra al considerar las mismas desde la normativa que fundamenta su demanda y por tanto debe desestimarse el recurso confirmando la sentencia".

105. Y también, por ejemplo, **el Auto número 33/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 18 de febrero de 2015**:

> "*A la luz de estas ideas parece que no puede tacharse de abusiva la cláusula de interés variable referenciada al Euribor, ni menos pedir responsabilidad al banco acreedor que no estaba entre los manipuladores del índice. En el mejor de los supuestos, para el recurrente debería probar en qué medida le perjudico la manipulación, cuantificar el daño realmente causado, y dirigirse contra los manipuladores causantes del daño*".

106. En virtud de lo expuesto, queda acreditada la improcedencia de los reproches formulados de contrario entorno al índice Euribor.

VII.- IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (ART. 1101 DEL CÓDIGO CIVIL)

1. La acción indemnizatoria habría prescrito

107. Con carácter subsidiario, en la demanda se ejercita una acción de daños contractuales, basada en que la entidad bancaria supuestamente "*incumplió las obligaciones de informar adecuadamente a la 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*" (pág. nº 25, Suplico).

108. **Dicha acción se encontraba sobradamente prescrita al tiempo de ser ejercitada**. Y es que, como bien es sabido, la acción de responsabilidad civil contractual del art. 1.101 del CC se halla sometida a un plazo estricto de ejercicio, previsto en el artículo 1964.2 del CC, que inicialmente era de quince años y que luego se vio reducido a cinco años en virtud de la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

109. De conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de esa Ley, puesta en relación con el artículo 1.939 del CC ("*La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 37/47

prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo"), el plazo de prescripción del artículo 1964.2 del CC finalizaría en estos casos a los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015, que tuvo lugar el 7 de octubre de 2015 (disposición final duodécima de esa Ley), esto es, el 7 de octubre de 2020, como lo han considerado, de manera pacífica, el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales[2].

110. Sin embargo, la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (el "**RD 463/2020**"), estableció la suspensión de los plazos de prescripción de cualesquiera acciones y derechos desde el día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado[3], lo que tuvo lugar el 14 de marzo de 2020. Esta suspensión se

---

[2] A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 29/2020, de 20 de enero (Roj: STS 21/2020), dispone lo siguiente:

"*3.- Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 CC, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtirá efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años:*

(i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de nueva Ley.

(ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del art. 1964 CC.

(iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 CC, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020.

(iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 CC".

Para el caso de las acciones indemnizatorias sobre Valores Santander, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta) de 19 de enero de 2021 se pronunció del siguiente modo:

"*4. En consecuencia, es aplicable la regulación establecida de forma general o supletoria por el artículo 1.964 del Código Civil, reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre; y como quiera que se trata de una relación jurídica nacida en el año 2008, la prescripción no se producía hasta el día 7 de octubre de 2020, dado que, según la disposición transitoria quinta de la citada Ley de octubre de 2015, las relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015 prescriben el día 7 de octubre de 2020, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.939 del Código Civil, al que se remite la citada Disposición Transitoria Quinta. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 29/2020, de 20 de enero. Por tanto, como el contrató se celebró en fecha de 21 de enero de 2008 y la demanda se presentó el 29 de noviembre de 2017, la acción indemnizatoria no habría prescrito*".

[3] "*Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren*".

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 38/47

alzó con efectos desde el 4 de junio de 2020, tal como preveía el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020[4].

111. Así pues, en lo que aquí interesa, el plazo de prescripción estuvo suspendido durante 82 días (contados desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 3 de junio de 2020, ambos incluidos), lo que significa que **el plazo de prescripción del artículo 1964.2 del CC finalizó el 28 de diciembre de 2020** (82 días después del 7 de octubre de 2020).

112. En el caso que nos ocupa una recta interpretación del régimen de la prescripción establece que el plazo debe empezar a computarse, en el mejor de los casos para el demandante, desde la fecha de terminación del contrato de gestión de riesgos financieros, esto es, desde el **7 de enero de 2012** momento en el que se agotaron los efectos de dicha contrato. Y sin embargo, la demanda que ahora se contesta no ha sido interpuesta hasta el pasado **13 de octubre de 2023**. Por ello, la acción de daños ejercitada se encuentra sobradamente prescrita.

2. La alegación de desconocimiento por falta de información precontractual no puede ser vehiculada a través de la acción del art. 1101 del CC

113. A mayor abundamiento, debe señalarse que la defectuosa configuración de esta acción subsidiaria también debería comportar su desestimación.

114. El supuesto incumplimiento contractual que sirve de base a la acción se vincula en la demanda con obligaciones de información previas a la celebración del contrato impugnado. Pero un incumplimiento contractual no puede vincularse con las obligaciones previas a la celebración del referido contrato, que son las que la demanda reputa como supuestamente incumplidas.

115. **El Tribunal Supremo ha declarado que las obligaciones previas a la celebración del contrato no pueden dar lugar a un incumplimiento del mismo**. Como indica la Sentencia núm. 132/2018, de 12 de junio (Roj: STS 1110/2018), "*el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos como el swap, competen a la entidad de*

[4] "*Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzará la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones*".

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 39/47

servicios de inversión puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el art. 1124 CC" debido a que "*el incumplimiento* [contractual]*, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato*".

116. Cabría contemplar un posible incumplimiento de un supuesto contrato de asesoramiento. Ciertas sentencias del Tribunal Supremo han entrado a conocer de acciones indemnizatorias sobre la base de un déficit informativo en la comercialización de un producto financiero, por pretendido incumplimiento de un contrato de asesoramiento. Pero, en este caso, la existencia de ese contrato no se ha puesto de manifiesto y acreditado en la demanda.

117. Nótese, en cualquier caso, que la existencia de obligaciones de asesoramiento frente a los clientes que para una entidad se prevén en la Ley del Mercado de Valores no puede considerarse la norma general: la existencia de obligaciones de asesoramiento no se presume, sino que debe ser alegada y probada en cada caso. Así lo ha declarado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de mayo de 2021 (Roj: STS 1778/2021):

> "*3.- Estas son las sentencias cuya doctrina el recurrente considera vulnerada por la sentencia impugnada. Lo que sucede es que en el motivo ahora examinado no se explica cuál es el concreto incumplimiento contractual del que hace derivar la responsabilidad que reclama. En el caso de aquellas sentencias existía una relación de asesoramiento y de gestión y administración de carteras previo a la contratación de los productos litigiosos, relación de asesoramiento financiero y gestión que generaba obligaciones de información, diligencia y lealtad en la formulación de recomendaciones de inversión, cuya infracción se consideró título de imputación de la obligación de indemnizar el daño causado por el resultado de unas inversiones ruinosas.*
>
> *4.- No sucede así en el presente caso. Como señala la Audiencia, por un lado, 'no se ha acreditado cuales fueron las concretas obligaciones contractuales incumplidas por BBVA'. Y por otro, la renegociación del préstamo para pasar de un tipo de interés variable a otro fijo se produjo 'por iniciativa del legal representante de Huerto de Santa Rita S.L.'. Por tanto, no habiéndose acreditado la existencia de un contrato de asesoramiento o de gestión de carteras previo, y no habiendo partido del banco la iniciativa para la renegociación del préstamo, que concluyó con la introducción de un derivado implícito como medio de establecer un tipo de interés fijo, no puede apreciarse el incumplimiento de obligaciones de información y diligencia que son propias de dicha actividad de asesoramiento financiero, en los términos que resultan de la jurisprudencia cuya vulneración se denuncia*".

118. La existencia de asesoramiento debe, pues, ser probada. Pero la parte actora se limita a afirmar que hubo asesoramiento, sin demostrar que se le hicieron recomendaciones particulares y en función de sus circunstancias personales. Por el contrario, los hechos

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 40/47

acreditados en la presente contestación acreditan que no existió una recomendación personalizada a la parte actora.

119. Aplicando las consideraciones expuestas al presente caso, resulta que la parte actora no ha identificado ningún incumplimiento de obligaciones contractuales que pueda fundar la acción de responsabilidad contractual ejercitada al amparo del artículo 1.101 CC.

3. En cualquier caso, no concurren los presupuestos para la existencia de responsabilidad contractual ex artículo 1.101 del Código Civil

120. Aunque en los anteriores apartados se ha justificado la improcedencia de la acción de responsabilidad civil, incluso si hipotéticamente se entrara a analizar los presupuestos exigidos por el artículo 1.101 CC, debería concluirse igualmente que la acción debe ser desestimada:

(i) Conducta antijurídica: culpa, negligencia o morosidad en el cumplimiento de la obligación o incumplimiento: como ha quedado acreditado, la Caja de Ahorros de Canarias (CaixaBank) cumplió con las obligaciones de información que le resultaban exigibles al tiempo de la formalización de las operaciones discutidas.

(ii) Prueba de los perjuicios que se reclaman: Luchy Playa Blanca, S.L. no sufrió ningún perjuicio patrimonial efectivo y real que resulte indemnizable. La adversa no toma en consideración en su demanda que las liquidaciones generadas por el contrato de gestión de riegos financieros, tuvieron por finalidad mitigar las oscilaciones del tipo de interés variable del contrato de financiación al que está vinculado. Un análisis del daño como el que efectúa la adversa, que omite la relación de dicho contrato con la financiación no puede prosperar.

El deber de acreditar los daños contractuales reclamados —expresión en la que se subsumen los restantes requisitos legalmente exigidos para que nazca el derecho a ser indemnizado— es una exigencia sobre la que no existe controversia entre la doctrina científica (DIEZ-PICAZO, Luis en: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Volumen ii, Navarra: Civitas, 2010, páginas 793 y 794) y la jurisprudencia:

"*23. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 41/47

Nuestro Código no contiene norma alguna relativa al problema de la prueba de los daños, de manera que se aplican las reglas de distribución de la carga de la prueba del art. 1214 cc. Al ser el daño y su cuantificación hechos constitutivos de la demanda, su prueba corresponde al demandante. La jurisprudencia del ts ha sido muy constante en este sentido, señalando que la inejecución o el incumplimiento de la obligación no acarrea por sí sólo daños y perjuicios y que la prueba de éstos corresponde a quien demanda indemnización" [subrayado añadido].

Atendiendo a los Hechos acreditados, y a lo expuesto, debe tenerse por incumplido el principio relativo a la carga de la prueba (artículo 217.2 LEC). Por ello, corresponderá a la adversa asumir las consecuencias derivadas de su deficiente actividad probatoria, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004 (LA LEY 216417/2004):

"*La doctrina ha elaborado muy detalladamente esta cuestión, que, a su vez, ha desarrollado la jurisprudencia, reiteradamente y con claridad: se aplica cuando se produce una ausencia de prueba de un hecho y determina cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de ello, "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba" (sentencias de 31 de enero de 2001, 5 de julio de 2002 y 3 de octubre de 2002) y se resume en estos términos: "El art. 1.214 del Código Civil no contiene una regla de prueba por lo que no puede servir de fundamento para una valoración probatoria. La infracción del mismo tiene lugar cuando se aprecia la falta de prueba de un hecho y se atribuyen las consecuencias desfavorables a la parte a quién no le incumbía la carga de probarlo*".

En todo caso, y aunque en el Suplico de su demanda la adversa únicamente interesa, en concepto de daños y perjuicios, aquellos que "*les supuso la contratación del Swap*" (pág.25 de la demanda), dejamos expresa constancia de que negamos también el resto de conceptos referidos en el cuerpo de la demanda y a su cuantificación, para lo que nos remitimos al resto de esta contestación y al Informe Pericial que se anuncia mediante Otrosí Digo Primero. En este sentido, en el cuerpo de la demanda la adversa incurre en incoherencias manifiestas, tales como (entre otras) incluir en su enumeración de partidas una correspondiente a la constitución de una prenda sobre un depósito de 400.000 euros, cuando dichos fondos procedían del Préstamo de 2010 firmado por el actor, y que debía devolver.

(iii) Prueba del nexo causal eficiente entre la conducta antijurídica y los daños producidos: no existe relación de causalidad entre el daño reclamado y la actuación de la Caja de Ahorros de Canarias (CaixaBank). Luchy Playa Blanca, S.L. acudió

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 42/47

a dicha entidad interesada en obtener financiación y, tras ser adecuadamente informada, decidió suscribir el contrato de gestión de riesgos financieros para la cobertura de la fluctuación de los tipos de interés. En la medida en que el resultado de las liquidaciones de dicho contrato es consecuencia de la fluctuación de los tipos de interés —cuya oscilación se encuentran fuera del alcance de CaixaBank—, no cabe atribuir a mi mandante la evolución de los mismos. Como enseña la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2003 (RJ 2003/4535):

"*Es doctrina reiterada la de que cuando en la producción de un daño puede haber incidido una pluralidad de causas, no es suficiente con la acreditación de que se ha sufrido realmente aquel detrimento personal o patrimonial para la imputación de responsabilidad a cualquiera de los sujetos que haya llevado a cabo una de las conductas antecedentes o a todos ellos, pues no todos los acontecimiento que preceden al evento dañoso tienen la misma relevancia.*

Se hace preciso demostrar, en efecto, la existencia de un nexo causal entre los actos llevados a cabo por las personas contra quien se dirige la demanda y la lesión o el perjuicio inferidos y que la relación de causa a efecto no ha sido interrumpida por la intervención de otros sujetos".

Esta exigencia probatoria impuesta por el Tribunal Supremo, que recae sobre la parte actora, se ha reiterado por nuestras Audiencias Provinciales. Se destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de febrero de 2011 (AC 2011\348):

"*El tribunal de instancia desestimó la demanda porque tras valorar la prueba practicada, y partiendo de ser el demandante quien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , debía probar la concurrencia de los requisitos exigidos no solo por la Ley , artículos 1101 y 1104 del Código Civil (LEG 1889, 27) sino por la jurisprudencia, que son la existencia de una acción dañosa, haber mediado culpa o negligencia, haber sufrido quien acciona daños y perjuicios y existir nexo causal entre la acción culposa y estos últimos, llegaba a la conclusión al no estar obligado el demandado a obtener un resuelto sino unos medios, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, que es por otra parte unánime, como se evidencia de examinar las sentencia del Tribunal Supremo, que no se había probado esa acción negligente, sino todo lo contrario, afirmaba que sí había cumplido el deber de informar -fundamento primero in fine- y no solo eso sino que entendía que tampoco estaban probados los daños. Y esa conclusión entiende este tribunal que es conforme al resultado probatorio, porque no basta con afirmar que hubo responsabilidad para concluir que la hubo, sino que ésta es la conclusión derivada de alegar y probar la concurrencia de los requisitos que la norma dispone, es decir, concretar el hecho dañoso, es decir, cuál fue la actividad culposa y probarla, y cuáles los daños sufridos no solo morales porque el recurrente reclamó por este concepto dos mil euros, y 3.500 euros más que se desconoce si eran por daños patrimoniales o por qué otro concepto distinto a los morales ya cuantificados, y el nexo causal.*

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 43/47

No acreditado el hecho dañoso, es decir, la negligencia, la consecuencia única es la desestimatoria de la demanda, porque para condenar a indemnizar por haber incurrido en responsabilidad, lo primero no es la realidad de los daños y los perjuicios sino la existencia del incumplimiento, es decir, probar la actividad dejada de realizar, y ser la misma causa del daño que se reclama".

En la misma línea se han pronunciado también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de marzo de 2000 (AC 2000\915), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2012 (AC 2012\1011), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 3 de febrero de 2011 (AC 2011\359) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de mayo de 2006 (AC 2006\993).

121. En definitiva, sólo puede concluirse que no concurren los requisitos legales necesarios para que surja obligación por parte de mi mandante a indemnizar a la adversa, en los términos solicitados de contrario.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con sus documentos y copias, así como con el justificante del traslado prevenido en el artículo 276 LEC, lo admita y, en su virtud, tenga por deducida en tiempo y forma contestación a la demanda interpuesta frente a mi representada CaixaBank, S.A. y, en su día, previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y condene en costas a la Parte Actora.

En Valencia, a 24 de enero de 2024.

* * *

OTROSÍ DIGO PRIMERO que tenga por anunciada, al amparo del art. 337 LEC, la presentación de un dictamen pericial que se elaborará por PKF ATTEST (**Documento nº 10**), que tendrá por objeto, entre otros extremos, examinar el contexto de la contratación de las operaciones impugnadas en la demanda y de la financiación concedida por la entidad financiera, las características y el funcionamiento del contrato de gestión de riesgos financieros, el perfil de la entidad contratante, y un análisis económico y de cuantificación. Se aportará el informe tan pronto como esta parte disponga del mismo y, en todo caso, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa.

Por lo expuesto, al Juzgado

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 44/47

SUPLICO que tenga por realizada la anterior manifestación y por anunciada la presentación del dictamen pericial al amparo del art. 337 LEC.

* * *

OTROSÍ DIGO SEGUNDO que esta parte formula oposición en relación con el anuncio que la parte actora realiza en el Otrosí Digo Cuarto de su demanda, consistente en la futura aportación de un dictamen pericial.

122. En el caso que nos ocupa no concurren los requisitos para poder dilatar la aportación del dictamen pericial en un momento posterior a la demanda, conforme resulta del artículo 336 de la LEC, por lo que se debe solicitar que se rechace la petición de la parte contraria y se inadmita el dictamen pericial anunciado.

123. El artículo 336 de la LEC es sumamente claro: **los dictámenes de que los litigantes dispongan, habrán de aportarse con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita**:

> "*1.* ***Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita****, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley*".

124. El apartado 3 de este precepto dispone que, "***se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado***". Solamente cuando el demandante justifique cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de la demanda, estará legitimado para la presentación del dictamen en un momento posterior a la demanda al amparo del artículo 337 LEC, pero nunca en otros casos.

125. Precisado lo anterior, en su escrito de demanda la actora no ofrece ninguna justificación de por qué motivo no habría podido aportar el informe pericial junto con la demanda. Se limita sencillamente a anunciar su aportación en el Otrosí Digo Cuarto de su escrito de demanda, sin detenerse a justificar nada.

126. Esto debería ser suficiente para inadmitir la prueba pericial anunciada de contrario. En efecto, sin ofrecer una mínima justificación, la parte actora pretende burlar la aplicación imperativa de diferentes disposiciones esenciales que presiden la tramitación del proceso:

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 45/47

(i) el artículo 217 de la LEC, que impone a demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que, en su caso, se pudiera desprender el efecto jurídico por él pretendido; **(ii)** el artículo 265.1.4º de la LEC, que declara el deber de acompañar a la demanda los dictámenes periciales en que las partes pretendiesen apoyar sus pretensiones; **(iii)** el artículo 269 de la LEC, que declara la imposibilidad de aportar dictámenes al margen del escrito de demanda; y **(iv)** el artículo 400 de la LEC, que impone la improrrogable obligación de aducir en la demanda cuantos hechos pudiesen invocarse al tiempo de interponerla.

127. Lo expuesto resulta todavía más grave si se atiende a que las operaciones discutidas fueron contratadas entre los años 2008 y 2010, y que el contrato de gestión de riesgos financieros (derivado de cobertura) alcanzó su fecha de terminación contractual en el año 2012. La realidad es que la demandante ha tenido tiempo más que suficiente para preparar la pericial. Es por ello que esta parte considera que la posibilidad de la adversa de presentar un informe pericial ha precluido y el anuncio de su futura aportación debe ser rechazado.

128. Por otra parte, la estrategia de la adversa también situaría a esta parte en una manifiesta situación de indefensión, pues se habría visto obligada a contestar a la demanda sin conocer la totalidad de los datos, hechos y premisas en que la parte actora funda su derecho.

129. Subsidiariamente, y para el hipotético e improbable supuesto de que este Juzgado admitiera el dictamen pericial anunciado de adverso, y a fin de salvaguardar el principio de igualdad de armas, esta parte se reserva el derecho de anunciar en el acto de la audiencia previa la presentación de un complemento del dictamen pericial de esta parte, por si su necesidad se pone de manifiesto como consecuencia de las alegaciones y conclusiones contenidas en el dictamen presentado por la parte actora.

Por lo expuesto, al Juzgado

SUPLICO que tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones, y acuerde rechazar la posibilidad de que la actora aporte un dictamen pericial y, subsidiariamente, a los efectos legales oportunos, tenga por anunciada la aportación de dictamen pericial en los términos expuestos.

* * *

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 46/47

OTROSÍ DIGO TERCERO que esta representación ha intentado cumplir minuciosa y fielmente con los requisitos exigidos por la LEC que puedan resultar aplicables, tanto en lo relativo al fondo como a la forma, poniéndose de manifiesto expresamente la voluntad de esta parte de subsanar cualquier defecto en que se pudiera haber incurrido conforme a lo dispuesto en el artículo 231 de la LEC.

Por lo expuesto, al Juzgado

SUPLICO que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

Es Justicia que reitero en el lugar y fecha arriba señalados.

NOMBRE GARCIA MARTIN DAVID - NIF

Firmado digitalmente por NOMBRE GARCIA MARTIN DAVID - NIF
Fecha: 2024.01.25 10:40:18 +01'00'

Ltdo. Raimon Tagliavini Sansa P.o.

NOMBRE GARCIA MARTIN DAVID - NIF

Firmado digitalmente por NOMBRE GARCIA MARTIN DAVID - NIF
Fecha: 2024.01.25 10:40:47 +01'00'

Ltdo. David García Martín

LOPEZ MONZO SILVIA -

Firmado digitalmente por LOPEZ MONZO SILVIA -
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, serialNumber=IDCES-, givenName=SILVIA, sn=LOPEZ MONZO, cn=LOPEZ MONZO SILVIA -
Fecha: 2024.01.25 12:13:17 +01'00'

COPIA REDACTADA DE LECTURA - NO ORIGINAL FIRMADO | fuente SHA256 abbaf13c65505863 | 47/47