

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-13/005867

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.2-2013/0005867

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2
3184/2015

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*:
Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia
/ Donostiako Lehen Auzialdiko 4 zk.ko
Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 542/2013
(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: GIPUZKOAKO
HONDAKINEN KUDEAKETA S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA LUISA
LINARES FARIAS

Abogado/a / Abokatua: AITOR MEDRANO
ZUBIZARRETA

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO DE
SANTANDER, CAIXABANK S.A. y
PRICE WATERHOUSE COOPERS
CORPORATE FINANCE S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: JOSE RAMON
DAVID BARTOLOME BORREGON,
TOMAS SALVADOR PALACIOS y
SANTIAGO TAMES ALONSO

Abogado/a/ Abokatua:

S E N T E N C I A N º 40/2017

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

D/Dª. IÑIGO SUÁREZ DE ODRIOZOLA

D/Dª. CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a nueve de marzo de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 542/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia, a instancia de GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA S.A. apelante - , representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. MARIA LUISA LINARES

FARIAS y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./a. AITOR MEDRANO ZUBIZARRETA, contra D./D^a. BANCO DE SANTANDER, CAIXABANK S.A. y PRICEWATERHOUSECOOPERS CORPORATE FINANCE S.L. apelado - , representado/a por el/la Procurador/a Sr./a. JOSE RAMON DAVID BARTOLOME BORREGON, TOMAS SALVADOR PALACIOS y SANTIAGO TAMES ALONSO y defendido/a por el/la Letrado/a D/D^a. ADRIAN DUPUY, JOSE PIÑEIRO SALGUERO Y JOANNES LABAYEN ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13-1-2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DONOSTIA , se dictó sentencia con fecha 13-1-2015 , que contiene el siguiente FALLO:

"Desestimo la demanda efectuada por Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa SAU contra Caixa D'Estavils y Pensions de Barcelona (Caixabank), Banco Español de Crédito SA (Banco Santander SA) y PriceWaterHouse Coopers Corporate Finance SL.

Respecto a las costas del proceso al haber sido desestimada la demanda corresponde a Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa SAU el pago de las costas del proceso."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación y votación .

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia la Iltma. Sra. Magistrada CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen y ;

PRIMERO.- MOTIVOS DE RECURSO DE APELACION:

Con carácter inicial se va a efectuar una enumeración exhaustiva de los motivos de recurso , dada la extensión y complejidad del mismo , en orden a examinar todas las cuestiones en el mismo planteadas y así , el **recurso de apelación de GHK** se articula sobre la base de los siguientes **motivos**:

1º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho respecto de la clasificación o perfil de "GHK" y sus consecuencias jurídicas.

Se alega que la sentencia de instancia entiende acreditado que "GHK" es un cliente profesional, desde el punto de vista de la normativa MIFID, dado que cumple dos de los requisitos recogidos en el art. 78 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante "LMV") y cuenta con el asesoramiento de "PWC" y "Garrigues".

Sin embargo, con independencia de que "GHK" cumpla con unos criterios objetivos para su clasificación como profesional, lo cierto y verdad es que dicha clasificación como profesional únicamente permite presumir que el cliente tiene conocimientos financieros suficientes para conocer el producto en cuestión, presunción que ha quedado totalmente desvirtuada si atendemos al contenido de los anexos nº 83 y nº 84 del escrito de demanda, es decir, la "Adenda sobre instrumentos financieros" al que se acompaña un " Test de Conveniencia" es donde los representantes de "GHK" en aquel momento, Sres. Carlos Ormazábal y José Ignacio Echezarreta, expresamente manifiestan (i) que no conocen los mercados de valores ni están familiarizados con sus productos y (ii) que nunca han trabajado en el sector financiero ni en el departamento financiero de empresas. Por ello, es la propia entidad demandada "La Caixa", a resultas del "Test de Conveniencia" realizado, quien determina que "el servicio o el producto de referencia no es adecuado para Ud. por no poseer los conocimientos y la experiencia necesarios para comprender y valorar los riesgos que implica el servicio o producto de referencia y sus consecuencias.

No solo no consideró el producto no adecuado sino que el absoluto desconocimiento por parte de "GHK" motivó su clasificación, en un primer momento, como cliente minorista, es decir, fue clasificado como un cliente sin conocimiento ni experiencia previa en materia inversora.

Además, D^a Maite Etxarri (responsable financiera de “GHK” en el momento de la contratación de las permutas) declaró en la testifical practicada que no era una experta en este tipo de productos y que únicamente había trabajado en una ocasión con otro tipo de derivados (permutas de tipos de cambio), por lo que en ningún caso puede concluirse que alguien en “GHK” tuviera un conocimiento y experiencia previos sobre este tipo de productos.

En consecuencia, ya desde un inicio, este producto era algo que no convenía a la propia "GHK", como así resultó del "Test de Conveniencia" realizado por "LA CAIXA" en fecha 1 de febrero de 2011, diez días antes de firmarse los contratos de permuta financiera de tipos de interés.

Pero es que, en todo caso, la advertencia de no conveniencia realizada por "LA CAIXA" vulnera el artículo 79 bis 7 LMV y el artículo 73 del R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (en adelante, R.D. 217/2008). Y ello porque, ante un producto no adecuado para el cliente que finalmente se suscribe, este debió manifestar mediante expresión manuscrita que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente, asunción que en ningún momento fue expresa por "GHK" en los términos exigidos legalmente.

Casualmente, ocho días más tarde y a dos días de firmar los contratos de permuta financiera de tipos de interés, es decir, el 9 de febrero de 2011, se produce un cambio de clasificación en el cliente de "minorista" a "profesional", mediante la firma de una "solicitud de cambio general de categoría MIFID suscrita por el Presidente del Consejo de Administración de "GHK", D. Carlos Ormazábal (vid. anexo nº 85 de la demanda)

Las entidades demandadas, en vez de abstenerse de recomendar activamente la suscripción de las permutas -dado que no era un producto conveniente de conformidad con lo previsto en la "Guía de Actuación para el análisis de la conveniencia e idoneidad" emitida por el Departamento de Supervisión de la "CNMV" con fecha 17 de junio de 2010 (vid. anexo nº 86 de la demanda) lo que hicieron fue modificar de manera artificiosa el resultado del "Test de Conveniencia" con la solicitud de cambio de categoría de minorista a profesional por parte de D. Carlos Ormazábal, quien en el acto del juicio declaró que desconocía por qué había firmado dicho cambio, e imponer la suscripción de las permutas que nos ocupan. En este sentido, no podemos dejar de pasar por alto que el "Modelo económico financiero" o "Caso Base" del proyecto de financiación, donde se encuentran incluidos los costes derivados de las permutas financieras, fue elaborado por "BANESTO" (ahora "BANCO SANTANDER"), por lo que resulta de todo punto improcedente que se niegue la existencia de una recomendación activa o asesoramiento por parte de las entidades recurridas. Máxime cuando dichas entidades financieras tenían

encomendada en virtud de la Carta Mandato la estructuración de toda la operación de financiación del proyecto en cuestión.

Con todo, el cambio de clasificación es absolutamente nulo e inválido por haberse suscrito por uno solo de los dos apoderados mancomunados.

En segundo lugar, la sentencia de instancia entiende que el doc. nº 13 aportado por "La Caixa" con su contestación a la demanda explica la naturaleza y consecuencias del cambio de cliente minorista a profesional, conclusión a la que esta parte entiende que se llega de forma errónea por el Juzgador de instancia, todo sea dicho con el debido respeto, dado que lo único que se menciona en dicho documento nº 13 son los tres tipos de clasificación que hay según la directiva MIFID, sin que se expliquen las consecuencias de ser considerado cliente profesional. Es más, lo único que se explica es que las empresas que cumplan dos de los tres requisitos establecidos en la Directiva MIFID (fondos propios >2MM de euros, volumen de negocio > 40 MM de euros, Balance > 20 MM de euros) tendrán la consideración de profesionales e intencionadamente señala, en negrita, el empleo de "LA CAIXA": "vuestro caso". Sin advertirles de que también podrían solicitar que fuesen considerados como cliente minorista.

En tercer lugar, tal y como consta acreditado en el anexo nº 85 del escrito de demanda, el cambio de clasificación de cliente minorista a profesional en ningún caso supone una privación de los derechos de información del cliente sino que los mismos se mantienen intactos.

Por otro lado, si la clasificación de cliente profesional viene motivada por el papel de asesor de "PwC" no se le puede eximir, entonces, de ningún tipo de responsabilidad en lo que aquí ha acontecido. Esto es, si lo que late en diversos puntos de la sentencia es que la presencia como asesor financiero de "PwC" hace inocuo el absoluto desconocimiento que los responsables de "GHK" tenían del mercado y productos financieros, entonces habrá que poner la lupa sobre dicho asesor financiero para comprobar si su actuación ha sido correcta, extremo por el que a nuestro juicio la sentencia pasa de largo, tal y como comprobaremos más adelante.

En otro orden de cosas, pero implícitamente relacionado con la clasificación del cliente y con las obligaciones de las entidades bancarias y que la sentencia de instancia no entra a dirimir, debemos reseñar el asesoramiento realizado por los bancos en la contratación de las permutas financieras de tipos de interés. La sentencia de instancia, insistimos, no entra a analizar el carácter de asesores que han tenido en la presente controversia las entidades bancarias demandadas, si bien la prestación de un servicio de asesoramiento en materia de inversión por parte de los bancos y de conformidad con lo dispuesto en la normativa de aplicación (art 63 y 65 de la Ley del Mercado de Valores, R.D. 217/2008 y criterios de la "CNMV" ha quedado más que acreditado.

Como hemos mencionado, el "Caso Base", elaborado por "BANESTO" ya recogía el coste de un "IRS" Y la propia hoja de términos y condiciones financieras elaborada por "PwC" y remitida a bancos y cajas que se acompaña como anexo nº 47 de nuestro escrito de demanda contaba con una cláusula 13, referida a la Cobertura de Tipos de Interés.

Asimismo, dicha hoja de términos y condiciones financieras forma parte de la "Carta Mandato" que se firma con "LA CAIXA" Y "BANESTO" y que se acompaña como anexo nº 58 de la demanda. En dicha "Carta Mandato" se encomienda a los bancos:

“La dirección, aseguramiento y estructuración por parte de éstos de la operación de financiación del Proyecto (en adelante el "Mandato" con arreglo a los términos y condiciones básicos, que se recogen como Anexo I a esta carta (en adelante y en conjunto los "Términos y Condiciones" y que forman parte integrante de la misma a todos los efectos”.

Por ello, y a pesar de ser una cuestión que se pasa por alto o se omite en la sentencia de instancia, no puede obviarse el carácter asesor de las entidades bancarias como directoras, aseguradoras y estructuradoras de la operación de financiación, incluyendo la cobertura de tipos de interés, con lo que ello conlleva. A tal punto que se utiliza expresamente el propio término "asesor" en la Carta Mandato, por lo que negar tal cualidad en las entidades financieras demandadas es sencillamente insostenible .

En el caso que nos ocupa la realización del "Test de Idoneidad" hubiera dado como resultado que el "IRS" contratado era inidóneo, en tanto en cuanto, tal y como veremos con más detenimiento a lo largo de este recurso y, si seguimos las tesis interpretativas de las demandadas, se trataba de un producto especulativo desde el inicio y no de un producto de cobertura, como así lo había exigido el Banco Europeo de Inversiones (en adelante, "BEI", ya que nos hallaríamos ante un tipo fijo en base a unos nominales rígidos cuando la financiación otorgada por el "BEI" y la banca comercial era de carácter contingente.

Siendo ello así, la responsabilidad de quien ha actuado como asesor en su acepción legalizada ("recomendación personalizada") así como en su acepción contractual (obligaciones asumidas en la Carta Mandato) que son las entidades financieras, es más que evidente.

2º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho respecto del producto contratado. Inidoneidad del mismo y posibilidad de estructurar adecuadamente la cobertura.

La sentencia de instancia llega a la conclusión errónea, desde nuestro punto de vista, de que no ha quedado determinada la posibilidad de que se pudiera contratar otro producto distinto de un "IRS". Es más, la propia sentencia recurrida afirma que en ningún

momento se planteó una posibilidad distinta. con independencia de que, como veremos a continuación, sí que existen otras posibilidades más adecuadas al caso que nos ocupa, esta parte lo que achaca tanto a las entidades bancarias como a "PWC" es que no informaran a "GHK" de las distintas posibilidades de cobertura que existían y las consecuencias de las mismas, teniendo en cuenta los distintos escenarios que podrían plantearse, a fin de que "GHK" tomara una decisión cabal, consciente y con pleno conocimiento del producto que contrataba y las consecuencias que de dicha contratación se derivaban, además de no haber estructurado otro producto de cobertura más idóneo al perfil de "GHK", teniendo en cuenta, como veremos que existía una posibilidad real y cierta de que el proyecto no se llevase al cabo por distintos motivos.

Se alega, en síntesis:

- La sentencia de instancia llega a la conclusión errónea, desde nuestro punto de vista, de que no ha quedado determinada la posibilidad de que se pudiera contratar otro producto distinto de un "IRS". Es más, la propia sentencia recurrida afirma que en ningún momento se planteó una posibilidad distinta.

Tanto las entidades bancarias como, en especial, el asesor económico financiero de GHK, esto es, "PwC" debieron advertir de las consecuencias y riesgos de realizar un "IRS" de las características contratadas en el "peor de los escenarios", tal y como se exige por parte de los tribunales en materia de swaps o productos financieros complejos.

El "peor de los escenarios" lo constituía el hecho de que el proyecto no se realizase, sin que nadie (ni "PwC" , ni los bancos) advirtiese de qué suerte correría el producto contratado, tal y como se encontraba estructurado, en dicho supuesto de no realización del proyecto. Si a ello le añadimos el hecho de que la no realización del proyecto no era, ni mucho menos, un escenario remoto o rocambolesco, alcanzamos inmediatamente la conclusión de que la actuación de las demandadas no fue correcta.

Resulta obvio que el asesoramiento de "PwC" tal y como fue contratado (vid. anexos nº 12 y 13 de la demanda) incluía un asesoramiento en todo el proceso de financiación; en su concepción, en su estructuración; en el análisis de los riesgos financieros, en la negociación , en la definición del plan económico financiero y en la contratación de las coberturas de tipos de interés. Es más, la propia oferta de "PwC" (vid anexo nº 15 de la demanda) incluía "definir y desarrollar todos aquellos pasos que se estimen más oportunos para alcanzar la cobertura eficaz de las necesidades de financiación inherentes al Proyecto" Esto es, no tiene que ser "GHK" (sin ningún conocimiento en este campo) quien proponga el análisis de los distintos derivados existentes y sus consecuencias sino que es el asesor de GHK ("PwC") quien debe analizar de "motu proprio" y, dentro del asesoramiento que presta, todas las alternativas existentes y sus consecuencias sin que sea acorde con una buena práctica "dar las cosas por sentado". Y lo mismo cabe decir de las entidades financieras demandadas, dadas las

obligaciones que asumieron en la Carta Mandato, que han sido precedentemente examinadas.

Se dió por hecho, sin ningún tipo de análisis por parte de nadie, que la cobertura de tipos de interés se tenía que hacer a través de un "IRS" de las características del que se contrató, cuando el "BEI" en ningún momento exigió que la cobertura de tipos de interés tuviera que realizarse a través de un "IRS" y de las características que se contrató, y tal y como afirmó el perito Sr. Lamothe, en este ámbito de contratación de derivados financieros "se pueden hacer trajes a medida" y el perito de "Pwc", Sr. Mascareñas, afirmó que "hay casos para todos los gustos", y que está claro es que el "traje" hecho a "GHK" en ningún caso se puede entender a medida en tanto en cuanto parte de una cobertura rígida respecto de un crédito contingente.

La afirmación de la sentencia recurrida que el perito de esta parte, al analizar la utilización de otros productos, parte de un hecho que no era conocido en el momento de llevarse a cabo la contratación y es que la infraestructura que se pretendía realizar no se ha llevado a cabo, entendiéndose que es un hecho que solo es conocido a posteriori, no es correcta dado que, tal y como veremos al analizar los riesgos, existía la alta probabilidad de que el proyecto no se ejecutase o se demorase, causando las ineficiencias que han cristalizado en el caso concreto.

Sin perjuicio de que, en el caso concreto, la razón de no acometerse el proyecto se debe no a una decisión discrecional de índole política sino que tiene un sustento técnico claro, conforme quedó en evidencia en el acto del juicio y consta de forma documental en los presentes autos, no era un hecho desconocido para nadie, como así reconoce la propia demandada "PwC" en su escrito de contestación a la demanda, por lo se debería haber analizado por parte de "Pwc" y los propios bancos, las consecuencias de la no realización o paralización del proyecto en relación con la posibilidad de realizar otros instrumentos financieros para la cobertura de tipos de interés.

Un buen asesoramiento por parte de "PwC" hubiera sido aquel que proporcionase una serie de alternativas, contemplando los diferentes escenarios que podrían plantearse, y las consecuencias de los mismos, a fin de que, como hemos mencionado, "GHK" pudiera haber tomado una decisión cabal y consciente de acuerdo con un asesoramiento e información completos. De igual manera, las entidades financieras demandadas en su papel de asesores mandatarios de "GHK" deberían haber tenido en cuenta las concretas circunstancias de la sociedad pública.

.- De la prueba practicada en juicio queda acreditado que tal y como se afirmó por parte del Sr. Lamothe y del Sr. Mascareñas que se podría haber estructurado y contratado otro producto de cobertura más flexible, teniendo en cuenta que nos encontrábamos ante

una financiación estructurada mediante una línea de crédito, es decir, ante una deuda contingente.

Y esto es lo primero que se afirma en la pericial del Sr. Lamothe, que el caso base esta mal diseñado desde el origen, en tanto en cuanto, desde el inicio, se incluye un producto especulativo y no de cobertura, dado que se pretende cubrir una línea de crédito contingente con un IRS totalmente rígido, al menos si se adopta la interpretación de que de los nocionales de los IRS ofrecen las entidades bancarias. Teniendo la premisa del BEI de adecuación del nocional de la cobertura al crédito dispuesto para evitar, en todo momento que el producto se convierta en especulativo, el producto contratado según la interpretación de los demandados IRS con nominales fijos, es totalmente inidóneo.

Con todo de la prueba practicada no puede llegar a la conclusión que alcanza la sentencia de instancia de que no ha quedado determinada la posibilidad de suscribir otro tipo de coberturas adecuadas, dado que existen otros productos o fórmulas más idóneas.

1. En primer lugar se rechaza la posibilidad de realizar un "CAP" o seguro de tipos porque el "BEI" exigía la cobertura de tipos de interés fijos y el "CAP" lo que asegura es un tipo de interés máximo.

Sin embargo con la suscripción de un "CAP" estás asegurando que tu coste financiero (que es lo que pretende cubrir el "BEI") no va a ser superior al tipo máximo que se acuerde. Esto es, en todo caso, tu coste financiero no superará el tipo máximo de referencia, y con dicha premisa ya se conoce si el proyecto va a ser capaz de asumir dicho coste, que es lo que exige el BEI, y está claro que si se fija un tipo máximo y el proyecto es capaz de asumirlo, puede soportar un tipo de interés que, en todo caso, será inferior al tipo máximo contratado. De forma que con un CAP se está cumpliendo exactamente con la exigencia del BEI. No va a haber ninguna "sorpresa" que implique que GHK no pueda hacer frente al coste de financiación.

Se afirma de contrario que la suscripción del "CAP" conllevará el pago de una prima inicial, que el Sr. Lamothe cuantificó en aproximadamente veinte millones de euros (20.000.000 euros) y que el pago de dicha prima al inicio no podía ser asumida por el proyecto. Dicha afirmación, ha sido aceptada sin más por la sentencia de instancia sin atender a algo que, reiteramos, también quedó acreditado a lo largo del juicio y es que "no se planteó otra cosa".

Si se hubiera planteado alguna otra posibilidad o se hubiera analizado minimamente el caso, se podría haber concluido, como lo hizo el perito de esta parte, Sr. Lamothe, que la prima inicial se podría abaratar suscribiendo lo que se denomina un "COLLAR", que se trata de un producto en el que se compra un tipo máximo (CAP) y se vende un tipo mínimo (FLOOR) a fin de abaratar el coste de la prima inicial que supone contratar un "CAP". También se podría aplazar o periodificar el pago de la prima, ya que

el perito Sr. Lamothe afirmo en el acto de juicio que el caso base permitía dicha periodificación, ya que los flujos de caja que se generan a partir del 2015 permitirían, dentro del caso base satisfacer el pago de la prima.

El propio Sr. Jaime Fariña (empleado de "LA CAIXA") afirmó en la vista que "se podría financiar esa inversión inicial pero "GHK" no lo pidió. Si lo hubiera pedido lo hubiéramos analizado.

La sentencia recurrida no solo no atiende a las manifestaciones del Sr. Lamothe sino que tampoco tiene en cuenta las propias declaraciones de los testigos de las entidades financieras.

La sentencia de instancia afirma que el Sr. Lamothe parte de que un "CAP" era un producto óptimo en un escenario como el que nos ocupa, es decir, a posteriori y tras ver que la incineradora no se ha construido. Sin embargo, el Sr. Mascareñas (perito de "PwC") afirmó en el juicio que "puede ser que a la larga en promedio uno pague menos con el CAP que con el swap pero con el CAP pagas primas". Es decir, que no únicamente el "CAP" se convierte en un producto idóneo ante un escenario de no realización del proyecto sino, como el propio Sr. Mascareñas afirmó, también en un escenario inicial óptimo el "CAP" resultaría más económico a largo plazo. Además tampoco puede obviarse, como afirmó el Sr. Mascareñas, que en el caso de cancelación de un "CAP" no existen costes de ruptura dado que ya se ha pagado una prima. De hecho, el "CAP" se puede vender recuperando así parte de la prima pagada.

En definitiva, las razones invalidantes que se acogen en la sentencia de primera instancia para la suscripción de un CAP, ni son razonables ni derivan de un ponderado examen de las pruebas practicadas, pudiendo afirmarse sin ambages que dicho producto de cobertura habría sido más eficiente, sin duda, ante un escenario posible, e incluso probable, de no ejecución del proyecto que las demandadas debieron prever.

2. Por otro lado, y respecto a la posibilidad de suscribir un swaption, tal y como se afirmó por el Sr. Lamothe en el acto del juicio, dicha posibilidad cumplía exactamente con las exigencias del "BEI" dado que dicho instrumento supone la contratación de una cobertura de tipos de interés mediante el pago de una prima de 3,5 millones de euros que, además de poder ser soportada por el "Caso Base", garantiza el ejercicio de la opción y la posibilidad de tener un tipo fijo que es lo que se pretende durante el plazo de contingencia del crédito (hasta 2014) y una vez dispuesto todo el crédito, en 2014, se ejercita la opción por el importe total dispuesto, una vez aclarado el concreto y cierto perímetro de deuda.

Se nos dice de contrario y recoge la sentencia de instancia que con un swaption no están cumpliendo con los requisitos del "BEI" de tener una cobertura desde el principio, pero lo cierto y verdad es que compras la opción de tener dicha cobertura hasta que se haga efectiva la disposición, que es cuando se produce el riesgo para las entidades

financieras. Las oposiciones que formulan las demandadas y la sentencia acoge son meramente semánticas, yo estoy cubierto si tengo la posibilidad de tener una cobertura inmediata con solo ejercitar mi opción. Y no hay duda de que ese producto de cobertura resulta más eficiente en tanto en cuanto es mucho más barato y solamente se convertirá en un "IRS", con todo lo que ello conlleva, si finalmente dispongo del crédito, esto es, si finalmente convierto en cierto lo que es una mera contingencia.

O se cumplen todas las exigencias del "BEI" o no se cumplen, pero lo que no se puede hacer, como hace la contraparte en relación a la cláusula 14 del Term Sheet, es hacer un "uso a la carta" de las condiciones impuestas por dicho banco, razón por la cual sorprende que se acojan las tesis de las demandadas en la sentencia recurrida.

Por último, es extraño que se dé por bueno lo que se corresponde o no con la voluntad del "BEI" cuando ningún representante de dicho banco ha declarado en el procedimiento judicial que nos ocupa. Es más, las demandadas renunciaron expresamente a las testificales de representantes del BEI, razón por la cual no puede suplirse la voluntad del "BEI" y lo que dicho banco hubiese o no admitido con infundadas elucubraciones.

3.- Por otro lado, pese a las alternativas posibles y más adecuadas planteadas por el Sr. Lamothe, la sentencia de instancia se queda con la tesis de los peritos de la demandada (aparentemente porque en número son más), sin entrar a analizar nada más de lo ocurrido en el juicio. Y es que en relación con la suscripción de un "IRS" los peritos de las demandadas afirman que no puede contratarse un "IRS" sin concretar de antemano el importe de los nominales, tesis que contradice las exigencias del "BEI", que eran que el instrumento de cobertura se adecuara al crédito dispuesto. Sin embargo, ni los testigos empleados de las entidades demandadas, ni los peritos de las mismas pudieron responder a la pregunta que hacía este letrado, acerca de la posibilidad de realizar un "IRS" que se determine conforme a unos nominales previstos (quedando fijado, por tanto, el tipo, y conociendo el coste financiero de antemano y suscribiendo un IRS conociendo los nominales) pero estableciendo una condición suspensiva, de tal forma que la efectividad de las liquidaciones quede en suspenso hasta la efectiva disposición del crédito. Posibilidad que, asimismo, viene determinada por el propio BEI cuando establece que la cobertura deberá realizarse sobre los préstamos privilegiados pendientes retirados

Es perfectamente posible suscribir un "IRS" conociendo los nominales de antemano y posteriormente adecuar las liquidaciones al importe del crédito realmente dispuesto a través de la inclusión de una condición suspensiva, cumpliendo así las exigencias del "BEI"

Por lo que la única razón por la que los especialistas en swaps de las entidades demandadas afirman que es imposible realizar un "IRS" con unos nominales abiertos o flexibles ha resultado ser incierta, o lo que es lo mismo, no ha sido probado de adverso. Y en relación a la manifestación del testigo empleado de la Caixa, Sr. Javier Cuervo,

especialista de tesorería en comercialización de derivados, y que recoge la Sentencia de instancia, el único motivo de tener que fijar los nominales es la necesidad de realizar una operación espejo, y la contraparte debería haber acreditado la existencia de esos contratos de permuta espejo no lo ha hecho.

A mayor abundamiento, si era imposible el producto exigido por el "BEI", tanto los bancos (mandatarios de la estructuración de la financiación) como "PwC" (asesor económico financiero) tendrían que haber avisado de que aquello que exigía el "BEI" no era posible, y que lo posible, ("IRS" con nominales fijos e invariables se hiciera o no el proyecto) era un producto altamente especulativo, al menos de manera potencial.

3º.- Error en la valoración de la prueba respecto de los riesgos del proyecto.

Se alega:

.-La sentencia de instancia parte de un error de base al afirmar que no se puede entrar a analizar la totalidad de los riesgos que podrían ocurrir sino solamente aquellos que efectivamente han ocurrido (página 66 de la sentencia) El error en el que incurre la sentencia de instancia es precisamente no analizar que existían una serie de riesgos, además de riesgo político al que haremos referencia más adelante, y que la existencia de dichos riesgos y, por ende, la materialización de los mismos, podrían conllevar que el proyecto finalmente no se realizase. Por tanto, existiendo una serie de riesgos perfectamente identificados tanto por parte de "PwC" como por parte de las entidades bancarias demandadas deberían haber instrumentado y asesorado a "GHK" respecto de un producto de cobertura que contemplase dicho escenario de no realización del proyecto.

En puridad, se puede afirmar que realmente el riesgo principal era un único riesgo (no realización del proyecto) siendo sus causas diversas (problemas legales que implican la no ejecución del proyecto, sentencias de los tribunales que conllevarán esa misma consecuencia, una eventual decisión de órganos políticos democráticamente escogidos...) Por consiguiente, sí es importante dilucidar los diversos escenarios que podrían haberse dado y que implicarían la no ejecución del proyecto, para llegar a la conclusión de que los productos de cobertura diseñados - en el entendimiento e interpretación que los bancos hacen de ellos- estaban deficientemente estructurados, siendo los responsables de dicho mal diseño las propias entidades financieras y/o el asesor financiero contratado al efecto, ya que conociendo la existencia de dichos riesgos y sus consecuencias en caso de su materialización, deberían haber contemplado que escenarios de retrasos, variaciones o incluso de no realización del proyecto podrían derivar en que finalmente el crédito dispuesto no fuese el previsto o que el calendario de disposiciones fijado sufriese variaciones.

Lo que se trata aquí no es de determinar la causa sino de subrayar que, del análisis efectuado por "PwC" y por los propios bancos en las auditorías realizadas al efecto, podría

darse un escenario o resultado como el que finalmente se ha dado, la no realización del proyecto, y por tanto debería haberse previsto tal circunstancia a la hora de diseñar el instrumento de cobertura .

En este sentido, la propia demandada "PwC" en el informe que elaboró de identificación, asignación y mitigación de riesgos (vid, anexo nº 29 de la demanda) es decir, en la llamada "matriz de riesgos" ya determinó la posibilidad de que el proyecto no se llegase a realizar por numerosas razones.

En este sentido, la propia demandada "PwC" en el informe que elaboró de identificación, asignación y mitigación de riesgos (vid . anexo nº19 de la demanda) es decir, en la llamada "matriz de riesgos" ya determinó la posibilidad de que el proyecto no se llegase a realizar por numerosas razones.

Asimismo, en diciembre de 2010 la consultora técnica "IDOM" emitió informe de due diligence técnico-económico (vid. anexo nº 67 de la demanda) en donde se identificaban una serie de contingencias técnicas que podían comprometer la viabilidad del proyecto o bien retrasar su marcha.

Además, según consta acreditado, la entidad "IBH" (una ingeniería belga) advirtió del sobredimensionamiento de la incineradora, extremo que incluso el testigo D. Armengol Grau llegó a reconocer en su declaración (vid declaración).

Por su parte, la firma "CUATRECASAS" realizó una due diligence legal (vid. anexo nº 68 de la demanda) que contenía innumerables contingencias desde varios puntos de vista.

Cualquiera de este importante grupo de contingencias legales detectadas era susceptible de dar al traste con el proyecto, o bien de obstaculizarlo y retrasarlo. En este sentido, el informe de auditoría legal desglosaba en varios grupos los distintos litigios existentes.

Resulta ilustrador que "CUATRECASAS", en su informe e auditoría legal, ante la posibilidad de no realización del proyecto, recomendase que se incluyeses o se planteasen causas de resolución anticipada de la financiación y, esto mismo no se hubiese planteado respecto de la cobertura de tipos de interés. Este extremo tan revelador es pasado por alto en la sentencia recurrida.

Se nos dice de contrario y la sentencia asume como hecho cierto que nadie se planteó, que el proyecto no se llevase a cabo, pero dicha afirmación sencillamente no se corresponde con la realidad acreditada de los hechos, en tanto en cuanto sí que efectivamente se tuvo en cuenta dicha circunstancia, tal y como así lo reflejó en su informe de auditoría legal "CUATRECASAS"

Hubiera sido muy sencillo, al igual que se determinó la posible resolución anticipada de la financiación, que se hubiera previsto esto mismo por las entidades bancarias demandadas y por la propia "PwC" para el instrumento de cobertura de los tipos de interés. Es decir, estructurar un derivado que se acoplase perfectamente al crédito dispuesto a fin de que operase como una auténtica cobertura, siendo ello técnicamente posible, tal y como hemos mencionado anteriormente.

En conclusión, existían diversas contingencias o causas que podían dar lugar a un resultado de no realización del proyecto, y ello sí se había previsto por parte de las demandadas y plasmado en lo que a la financiación se refiere. Sin embargo, nada de esto se efectuó en relación con el instrumento de cobertura de tipos de interés.

Todos los peritos de las demandadas afirmaron que el carácter especulativo del "IRS" viene derivado de la no ejecución del proyecto. Pues bien, siguiendo esa tesis, es indiferente la causa, el carácter especulativo lo determina el no desarrollo del proyecto, resultado que debió ser previsto por las demandadas.

.-Además la sentencia recurrida cae en una patente contradicción, ya que por un lado asevera, que la cuestión debe centrarse única y exclusivamente en la existencia del riesgo político, es decir, la posibilidad de que finalmente no se realice la infraestructura por una decisión política, y que eso era algo que en ningún momento se planteó, para en el párrafo inmediatamente posterior (vid. página 67 de la sentencia recurrida, Fundamento de Derecho Sexto), asegurar que lo que sí se planteó y era perfectamente conocido era la existencia de ese riesgo y quién debía asumirlo.

Pues evidentemente si era conocida y así lo ha manifestado PwC en su contestación a la demanda “Desde mucho antes de la contratación que ahora se discute, BILDU ha venido manteniendo de forma pública y notoria, una postura contraria a la construcción de la incineradora, frente a la posición del PNV favorable a la construcción”.

Por ello, "PwC" como asesora de una sociedad pública como "GHK" y ante la posibilidad de un cambio de gobierno y por ende la no realización del proyecto, debió contemplar dicha posibilidad y asesorar a la sociedad pública en este sentido, de tal forma que su asesoramiento incluyese la posibilidad de diseñar un instrumento financiero que pudiera cubrir la eventualidad de no realizarse el proyecto ante la posibilidad real, por ejemplo, de un cambio de gobierno como consecuencia de las elecciones que tuvieron lugar en mayo de 2011, máxime cuando, tal y como consta en los documentos de financiación, el llamado "riesgo político" sería asumido por la propia entidad financiera, es decir "GHK", cliente de "PwC".

Buena muestra de la responsabilidad de "PwC" son las explicaciones que da en su contestación a la demanda para no incluir el denominado "riesgo político" en su matriz de riesgos.

Esto también se afirmó por el empleado de "PwC", D. Guillermo del Barrio, en su declaración en el acto del juicio. Es más, el propio D. Guillermo del Barrio afirmó que D^a Maite Etxarri expuso su miedo sobre qué pasaba si el proyecto no se hacía (vid. CD de grabación del juicio V14m32 min 26:22).

Y se llega al absurdo de afirmar que si las entidades bancarias ven como una cuestión probable la no realización del proyecto, éstas no financiarían.

En nuestro caso, la no ejecución del CGRG en su concepción original no ha tenido lugar por una decisión política sin más, sino que la determinación de no desarrollo de dicha infraestructura está amparada en sólidos argumentos técnicos (vid. documentación remitida por "GHK").

Pero es que además, en el caso que nos ocupa, lo único que se subraya de contrario es que había un compromiso por parte de la Diputación de mantener el marco jurídico y que existía una norma foral que obligaba a la realización de esa incineradora, como elemento que al parecer haría esfumarse cualquier duda sobre la futura ejecución del proyecto. Sin embargo, ello no es así, dado que la Norma Foral 7/2008 de 23 de diciembre, por la que se aprueba el documento de progreso (2008-2016) del Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa en ningún momento prevé la obligación de realizar esa incineradora, y por ello pudo darse cumplimiento a la norma foral construyendo otro tipo de infraestructuras distintas a esa incineradora, y de hecho esa incineradora no se ha construido y nadie ha reclamado su obligatoria ejecución en los tribunales ni ningún tipo de incumplimiento de la normativa foral.

Por ello, de la prueba practicada en el presente procedimiento ha quedado acreditado que el resultado de no realización del proyecto (que, según declaración de todos los peritos de la demandada y buena parte de sus testigos es el motivo de que el "IRS" haya devenido especulativo) era un escenario que, a todas luces, se debería haber contemplado, dado que existían múltiples contingencias que podían llevar a dicho resultado con independencia de los mecanismos de mitigación existentes. Entre ellos, la declaración de nulidad del Plan Territorial Sectorial, ya que la garantía dada por la Diputación Foral de Gipuzkoa de mantenimiento del marco legal en ningún caso cubriría la posibilidad de que un Tribunal declarase nulo dicho Plan.

De hecho, muestra de que los mecanismos de mitigación no se consideraban suficientes es la propia recomendación del asesor legal de los bancos ("CUATRECASAS") al

recomendar la previsión de una cancelación anticipada de la financiación para el caso de perder los litigios planteados.

De todo lo anterior se desprende el incorrecto diseño del "IRS".

.-Pese a no ser el núcleo de la cuestión en este procedimiento, la decisión de no realización del proyecto de CGRG en su concepción primigenia se encuentra sustentada en razones técnicas. En este sentido, el propio testigo Armengol Grau (gerente técnico de "GHK" en el momento de contratación de los "IRS") declaró en la vista de juicio que, tras el cambio de gerencia en "GHK" con motivo del cambio de gobierno en la Diputación Foral de Gipuzkoa que tuvo lugar en mayo de 2011, el nuevo equipo se tomó un periodo de seis meses de reflexión para decidir si iniciaba o no la construcción de la incineradora. Asimismo, también afirmó que en dicho periodo de reflexión lo que se analizaron fueron cuestiones técnicas que se derivaban del proyecto, de tal forma que finalmente, tal y como corroboró el actual Director General de "GHK" (vid declaración de Antton Lete) la decisión de no acometer el proyecto se encontraba fundamentada en una serie de inconvenientes técnicos, entre otros, el sobredimensionamiento del CGRG, la mala prognosis de las toneladas de residuos, la exclusión de la mancomunidad de Txingudi por decisión judicial, etc. Por todo ello, y en aras del interés público, se decidió no desarrollar el proyecto, siendo una de sus motivaciones una cuestión que sí era asumida por las entidades financieras, como es la disminución en los residuos generados en Gipuzkoa susceptibles de ser tratados en la incineradora.

4º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho en relación al coste de cancelación anticipada de los "IRS".

Se alega:

.-Con independencia de la clasificación de minorista o profesional, GHK tenía intactos sus derechos de información sobre la naturaleza y riesgos del instrumento contratado (vid. anexo nº85 de la demanda) entre los que se encuentra el coste de cancelación, y que de la prueba practicada no consta acreditado en absoluto que se hubiera informado a GHK de los importantes costes que tendría que asumir en caso de producirse una cancelación anticipada del instrumento financiero.

El propio "caso base", que formaba parte integrante de los contratos de financiación suscritos con el "BEI" y la banca comercial, y que tal y como se manifestó por todos los testigos en el juicio, incluía una previsión de todos los costes del proyecto, adolece de un error en origen, dado que no prevé la existencia de costes de ruptura ni los cuantificada de ningún modo como sí contempla y cuantifica la amortización anticipada por un exceso de cash flow. En este sentido, la declaración efectuada en el acto de la vista oral por el representante de "GHK", D. Antton Lete.

Ello contradice lo concluido, por ejemplo, por las codemandadas en el trámite de conclusiones, cuando afirman que dado que los ingresos de "GHK" estaban cerrados y determinados no procedería en ningún caso un supuesto de cancelación anticipada. E impide concluir, siquiera por deducción, que realmente se había explicado a GHK y que era consciente, con base a la documental que consta en autos, de qué importe tenía que pagar en concepto de cancelación anticipada.

.- Un hecho sobre el que no cabe discusión alguna, es que los contratos de permuta financiera podían ser cancelados anticipadamente. Así lo preven las "Adendas sobre instrumentos financieros" firmadas por el Presidente del Consejo de Administración y el Gerente de "GHK", aportadas como anexos nº 83 y 84 del escrito de demanda, el contrato de crédito "BEI" así como el contrato de crédito suscrito con "BANESTO" Y "LA CAIXA. A mayor abundamiento, en determinadas circunstancias dicha cancelación era obligatoria (e.g. en caso de amortización anticipada del crédito)

Sin embargo, y a pesar de su posible cancelación anticipada, de forma contraria a lo que se manifiesta en la sentencia recurrida no existe ninguna posibilidad, de conformidad con la documentación que consta en autos, de determinar el coste de cancelación anticipada, es decir, no existe ningún método ni fórmula de cálculo que permitiese a "GHK" al tiempo de la contratación, saber a cuánto ascenderían los posibles costes de ruptura del "IRS",

Las conclusiones objetivas- que no valoraciones- que dimanen del examen de la documentación obrante en autos son las siguientes:

1- Los contratos de crédito permiten una cancelación anticipada voluntaria de los contratos de cobertura, e incluso la imponen para el caso de que se amortice anticipadamente el crédito.

2.- Existe en el entramado contractual una derivación a los "CMOF" para el cálculo del coste a pagar en caso de producirse una cancelación anticipada de los "IRS" (sea por voluntad propia sea por obligación contractual para acoplar los nocionales al crédito dispuesto y no amortizado).

3.-En los "CMOF" no se regula ninguno de los dos supuestos expresados (cancelación anticipada voluntaria y cancelación obligatoria por desacople entre nocional y crédito dispuesto no amortizado), por lo que nos hallamos ante una remisión al vacío.

4.- Item más: en los "CMOF" no existe ningún método ni fórmula de cálculo del coste de cancelación anticipada de los "IRS" para ningún caso, ni siquiera para la cancelación "por circunstancias imputables a las partes" que sí contempla como para la cancelación "por circunstancias sobrevenidas" que también contempla.

No cabe afirmar, como lo hace el Juez de Instancia, que "GHK" era concedora de la existencia de unos costes de cancelación, puesto que lo cierto y verdad es que, si bien podía tener una vaga idea de la existencia de unos costes de cancelación, en ningún caso conocía ni los supuestos en los que se contemplaba dicha cancelación, en ni cómo se calculaba dicho coste a fin de que pudiera tomar conciencia de una estimación aproximada de lo que tendría que pagar en caso de cancelación anticipada. Y esa información es absolutamente crucial tenerla en la fase de precontratación y en el momento de firma del contrato de cobertura.

El Juez de Instancia sencillamente no ha resuelto los cuatro puntos que hemos resumido más arriba, pasando por alto todo nuestro razonamiento y no resolviéndolo.

Existen numerosas resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia en donde se declara o bien la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito por no haberse prestado la información suficiente respecto de los costes de cancelación anticipada, o bien la nulidad de la referida cláusula pudiendo, por tanto, cancelarse el derivado a un coste cero, al tratarse según nuestra doctrina mayoritaria de una cuestión esencial del contrato. Asimismo, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores han manifestado, en numerosas ocasiones, la necesidad para el cliente bancario de conocer el método y la fórmula de cálculo del coste de cancelación anticipada y, por ende, la exigencia a las entidades bancarias de facilitar dichos parámetros en la fase de precontratación a fin de cumplir con sus obligaciones conforme a los estándares de la buena fe.

.-Resulta relevante que todos los testigos que declararon en el acto de juicio respondieron que desconocían cómo se calculaba el coste de cancelación extremo que nuevamente se silencia en la sentencia recurrida, no dándosele el más mínimo valor.

D^a Maite Etxarri afirmó que no sabía cómo se calculaba el coste de cancelación y por tanto, que no era capaz de calcularlo, añadiendo que nadie le explicó cómo se calculaba dicho coste ni le hicieron simulaciones, y que solo entendía lo que suponía el coste de cancelación como concepto (traer a fecha de hoy liquidaciones del futuro) Tampoco los Sres. Etxezarreta y Ormazábal conocían cómo se calculaba el coste de cancelación.

Es más, el testigo empleado de "PwC", D. Guillermo del Barrio, manifestó que no se les había requerido el análisis de cómo se calculaba el coste de cancelación por tanto que no lo habían calculado exactamente.

Asimismo, D^a Sonia López (empleada del departamento de tesorería de "BANESTO") declaró que en el "CMOF" no aparece cómo se calcula el coste de cancelación y que solo se refiere a dicho coste en términos generales, afirmando, asimismo, que no le entregaron a la Sra. Etxarri ninguna simulación del coste de cancelación.

Desde el punto de vista de la prueba pericial, los propios peritos de las entidades bancarias demandadas afirman que en la documentación que han revisado y, en concreto, en el "CMOF", no aparecen ni fórmulas ni métodos de cálculo del coste de cancelación, concordando las manifestaciones del perito Sr. Mascareñas en el acto de juicio con el perito de la demandante Sr. Lamothe en el sentido que el método y fórmula de cálculo del coste de cancelación hay que definirlo muy bien, puesto que pueden existir muchas diferencias dependiendo de los criterios que se utilicen para su cálculo.

La ausencia de método y fórmula de cálculo del coste de cancelación supone una infracción del art. 1256 CC. Y que debe tenerse en cuenta la regla contra proferentem recogida en el art. 1288 CC, dado que el COMF es un contrato de adhesión que contiene condiciones generales redactadas por la Asociación Española de la Banca (AEB)

A mayor abundamiento, los escenarios que figuran en los "Test de Conveniencia" en ningún caso pueden entenderse ejemplificativos de un supuesto como el que nos ocupa, dado que, por un lado, no se sabe cómo están calculados y cómo han sido realizados dichos ejemplos, con qué métodos y fórmulas. Y, por otro lado, no se trata de unos escenarios adaptados al caso que nos ocupa dado que se plasma, como peor escenario, una pérdida de 31.500 euros, cantidad irrisoria en comparación con el importe aproximado de 50.000.000 de euros que se nos dice que supondría el coste de cancelación para "GHK". Y ello es así porque se parte de unos parámetros irreales, un valor nominal de 100.000 euros con vencimiento a dos o diez años.

Y el hecho alegado de contrario que los "IRS" son anualmente contabilizados en las cuentas anuales de "GHK" respecto al coste de cancelación, habiendo sido una cuestión pacífica que la valoración de los "Irs" se efectúa por parte de los bancos y la propia "PwC" y se contabiliza conforme al Plan General de Contabilidad, es una circunstancia que también se da en múltiples compañías que han visto anulados sus derivados, sin que dicha contabilización determine nada respecto de las obligaciones que incumben a las entidades demandadas y a la nulidad radical de la cláusula relativa al coste de cancelación anticipada de un swap.

Y en cuanto a la alegación de contrario de que las entidades bancarias no se llevan ningún beneficio del coste de cancelación que eventualmente pagaría "GHK" dado que su importe se utiliza para abonar el coste de cancelación que supone en el mercado "romper" la "operación espejo" o réplica de cobertura que se supone que los bancos realizan en el mercado financiero. Sin embargo, nada de esto se ha acreditado por las demandadas, por lo que, la única conclusión posible que cabe alcanzar es que las entidades bancarias se quedarían directamente con ese dinero.

.-Sobre la base de todo lo anterior, se invoca la indebida aplicación del Derecho, por obviar la Sentencia de instancia los criterios de la jurisprudencia (con remisión a las resoluciones judiciales invocadas en la demanda y del propio escrito de recurso) para

entender que se ha proporcionado una correcta información sobre el coste de cancelación de los derivados financieros, alegando que no hay nada que haga a GHK diferente a otras sociedades mercantiles para la aplicación de los precitado criterios, en relación más específicamente al criterio de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa (con cita de las Sentencias de la Sección 2ª de 30-9-2014, 30-6-2014 y 24-3-2014 y Sentencia de la Sección 3ª de 12-12-2013), a que el coste de cancelación de un swap supone una condición esencial del mismo, y, por ende, la falta de información respecto al concreto coste de cancelación vicia de nulidad el contrato y, que una información adecuada sobre el coste de cancelación implica explicar cómo se efectúa el cálculo del mismo así como realizar una estimación aproximada del mismo, esto es, explicar el método y formula que se utilizarán en la eventualidad de procederse a la cancelación anticipada.

5º.- Error en la valoración de la prueba respecto al cierre de la operación y al tipo fijo contratado.

Se alega:

.-La sentencia recurrida efectúa una incorrecta valoración de la prueba dado que, en atención al cruce de correos electrónicos remitidos en el momento de cierre de las permutas entre las entidades bancarias y Dª Maite Etxarri, entiende acreditado que los tipos fijos acordados eran tipos de mercado y que Dª Maite Etxarri era perfectamente consciente de ello. Sin embargo, el Juez de Instancia no tiene en cuenta el resto de la prueba practicada en lo que a esta cuestión se refiere.

.-En primer lugar, de la prueba practicada se desprende que el tipo fijo se determina a través de lo que se denomina "curva de implícitos" y que dicha curva viene proporcionada por una "herramienta" o "fuente" de información. Entre otros, así lo explicaron en el acto del juicio los empleados del departamento de tesorería de "LA CAIXA" y "BANCO SANTANDER" (vid. declaración del Sr. Javier Cuervo y de la Sra. Sonia López. Asimismo, esto fue explicado por el perito de "PwC" , Sr. Mascareñas.

Sin embargo, mientras que la testigo empleada de "BANCO SANTANDER" (Sra. Sonia López) afirmó que apenas existían diferencias entre las "curvas de implícitos" obtenidas a través de las herramientas de información, el perito de "PwC"(Sr. Mascareñas) explicó que las "curvas de implícitos" no son siempre las mismas sino que varían en función de la "fuente" de información que se esté utilizando; por ello siempre hay que indicar la fuente de donde se obtiene la "curva de implícitos", ya que existen diferencias o matices que a pequeña escala pueden ser poco significativos pero en un importe de cuatro millones de euros, por ejemplo, supone una significativa cantidad.

La propia empleada de Banco Santander (Doña Sonia López) explicó que a partir de la curva de implícitos se determina el tipo fijo de cierre, tipo de interés que es proporcionado por otro empleado del banco que ella denominó trader. Es decir, de la curva de implícitos no se determina automáticamente el tipo fijo, sino que esto requiere una serie de cálculos y operaciones complejas que no están al alcance de cualquiera.

Teniendo en cuenta lo anterior, difícilmente se puede llegar a la conclusión de la sentencia recurrida de que D^a Maite Etxarri era perfectamente consciente del tipo fijo que estaba contratando a través de la "curva de implícitos" y que este era de mercado. En primer lugar, porque, como ya hemos mencionado, el tipo fijo no se obtiene de forma automática sino que se requiere hacer unos cálculos complejos que D^a Maite Etxarri declaró no saber realizar.

Además, el Sr. Mascareñas en su informe pericial estableció que, en aquella época el tipo de mercado era de un 3,729 % cuando el tipo vendido fue de 4,39 % y un 4,22 %. Sin embargo los peritos de Banco Santander y la Caixa criticaron dicho cálculo en el acto del juicio, afirmando que el Sr. Mascareñas había partido de un dato erróneo y era que había presumido que el total del crédito se disponía en un único momento sin atender a que el nominal del IR era ascendente en un primer momento y luego descendente. Dicho argumento que se utiliza para "rectificar" y "corregir" el informe del Sr. Mascareñas se contradice palmariamente con la curva de implícitos facilitada por Banco Santander en el momento de la contratación del IRS ya que las curvas de implícitos que se remiten son a un plazo de diecinueve años pero, en las mismas, no se tiene en cuenta que el nominal es escalonado.

En añadidura, en el informe pericial del Sr. Mascareñas (páginas 49 y siguientes), y de conformidad con el gráfico que se incluye, los tipos de interés a futuro (tipos anuales a plazos implícitos) nunca iban a estar, no estaba previsto siquiera, por encima del tipo fijo. Por lo que, atendiendo al resto de la prueba practicada en el acto de juicio, es un hecho que el tipo fijo contratado estaba fuera de mercado.

Sobre la contratación de estos tipos fijos fuera de mercado, el asesor de "GHK" la demandada "PwC" no se pronunció en absoluto. La propia Maite Etxarri afirmó en el acto del juicio que la cotización pedida días antes de la contratación fue remitida a "PwC" sin que esta manifestase ninguna objeción al respecto, por lo que su responsabilidad en este ámbito es palmaria.

Con todo, es subrayable la sorpresa que manifestaron los representantes de GHK al cierre telefónico que se hizo al contratar los swaps por lo altos que les parecían los tipos (óiganse las conversaciones grabadas en CD), extremo corroborado en el informe pericial del Sr. Lamothe.

6º.- Error en la valoración de la prueba en relación con el diferencial o margen de intermediación aplicado por las entidades bancarias: existencia de una comisión implícita. Asimismo, error en la valoración de la prueba respecto a las liquidaciones mensuales que se viene cobrando según un tipo de interés nominal y no según el tipo de interés efectivo.

Se alega que el error en la valoración cometido por la sentencia recurrida en lo que se refiere a este punto, que en realidad es una continuación del apartado antecedente, resulta evidente dado que confunde dos cuestiones tratadas en el informe del perito de esta parte (Sr. Lamothe). Por un lado, el Sr. Lamothe en su informe habla del margen de intermediación que cobra el banco, y por otro, del tipo efectivo que se debería estar aplicando a las liquidaciones semestrales del "IRS" en lugar del tipo nominal que se aplica. Se trata, en suma de dos cuestiones diferentes que el Juez de Instancia erróneamente confunde, entremezcla y analiza a la vez.

De este modo:

- 1) Por un lado, se denuncia por esta parte el cobro de una "comisión implícita" al haberse vendido un tipo fijo superior al de mercado (lo que a su vez explicaría la resistencia de las entidades financieras demandadas en orden a aportar las "operaciones espejo" que dicen existentes.
- 2) Por otro lado, y con absoluta independencia de lo anterior, se denuncia por esta parte que, sea cual sea el tipo fijo que se aplique (el de mercado u otro hinchado con un sobreprecio) las liquidaciones mensuales de los "IRS" se están calculando mal, en la medida en que en vez de calcularse al tipo de interés efectivo se están calculando al tipo nominal, lo que conlleva que se esté pagando más de lo debido.

En cuanto a la comisión implícita que las entidades bancarias han aplicado a la hora de cerrar el tipo fijo contratado y, por tanto, en relación con lo expuesto en el apartado anterior, que los tipos fijos establecidos en las confirmaciones de permutas estaban por encima del precio de mercado. el perito de esta parte, Sr. Lamothe, en su informe pericial afirma que la comisión implícita que aplican las entidades bancarias supone un sobrecoste para "GHK" de 5.769.580,60 euros, y ello con independencia del margen de intermediación pactado de un 0,25 % (25 puntos básicos). En su informe, el Sr. Lamothe explica que la comisión implícita la ha estimado teniendo en cuenta los parámetros de cálculo de las entidades financieras demandadas. Asimismo, en el acto de juicio, el Sr. Lamothe en la ratificación y ampliación de su informe explicó que según sus cálculos el margen de intermediación que obtenía era de 0,80 % y 0,60% para cada una de las permutas. Según los cálculos efectuados por el Sr. Lamothe la comisión implícita aplicada

por los bancos suponía un incremento de 55 y 35 puntos básicos respecto de los 25 puntos básicos finalmente pactados.

Los peritos de la Caixa aseguraron que de la documentación aportada se ve que el margen de intermediación del 0,25 % se aplicó correctamente. Sin embargo, no se aporta ningún cálculo respecto al margen de intermediación aplicado, ni dicho margen fue calculado en su informe pericial. En definitiva, su opinión se debe tener por no puesta.

Los peritos de Banco Santander tampoco realizaron en su informe ningún cálculo sobre el margen de intermediación, sino que lo único que indicaron es que el importe calculado por el perito Sr. Lamothe suponía un margen de intermediación del 0,29 % y que dicha diferencia se debía a que es muy difícil calcular el tipo de interés de mercado en un determinado momento ya pasado, afirmación extraña cuando siempre se ha dicho, en la teoría económica, que es muy fácil explicar el pasado y difícil adivinar el futuro.

El único perito que, además del Sr. Lamothe, efectuó un cálculo sobre el tipo de mercado en el momento de la contratación, fue el Sr. Mascareñas, quien en su informe afirmó que dicho tipo ascendía a 3,729 % mientras que los tipos contratados fueron de un 4,39 % y un 4,22 %. Por consiguiente, según el informe del Sr. Mascareñas la comisión aplicada por las entidades bancarias es de un 0,66 % y 0,49 %, es decir, significativamente superior a la comisión pactada, existiendo por ello una comisión implícita en el tipo contratado, siendo, por tanto, los tipos impuestos a GHK totalmente fuera de mercado.

Sin embargo, el Sr. Mascareñas en el acto de juicio, así como el resto de peritos de las entidades demandadas afirmaron que los cálculos efectuados por el primero partes de unas premisas erróneas. Y esto es lo que SS^a ha dado por bueno: el criterio rectificado de uno de los peritos de parte (el único que hizo el cálculo del spread existente), orillando además el cálculo del Sr. Lamothe, que nadie ha podido desacreditar como mal hecho.

“Teoría del error” pergeñada por los peritos de la contraparte que no puede ser acogida, sin más, dadas las contradicciones que resultan de la misma, así como de la incorrecta posición que adopta quien sin mayor análisis la da por buena.

En este punto en el escrito de recurso se reitera que únicamente dos de los cuatro peritos realizaron un cálculo sobre el tipo de mercado existente en el momento de la contratación, que el informe pericial de la Caixa se limita a afirmar que el diferencial del 0.25 % es adecuado y el informe pericial de Banco Santander que el calculo del Sr. Lamothe supone un diferencial del 0,29 %, argumentando la dificultad de calcular el tipo de interés de mercado en un momento determinado, y se añade que ninguno del resto de perito que actuaron en juicio aseguraron tal dificultad.

Y continua, que la diferencia de cuatro puntos porcentuales en unas cantidades como las que aquí se manejan supone una significativa cantidad respecto de la comisión específicamente pactado 0,25 %, sin embargo, tampoco ese hecho causa ningún comentario crítico por parte del Juez de Instancia.

Que el Juez a quo señala en la sentencia que el Sr. Lamothe tiene que estar errado en sus cálculos porque sus cálculos se fundamentan en los del Sr. Mascareñas, aseveración que es incorrecta, habiendo explicado el Sr. Lamothe en el acto del juicio que había realizado sus propios cálculos para ampliar su exposición (vid. Grabación del juicio, V22M10 min. 6:00 a 6:25).

El resultado final del error cometido por el Juez es el siguiente: i) se desecha el informe del Sr. Mascareñas ii) se desechan los cálculos del Sr. Lamothe, que no están basados en los del Sr. Mascareñas sino en sus propios inputs pero que coinciden sustancialmente con los de este iii) nadie más ha hecho esos cálculos 4) se admite la tesis debidamente rectificadas del Sr. Mascareñas. 5) no se puede saber cuál es el margen real porque S.S^a. inadmitió como prueba la aportación por parte de las entidades financieras demandadas de las "operaciones espejo" que dicen que existen.

Por otra parte, en cuanto a las premisas erróneas de las que partes los cálculos del Sr. Mascareñas , se alega que la curva de implícitos proporcionada por las entidades bancarias demandadas a la Sra. Etxarri en el momento de la contratación se refiere a unos tipos a 19 años, sin que en ningún momento se tenga en cuenta que el nocional es escalonado, lo que evidencia la contradicción ya que las propias entidades bancarias no lo están teniendo en cuenta a la hora de enviar la curva de implícitos en el momento de la contratación y por lo tanto a la hora de contratar el tipo fijo de mercado.

Por lo que ó los cálculos del Sr. Mascareñas son correctos o los tipos cerrados en su momento por las entidades bancarias demandadas están fuera de mercado.

Y a mayor abundamiento, el propio Sr. Mascareñas en el acto de juicio, aun rectificando sus propios cálculos, afirmó que el margen de intermediación real aplicado al segundo IRS era de un 0,35 %. Es decir, diez puntos básicos más que el diferencial pactado. Tampoco este hecho lo tienen en cuenta el Juez a quo, que puede decirse que lo da como normal al no criticarlo de ninguna manera. Y es que diez puntos básicos de sobreprecio en casi 300 millones de euros es mucho dinero.

Por todo lo anterior, en ningún caso puede afirmarse que los tipos contratados eran tipos de mercado, y que no existían comisiones implícitas, porque efectuando una valoración global de la prueba sin dejar al margen todo lo examinado, no puede aceptarse sin más

“la teoría del error” ideada por las demandadas ante una evidencia tal como es la aplicación de unos márgenes de intermediación superiores a los realmente pactados.

Respecto al tipo de interés efectivo a aplicar y que efectivamente confunde la sentencia de instancia con esta cuestión de la existencia de una comisión implícita, lo que se alega y acredita por esta parte es que, tal y como se afirma en la página 66 del informe pericial del Sr. Lamothe, las entidades bancarias cobraron un exceso 82.359,94 euros en las liquidaciones practicadas hasta marzo de 2013, dado que las entidades demandadas realmente están aplicando un tipo del 4,54% en vez del 4,39 y del 4,36% en vez del 4,22 %. Y ello porque no están teniendo en cuenta que las liquidaciones de los "IRS" son de carácter semestral y, por tanto, dado que el pago se adelanta, el tipo efectivo es menor, es decir, están aplicando el tipo nominal a un año de 360 días cuando el pago se está adelantando al semestre, con lo cual el devengo de intereses, con motivo de ese pago adelantado, debería ser menor.

Dada la confusión en la que incurre la sentencia de instancia esta cuestión se queda sin resolver adoleciendo, por tanto, de una falta de motivación. El Juzgador mezcla esta cuestión con la de la "comisión implícita" cuando nada tienen que ver; aun partiendo de la base de que no haya una comisión implícita se han pagado 82.359,94 euros más (a fecha de la interposición de la demanda) como consecuencia de no descontar el efecto de pagar semestralmente cuando el tipo de interés establecido es anual. Esto es, se aplica el tipo de interés nominal y no el efectivo, como procedería.

Las demandadas no han cuestionado ni se han opuesto, en ningún momento -ni en sus contestaciones a la demanda, ni haciendo ninguna referencia a ello en el acto del juicio- a esta cuestión planteada por esta parte evidenciando, con ello, la falta de argumentos por su parte en relación con este asunto que, como hemos mencionado, supone una mala praxis por parte de las entidades bancarias.

7º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho respecto al carácter estimativo y no vinculante del calendario de disposiciones.

Se alega que los distintos documentos contractuales que conformaron la operación de financiación no deja lugar a dudas de que lo que fue objeto de cobertura fue el principal dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, y ello porque de lo que se trataba era de establecer una cobertura real equivalente al crédito dispuesto. Debiendo tenerse en cuenta que si el producto de cobertura no cumpliera dichos requisitos tendría carácter especulativo desde su origen, al establecerse una estructura rígida de nociones cuando nos encontramos ante un crédito contingente, algo que en todo caso iba en contra de la naturaleza de la cobertura que se pretendía, que no era otra que asegurar el coste financiero del crédito otorgado por el BIE y la banca comercial que finalmente fuese objeto de disposición.

En este sentido, el contrato de crédito otorgado con BANESTO, ahora, BANCO SANTANDER y LA CAIXA (vid anexo nº 82 de la demanda), en su cláusula 14.s xv) habla del otorgamiento de unos contratos de cobertura para cubrir unos porcentajes determinados del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación "BEI". Por lo tanto, la permuta financiera se refiere a eso , al principal dispuesto y no amortizado.

En las Side Letters (anexos 91 y 92 de la demanda) que se firman junto al "CMOF", se vuelve a hablar de la suscripción de contratos de cobertura para cubrir unos porcentajes determinados del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación "BEI"

Pero es que, a mayor abundamiento, la prueba irrefutable de todo ello se ve plasmada en la Side Letter suscrita con "LA CAIXA" ya que en la misma se añadía un cuadro que comprendía tres columnas: una con las fechas o hitos del crédito; otra conel "saldo vivo total a cubrir" y otra con la "cobertura a ser realizada por "LA CAIXA" en la que se consignaban las cantidades que iban a ser objeto de cobertura. Todo ello con la siguiente indicación de absoluta relevancia: "Las partes acuerdan el siguiente calendario estimativo y no vinculante en relación con el saldo vivo total a cubrir y la cobertura a ser realizada por LA CAIXA, en relación con el CMOF."

Para un más extenso análisis de esta cuestión nos remitimos expresamente a las páginas 58 a 75 y 115 a 125 del escrito de demanda.

Por consiguiente desde la literalidad de los contratos suscritos que conforman una relación comercial o contractual compleja, no es posible sostener que la permuta financiera tenga unos importes nominales absolutos que deban ser tomados como nominales para el cálculo de las liquidaciones, se disponga o no del crédito. Los nominales de las permutas son indicativos y condicionados a la efectiva disposición del crédito según el calendario, que era estimativo, y no fijo e inamovible. Esto es, en todos los contratos firmados se asume que nos encontramos ante una línea de crédito y por tanto, ante una disposición contingente del crédito, por lo que la cobertura contratada debía cumplir asimismo, con dicha condición.

Por ello y a pesar de que la sentencia de instancia considere, de forma errónea, que es irrelevante que el calendario establecido tenga un carácter estimativo o vinculante, lo cierto y verdad es que es de absoluta relevancia. El contenido de la referida Side Letter y del resto de la documentación contractual es claro en cuanto a lo que debio contratarse y nuestra interpretación viene especialmente avalada por la Side Letter y el carácter estimativo y no vinculante de su calendario de disposiciones, ya que si dicho calendario

no es vinculante, no existe, por tanto, obligación de disponer, no existiendo tampoco saldo vivo a cubrir y, por ende, no hay necesidad de cobertura.

Además, ello engarza a la perfección con lo que a continuación se dirá respecto de la cláusula 14 del Term Sheet del "BEI" y con la propia naturaleza de una línea de crédito. Y es que el riesgo real para las entidades bancarias no existe hasta que no haya una efectiva disposición. De ahí que los testigos de los bancos, todos ellos profesionales de gran cualificación, llegaran al absurdo - dicho sea respetuosamente- de sostener que desconocen la diferencia existente entre un préstamo y un crédito (vid declaraciones del juicio).

Por consiguiente, una adecuada interpretación de los swaps otorgados pasa por entender que, tal y como se señala en las Side Letter, tanto el calendario de disposición del crédito como su correlativa cobertura consignan unos números que son meramente estimativos y no fijos o inamovibles.

A mayor abundamiento, la propia Maite Etxarri declaró, en relación con la posibilidad de que el "IRS" resultase de carácter especulativo si el ritmo de disposición no se adecuaba al calendario establecido, que nadie le había avisado sobre este extremo a la hora de machear el calendario, y que si alguien hubiera levantado la mano se hubiera planteado y lo hubieran mirado. Y que ese alguien debió ser el asesor estructurador de toda la operación de financiación (la banca comercial) y/o el asesor económico financiero, PwC.

Por otro lado, de todos los documentos contractuales que precedieron al otorgamiento de los distintos documentos que conforman la compleja operación de financiación se desprende que lo que se quiere hacer es cubrir la financiación que vaya a disponerse, no aquella de la que no se vaya a disponer, en perfecta consonancia con todo lo dicho hasta el momento, incluyendo el carácter estimativo y no vinculante del calendario incluido en la Side Letter de "LA CAIXA".

Así, el Term Sheet remitido a las distintas entidades financieras en el proceso de negociación (vid. anexo nº 47 de la demanda) habla en todo caso de que el contrato de cobertura que se otorgue "abarcará el () % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipos de interés variable durante las fases de construcción y funcionamiento hasta el vencimiento final". Téngase en cuenta que lo aquí establecido está en perfecta sintonía con el Term Sheet "BEI".

Las dos ofertas remitidas por "BANESTO" y "LA CAIXA" hablan de que la cobertura se extenderá a unos determinados porcentajes "de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable" (vid. anexos nº 48 y 49 de la demanda)

Una vez realizada la adjudicación a las entidades demandadas, en la Carta Mandato (vid anexo nº 58 de la demanda) se sigue hablando de "contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará el 100 % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipos de interés variable durante la fase de construcción y el 80 % durante la fase de explotación."

En consecuencia, además del error en la valoración de la prueba cometido por la sentencia de instancia, se produce una indebida aplicación del Derecho en relación con la interpretación de los contratos, al amparo de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, ya que con independencia de la regla de interpretación que se use la conclusión que se alcanza es que el calendario fijado no tenía el carácter de vinculante y era simplemente estimativo.

8º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho respecto al término "Préstamos privilegiados pendientes retirados" Cláusula 14 del Term Sheet del "BEI".

Se alega que continuando con lo anterior, y respecto de la cláusula 14 del Term Sheet del "BEI" (vid anexo nº 34 y 35 de la demanda) y su interpretación, resulta sorprendente que la sentencia de instancia resuelva esta cuestión asegurando que no hay acuerdo sobre la interpretación de esta cláusula entre los distintos intervinientes y no realice el Juzgador su propia interpretación. Es crucial saber qué era exactamente lo que exigía el "BEI" y quedó plasmado por escrito para dilucidar si los bancos estructuradores de toda la operación financiera y el asesor económico financiero dieron estricto cumplimiento a lo establecido en la Carta Mandato y en el contrato de prestación de servicios, respectivamente.

La "falta de acuerdo" en la interpretación deriva de que las versiones dadas por los peritos y testigos son interesadas, en la medida en que tratan de dar oscuridad a una cláusula meridianamente clara, tanto en su primigenia versión inglesa como en su versión española. Y es que el "BEI" exigía que la cobertura se realizase sobre los "préstamos privilegiados pendientes retirados" o , en su versión inglesa, "outstanding senior loans drawn". Es decir, sobre el importe del crédito dispuesto, en tanto en cuanto no existe riesgo para el financiador sino hasta la efectiva disposición del crédito. Y este requisito del "BEI" es meridianamente claro de conformidad con la dicción literal de la cláusula, tanto en su versión española como inglesa. Es más, ningún perito o testigo de las demandadas ha podido realizar una interpretación razonable y lógica de dicha cláusula que arrumbe la que hace esta parte en consonancia con el "BEI"

Los peritos de "LA CAIXA" en el acto de juicio y revisando la cláusula en inglés aseguraron que en dicha cláusula se decía "préstamos pendientes girados" (vid. CD de

grabación de juicio oral V24M12 min 36:00 a 36:22), es decir, tradujeron la cláusula de forma prácticamente idéntica a la versión española del Term Sheet y sustancialmente distinta a la traducción ingenjada por las demandadas en el trámite de conclusiones.

Los peritos de "BANCO SANTANDER", en concreto el Sr. Fernández, a preguntas de este letrado sobre qué significaba la mencionada cláusula, respondió que el que había escrito eso "había metido el remo" (vid. CD de grabación del juicio V26M14 min. 07:40 a 08:00) Es decir, los propios peritos de "BANCO SANTANDER" están admitiendo la interpretación que realiza esta parte, escudándose en un supuesto error que se había cometido en el contrato.

Efectivamente, tal y como se afirma en la sentencia de instancia, ninguno de los testigos y peritos pudo dar una interpretación razonable de la cláusula 14 del Term Sheet del BEI alternativa a la de esta parte, que por otro lado, es la que se deduce de una interpretación literal de misma sin necesidad de realizar mayores esfuerzos de lógica Y lo que sorprende de la sentencia recurrida es que siendo una cuestión que resultó tan debatida y respecto de la cual, insistimos, nadie pudo dar un argumento de oposición mínimamente coherente, se haya resuelto, la controversia sin realizar ningún esfuerzo interpretativo respecto al significado de dicha cláusula y su influencia en el producto contratado, declarando simplemente que el significado de dicha cláusula es irrelevante porque el producto de cobertura que se requeriría de acuerdo con dicha cláusula es imposible.

9º.- Error en la valoración de la prueba en relación con el desequilibrio de las coberturas o asimetría estructural.

Se alega que la sentencia de instancia comete otro error en la valoración de la prueba, ya que con base en lo que afirman los peritos de la contraparte (que, evidentemente en número son más) concluye que el punto fundamental en cuanto a las coberturas y su posible desconexión con la financiación y al funcionamiento de las mismas es que el proyecto no se ha llevado a cabo.

Sin embargo, tal y como manifiesta en su informe pericial el Sr. Lamothe (vid. anexo nº 122 de la demanda) y con independencia de que se haya realizado el proyecto o no, lo cierto y verdad es que las operaciones estaban totalmente desequilibradas a favor de los bancos desde la misma fecha de su firma, ya que los "IRS" fueron comercializados en un entorno económico de bajo crecimiento y políticas monetarias fuertemente expansivas que dan como resultado tipos de interés muy bajos por mucho tiempo.

En este sentido, el tipo fijo determinado en los contratos estaba por encima de los tipos a plazo previstos por el mercado para la mayoría de los períodos. Previsiones de las que eran perfectamente conscientes las entidades bancarias demandadas por mucho que

afirmen que no se puede hacer una previsión de cómo van a evolucionar los tipos de interés.

Por ello, tal y como afirman en su informe el Sr. Lamothe, y según consta en el Boletín de "LA CAIXA" al que se refiere en su informe, la operación estaba desequilibrada desde un inicio en tanto en cuanto se fijaron unos tipos del 4,39% y del 4,22 % cuando los tipos forward o implícitos hasta el 2015 estaban por debajo de los tipos contratados e, incluso, hasta finales del 2012, inferiores al 2,5% por lo que las liquidaciones a pagar por "GHK" en dicho periodo eran previsiblemente muy significativas. Además, a partir del 2015 y precisamente por esa previsión de subida moderada de los tipos a largo plazo, y cuando son las entidades bancarias las que abonan las liquidaciones el tipo forward o implícito se situaría alrededor de un 4,8 % por lo que, al no ser tan abultada la diferencia, las liquidaciones a pagar por los bancos no serían de tanta magnitud como las abonadas por parte de "GHK". Todo ello por no decir que - dado que hablamos ya con cierta perspectiva temporal - las previsiones no se han cumplido y sigue siendo "GHK" la que abona importantísimas liquidaciones mensuales.

De esta forma, concluye el Sr. Lamothe que "los bancos no actuaron en el mejor interés del cliente, sino muy al contrario, recomendaron una estructura como cobertura diseñada para un contexto alcista de tipos de interés cuando precisamente la tendencia del mercado era la opuesta, tipos estables a medio y largo plazo".

Asimetría estructural que se hubiera dado en cualquier caso, es decir, habiéndose realizado el proyecto o no, por lo que a estos efectos resulta irrelevante.

Asimismo, debemos mencionar que a pesar de contar con el asesoramiento de "PWC" esta no realizó ningún tipo de advertencia respecto que el tipo contratado era alto en relación con las previsiones de evolución del tipo de interés, de tal forma que GHK tendría que abonar importantes liquidaciones, sobre todo, hasta finales de 2012 mientras que las liquidaciones a abonar por las entidades bancarias no serían de gran significado teniendo en cuenta la tendencia a largo plazo de una subida moderada de los tipos.

10.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho respecto de la Carta Mandato.

Se alega que tal y como afirmó el empleado de "LA CAIXA" (Sr. Jaime Fariñas) la Carta Mandato es una "orden que se da a los bancos para que estructuren la financiación en estas condiciones y no en otras". Pues bien, en ningún caso los bancos demandados han estructurado un producto de cobertura de conformidad con lo establecido en la Carta Mandato que, asimismo, recogía todas y cada una de las exigencias requeridas por el "BEI".

Así, la Carta Mandato (vid. anexo nº 58 de la demanda) en relación con la cobertura del tipo de interés (cláusula 13) estableció que:

"La Acreditada deberá contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará el 100 % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable durante la fase de construcción y el 80% durante la fase de explotación hasta el plazo que resulte de la aplicación del Cash Sweep bajo el Caso Base".

Todo ello se encuentra en perfecta consonancia con la exigencia contenida en la cláusula 14 del Term Sheet del "BEI", en donde se determina que la cobertura del tipo de interés debe hacerse sobre los "préstamos privilegiados pendientes retirados". Es decir, a fin de que el producto contratado fuera una auténtica cobertura, lo exigido por el "BEI" y lo que se encargó a los bancos "en esas condiciones y no en otras" fue estructurar un instrumento en donde se "coberturase" el principal dispuesto y no amortizado.

Vuelve a insistir la sentencia de Instancia, sin entrar al fondo de la cuestión, en que la interpretación de esta cláusula en relación con la expresión contenida en la cláusula 14 del Term Sheet ha sido muy discutida y que no ha habido acuerdo al respecto. Sin embargo, ante dicha falta de acuerdo, esta parte entiende que debe ser el Juzgador quien dote de algún significado a esa estipulación.

Lo cierto y verdad es que tanto desde el punto de vista de la interpretación literal de los contratos como desde una interpretación sistemática la única conclusión a la que se llega es que lo que se "mandato" a las entidades bancarias, de conformidad con lo requerido por el BEI fue realizar una cobertura del tipo de interés sobre el capital efectivamente dispuesto y no amortizado.

La sentencia de Instancia pasa por alto la responsabilidad que las entidades financieras tienen como consecuencia de la flagrante vulneración de las obligaciones encomendadas por el mandante en la Carta Mandato, de modo tal que se puede concluir que:

1)"BANCO SANTANDER" Y "LA CAIXA" incumplen si no conceden al mandante un producto de cobertura para cubrir los "préstamos pendientes", si ese producto es posible de estructurar desde un punto de vista jurídico (y no de "usos financieros") como efectivamente lo es.

2) Incumplen de igual manera si esta cobertura es de imposible suministro, no solo por aceptar ese mandato sino por llevar a efecto otra cosa sin avisar a su mandante. Repárese en el contenido de los artículos 1714,1715,1718,1719,1726 del Código Civil, así como en los art. 252,256,258 del Código de Comercio.

La acción de resolución del contrato de mandato que ejercitó esta parte en la demanda (apartado A.4 del súplico) y la consiguiente indemnización solicitada (bien vía resolución, art. 1124 CC, bien vía resarcimiento ex. art. 1101CC) solamente ha obtenido una

respuesta que podemos calificar de formal en la sentencia recurrida, dado que no se entra por parte de S.S^a a dilucidar las cuestiones aquí denunciadas, centrando toda la cuestión en la acción de nulidad y concluyendo que dado que no había producto de cobertura que diese satisfacción a lo que el "BEI" requería no existe responsabilidad alguna de los bancos, no correspondiéndose ninguna de tales afirmaciones con el acervo probatorio obrante en autos ni siendo jurídicamente correctas.

11º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho en relación con el conflicto de interés que concurre en la actuación de las demandadas.

Se alega que a pesar de que la sentencia de instancia únicamente se centra en analizar el conflicto de interés entre las entidades demandadas y "PWC", lo cierto y verdad es que existe un clarísimo conflicto de interés en la forma de actuar de los bancos demandados en la medida en que agruparon en sí mismos la condición de originadores, estructuradores, asesores, comercializadores, agentes de cálculo y contrapartidas directas de los derivados. Dicho conflicto de interés debió advertirse a "GHK" en los términos recogidos en el artículo 70 quáter de la Ley del Mercado de Valores y en los artículos 44 a 47 del R.D. 217/2008.

Dicho conflicto no fue comunicado ni verbalmente ni por escrito y ya de entrada se adjudicaron a GHK unos derivados que tenían unos minusvalías latentes de 5.7769.580,60 euros, extremo que nunca fue explicado a GHK.

Asimismo, nos remitimos a las páginas 16 a 18 y 92 a 99 del informe pericial del Sr. Lamothe.

A la vista de la evolución de los hechos, que "PWC" se vio en un evidente y palpable conflicto de interés, pues no en vano actuó como asesor económico financiero de "GHK" en todo el proceso de obtención y firma de la financiación, a la par que hizo las veces de asesora de los bancos en algunos de los estudios de dicho proceso, por ejemplo, a la hora de auditar el Modelo Económico Financiero que había realizado "BANESTO" (hoy "BANCO SANTANDER"). Y que llama la atención como la consultora preveía desde un principio que en el project finance intervendría un asesor económico financiero por parte de los bancos. Sin embargo, y pese a que "BANESTO" y "LA CAIXA" sí exigieron, por ejemplo, la concurrencia de unos asesores legales que actuaran en su beneficio ("CUATRECASAS") no hicieron lo propio con el asesor económico financiero, que fue uno y único a lo largo de todo el proceso para todas las partes.

En definitiva, de la prueba practicada en este procedimiento ha quedado acreditado que "PwC" trabajó para las dos partes de los contratos financieros, para la acreditada y para las acreditantes.

12º.- Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho en relación con la responsabilidad de "PwC" en la contratación de los "IRS".

Se alega que el Juez de instancia incide a lo largo de toda la sentencia recurrida en el hecho de que "GHK" contaba en todo momento con asesores de prestigio como "PwC" y "Garrigues", de tal forma que entiende que debido al asesoramiento recibido, en este caso, por parte de "PwC" y "GHK" era consciente de todo lo acontecido y cualquier desconocimiento por su parte era suplido por el asesoramiento recibido por parte de "PwC". Esa es una constante de la resolución discutida.

Pues bien, dicha afirmación hay que llevarla hasta las últimas consecuencias, es decir, si "GHK" contaba con un asesor económico -financiero, habrá que depurar su responsabilidad en todo lo acontecido, ya que "PwC" no desarrolló las obligaciones contenidas en el contrato de asesoramiento firmado con "GHK" con la diligencia debida o de la forma adecuada, según los términos y condiciones acordadas, tal y como lo demuestra la realidad actual en la que se encuentra la sociedad pública.

El comportamiento de "PwC" fue el de la pasividad absoluta y negligente respecto a la labor de asesoramiento a la que se comprometió, en tanto en cuanto:

- No advirtió en ningún momento a "GHK" del elevadísimo coste que tendría que asumir en caso de cancelar los "IRS" de manera anticipada. Nada se dijo, ni se previó ni se calculó por parte de "PwC" a este respecto cuando debería haberse realizado, en debido cumplimiento del deber de asesoramiento que le incumbía en la negociación de los contratos de permuta financiera.

El propio testigo empleado de "PwC" (Sr. Guillermo del Barrio) manifestó claramente que no efectuaron ningún cálculo sobre el coste de cancelación anticipada del derivado (vid CD de grabación del juicio V15Ms min 17,38) lo que dicho sea de paso, difícilmente podrían hacer al no haber ningún método ni fórmula de cálculo contractualmente establecida.

- No informó en absoluto a mi representada respecto al diseño de la operación, si nos atenemos a la interpretación que realizan las entidades financieras respecto a los contratos de "IRS" suscritos en relación a que las liquidaciones se deben efectuar tomando como base el nominal total de la financiación y no el crédito dispuesto y pendiente de amortizar. Es más, si el "BEI" según la interpretación de las demandadas, está exigiendo algo imposible, no advirtió "PwC" a mi mandante de que la exigencia del "BEI" no era factible y que, por tanto, ello no podría mandatarse a las entidades bancarias.

No informó a "GHK" de otras posibles alternativas de cobertura existentes, tal y como reconoció el empleado de "PwC" D. Guillermo del Barrio, en el acto del juicio porque,

según aseguró, no formaba parte de su asesoramiento analizar otras posibles alternativas, lo que resulta de todo punto sorprendente.

Resulta obvio, de la documentación que consta en autos, que existían numerosas circunstancias y/o riesgos que podían hacer viable el desarrollo y consecución del proyecto (como finalmente ha ocurrido) por lo que resulta, asimismo, evidente que "PwC" debería haber advertido a mi mandante de que en el caso de que el proyecto no se llegase a realizar, asumiría como consecuencia de los derivados financieros que se iban a suscribir un coste de 58.062.916,40 euros si es que damos por bueno ese coste de cancelación a los meros efectos dialécticos.

La omisión de dicha advertencia por parte de "PwC" supone una falta de diligencia capital en el asesoramiento prestado en tanto en cuanto, tal y como se estipuló, se deberían haber puesto en conocimiento de "GHK" todos los riesgos inherentes a la operación de financiación.

Y es que téngase en cuenta que la testifical del Sr. Guillermo del Barrio fue tan clarificadora en relación con la responsabilidad de "PwC" que dicho señor manifestó que no se había explicado nada en relación con el coste de cancelación, así como sobre la posibilidad de contratar otras coberturas de tipos de interés, o sobre las consecuencias de no realización del proyecto teniendo en cuenta la estructura que se estaba diseñando. Hasta el punto que la propia representación procesal de "PwC" renunció a la práctica de la testifical de otro empleado de "PwC" (Sr. Patricio de Antonio Lorenzo).

Tampoco se informó por parte de la consultora de que los tipos contratados estaban fuera de mercado ya que

1.- Se estaban colocando por parte de los bancos unas comisiones implícitas del 66 y 44 puntos básicos si atendemos a los cálculos del Sr. Mascareñas (35 si aceptamos su corrección) o bien de 60 y 80 puntos básicos si tomamos en consideración los cálculos efectuados por el Sr. Lamothe por lo que la permuta finalmente suscrita no suponía un "coste cero" desde un inicio, sino que existía una minusvalía a ser asumida por "GHK" a favor de las entidades bancarias muy por encima de los 25 puntos básicos pactados.

2.- Se estaban estableciendo unos tipos del 4,39% y del 4,22 % cuando los tipos forward eran inferiores al 2,5 % por lo que las coberturas estaban totalmente desequilibradas a favor de los bancos.

3.- El tipo se calculó sin atender al carácter escalonado del nocional en el plazo de 19 años, es decir, no se tuvo en cuenta que en primeros años del "IRS" el nocional era ascendente mientras que posteriormente decrece, por lo que debería haberse establecido un tipo promedio teniendo en cuenta que el nocional tenía dicho carácter escalonado.

Finalmente, la sentencia de instancia afirma que "GHK" actúa frente a "PWC" en contra de sus propios actos, ya que existe una certificación firmada por D^a Maite Etxarri, de fecha 18 de octubre de 2012, en donde se declara la prestación satisfactoria de los trabajos realizados por parte de "PWC". Sin embargo, la sentencia recurrida no tiene en cuenta que dicho certificado no tiene ningún efecto jurídico en tanto en cuanto fue firmado por una persona carente de poderes de representación en "GHK" y en un momento en el que todavía no había cristalizado el problema que existe ahora, pues ahora el nocional sobre el que se aplican los "IRS" es mayor que el crédito dispuesto y no amortizado. Además, no podemos olvidar que el certificado lo firmó D^a Maite Etxarri, persona que salió de "GHK" por discrepancias con la nueva dirección en relación con la contratación que nos ocupa y quien defiende las tesis de la entidad demandada, firmando dicho documento sin ponerlo en conocimiento de la dirección y sin la autorización de la persona a la que reportaba directamente, como bien explicó el Sr. Lete en el acto del juicio (véase su declaración).

SEGUNDO.- OPOSICIÓN AL RECURSO E IMPUGNACIONES:

1.-La representación procesal de **“PricewaterhouseCoopers Corporate Finance S.L.”** formula **oposición al recurso de apelación**, manteniendo la corrección de la resolución recurrida, no existiendo error en la valoración de la prueba ni en juicio valorativo de los hechos ni error en la aplicación del Derecho, exponiendo en el desarrollo argumental del escrito de oposición las razones por las que así lo entiende, y que en aras a la brevedad, damos por reproducidas. Y solicita se dicte Sentencia que desestime íntegramente el recurso de apelación con imposición de costas.

2.-La representación procesal de **“Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona”** formula oposición al recurso de apelación, manteniendo asimismo la corrección de la resolución recurrida, no existiendo error en la valoración de la prueba ni en juicio valorativo de los hechos ni error en la aplicación del Derecho, exponiendo en el desarrollo argumental del escrito de oposición las razones por las que así lo entiende, y que en aras a la brevedad asimismo damos por reproducidas, e **impugna el pronunciamiento sobre la fijación de la cuantía del procedimiento en indeterminada** en Auto de complemento de Sentencia dictado el 9-2-2015 por error en su determinación con infracción de los arts. 251, 252, 253 y 255 LEC.

Se alega, en síntesis:

.-atendiendo a que el Juez “a quo” justifica que la cuantía debe ser indeterminada porque pretendidamente Caixabank y Banco Santander no han acertado en el cálculo de la cuantía del proceso, resulta que viene a reconocer que la cuantía del procedimiento podía determinarse perfectamente, por lo que carece de sentido se insista en fijarla en indeterminada, más aún cuando el art. 253.2 LEC permite se fije en forma relativa cuando no pueda ser expresada con claridad y precisión.

.-el pretendido error en la determinación de la cuantía por los codemandados, no significa no pudiera determinarse, puesto que el propio Juzgado indica que el importe podía determinarse en el importe de las prestaciones recíprocas de las partes. Y que éstas no son otras atendiendo a la petición principal de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés que el importe de las liquidaciones abonadas por GKH (4.252.850,60 euros), no habiendo mediado pago alguna por las entidades bancarias a GHK, y que sobre dicho no ha existido controversia, por lo que no existe error en la determinación de la cuantía por las codemandadas sino del Juzgador. Y que en todo caso, la cuantía del pleito debería haberse fijado, cuando menos, en 600.001 euros, para permitir el acceso al recurso de casación por la vía del art. 477.2.2º LEC, habida cuenta que el interés económico del pleito es, evidentemente en cualquier caso, superior a dicha cantidad.

.- el reproche del Juzgado a la indicación del concreto apartado de los arts. 251 y 252 LEC conforme a los cuales hubiera debido determinarse la cuantía del procedimiento no es óbice para fijarla como determinada, cuando de la aplicación de tales artículos (art. 251.8ª LEC, relativa a la eficacia de títulos obligaciones, art. 252.1ª LEC, relativa a la acumulación de acciones), resulta la posibilidad de calcular su importe, aún cuando sea de forma relativa. De nuevo se trata de una cuestión que podía y debió solventarse en la audiencia previa y no en complemento de sentencia que obliga a esta parte a interponer la presente impugnación.

.-procede fijar la cuantía del procedimiento en la referida cantidad de 4.252.850,60 euros o, cuando menos, en la cantidad de 600.001 euros.

Y termina solicitando se dicte resolución por la que:

Desestime el recurso de apelación interpuesto por Gipuzkoako Homdakinen Kudeaketa S.A. , con expresa imposición de costas a la parte apelante; y

Estime la impugnación de la Sentencia y, en su virtud, revoque parcialmente la Sentencia de primera instancia, y declare que la cuantía del procedimiento no es indeterminada, y que debe fijarse en los términos referidos en el presente escrito.

3.-La representación procesal de “**Banco Santander S.A.**” (por sucesión de Banesto) formula **oposición al recurso de apelación**, manteniendo asimismo la corrección de la resolución recurrida, no existiendo error en la valoración de la prueba ni en juicio valorativo de los hechos ni error en la aplicación del Derecho, exponiendo en el desarrollo argumental del escrito de oposición las razones por las que así lo entiende, y que en aras a la brevedad asimismo damos por reproducidas, e **impugna el pronunciamiento sobre la fijación de la cuantía del procedimiento en indeterminada** en Auto de complemento de Sentencia dictado el 9-2-2015 por incorrecta determinación de la cuantía con infracción de los arts. 251, 252,253 y 255 LEC. Siendo que los argumentos que se esgrimen como fundamento de la impugnación vienen a ser

prácticamente si no íntegramente idénticos a los hechos valer por CaixaBank, para no incurrir en repeticiones innecesarias, se dan por reproducidas.

Y termina solicitando se dicte resolución por la que:

Desestime el recurso de apelación interpuesto por Gipuzkoako Homdakinen Kudeaketa S.A. , con expresa imposición de costas a la parte apelante; y

Estime la impugnación de la Sentencia y, en su virtud, revoque parcialmente la Sentencia de primera instancia, y declare que la cuantía del procedimiento no es indeterminada, y que debe fijarse en los términos referidos en el presente escrito.

4.-La representación procesal de “Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa S.A.U.” formula oposición a la impugnación de Sentencia formulada por “Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona” y “Banco Santander S.A.”, sobre la base, en síntesis, de los siguientes:

1º.- Inadmisibilidad de la impugnación de la Sentencia apelada, porque no contiene ningún pronunciamiento desfavorable para los apelados y por la necesaria relación entre el recurso de apelación y la impugnación de la sentencia, no siendo posible vía impugnación atacar aspectos que no son objeto de la apelación.

2º.-De forma subsidiaria, la cuantía del procedimiento debe ser indeterminada, dado que ni en el momento de presentación de la demanda, ni siquiera ahora, es posible determinar el concreto alcance económico de las peticiones contenidas en la misma, porque las permutas financieras contratadas devengan liquidaciones cuyo importe no se puede fijar a priori dependiendo su cálculo de parámetros variables que no se pueden fijar sino hasta la concreta fecha de devengo de cada liquidación, y que por ello de conformidad con el art. 253.3 LEC en la demanda se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada. En la demanda no se está solicitando el abono de una concreta cantidad pagada por GHK sino la devolución recíproca de las prestaciones. No puede obviarse que la permuta financiera contratada parte de un nocional variable, lo que agudiza el carácter indeterminado de la cuantía del procedimiento. Refrenda la posición de la parte apelante-impugnada con la cuantía del procedimiento, que ambas impugnantes en numerosos procedimientos sobre nulidad permutas financieras han aceptado que la cuantía del procedimiento fuese indeterminada al no poderse determinar de antemano el interés económico del pleito.

Y solicita el dictado de Sentencia por la que acuerde:

Inadmitir la impugnación de la Sentencia apelada.

Subsidiariamente desestimar íntegramente los motivos de impugnación de la Sentencia apelada.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrida impugnante.

TERCERO.- ANTECEDENTES FACTICOS:

En el presente fundamento se va a enunciar los hitos fácticos derivados de la prueba documental:

1º.- La Diputación Foral de Gipuzkoa aprobó el Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa 2002-2016 (PIGRUG).

Dentro del ámbito del citado Plan Integral , el Consejo de Diputados de la Diputación Foral aprueba el "Convenio de Colaboracion entre la Diputación Foral de Guipuzcoa y las mancomunidades de Debagoiena, Debabarrena, San Marcos, Sasieta, Urola-erdia, Urola-Costa y Tolosaldea para la constitución del Consorcio de Residuos" y los estatutos del Consorcio, siendo su objeto la construcción y explotación de las infraestructuras previstas en el PIGRUG 2012-2016.

Para llevar a cabo dicho objeto el Consorcio constituye en mayo de 2008 la sociedad GHK, siendo el Consorcio su único socio, con un capital social de 1.000.000 de euros.

En virtud del "Convenio Marco entre el Consorcio de Residuos de Guipuzkoa y GHK A.A. para la definición de la encomienda de gestión en alta de los residuos de Guipuzcoa" aprobado por la Asamblea del Consorcio el 3-6-2010, se atribuye a GHK, como servicio técnico y medio propio especializado, la realización de las actividades necesarias para la financiación, creación y explotación de las infraestructuras previstas en el PIGRUG 2012-2016.

2º.- En diciembre de 2008 los servicios técnicos de GHK elaboran el documento denominado "Hacia una gestión sostenible de los residuos urbanos en Gipuzkoa", documento que contiene, entre otros aspectos, un estudio económico financiero del proyecto que se pretendía financiar, consistente en la previsión de residuos que iban a generarse y las necesidades de financiación para materializar las infraestructuras que se cifran en un importe de 385.193.153 euros, de los cuales más del 83 % se corresponden con el importe imputable al Centro de Gestion de Residuos de Gipuzkoa (doc. nº 10 de la demanda, folio 299).

3º.- GHK sobre la base de dicho documento mantuvo conversaciones con el Banco Europeo de Inversiones (en adelante BEI) con el objeto de obtener financiación de dicho banco público, remitiéndose por dicha entidad el documento denominado "Nota sobre principios para la financiación a GHK y su reflejo en la documentación" (doc. nº 30 de la demanda, folio 528)

En el mismo se recoge, entre otros extremos, "el BEI estaría en disposición de financiar el proyecto en el entendido de que, in fine, los financiadores sólo asumimos el riesgo de que en Gipuzkoa se dejará de generar residuos susceptibles de tratamiento en las instalaciones

financiadas. Los demás riesgos, cualquiera que sea su naturaleza, incluido el riesgo “político” de que un municipio o mancomunidad en cualquier momento durante la vida de la financiación no toma los acuerdos necesario o no realice las acciones pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los documentos del proyecto o la financiación, o que a lo largo del tiempo se modifiquen o incrementen los mandatos o encomiendas a GHK no serán asumidos por los financiadores y por tanto deben ser asumidos por los promotores o por terceros en el entendido obviamente de que quien asuma cada uno de eso riesgos tenga realmente la competencia legal y/o la capacidad financiera suficiente para asumir o, en su caso, cubrir ese riesgo”.

En fecha 18-1-09 el BEI emite un documento denominado “Questionnaire GHK” (doc. nº 31 de la demanda en inglés y del que no se aporta traducción.)

4º.- En sesión de 22-1-2009 el Consejo de Administración de GHK acuerda la aprobación del expediente de contratación para la adjudicación de la asesoría económico financiera para la financiación (doc. nº 11 de la demanda, folio 320), con arreglo al Pliego de Prescripciones Técnicas aportado como doc. nº 13 de la demanda y obrante al folio 334, que también se aprueba.

En sesión de 26-2-2009 el Consejo de Administración de GHK acuerda la adjudicación provisional del contrato de servicio de asesoramiento económico-financiero de GHK a la oferta presentada por PwC (doc. nº 16 de la demanda, folio 405).

En fecha 1-4-09 se formaliza entre GHK y PwC, actuando en su nombre y representación D. Patricio de Antonio Lorenzo, el contrato de servicios (doc. nº 17 de la demanda, folio 408) con arreglo en lo que hace al objeto del pleito, a las siguientes cláusulas:

1ª D. Patricio de Antonio Lorenzo, se compromete a la ejecución del contrato de asesoramiento económico-financiero en la financiación de las infraestructuras de G.H.K., con estricta sujeción a lo siguiente:

. Al pliego de prescripciones o de especificaciones técnicas y al pliego de cláusulas económico administrativas, los cuales se consideran documentos contractuales, plenamente aceptados por la contratista, de lo que se deja constancia firmando su conformidad en cada uno de ellos.

. A las especificaciones contenidas en la proposición del contratista.

. Al documento de compromiso de adscripción del equipo técnico, con mención expresa de la dedicación del mismo al contrato.

El objeto del contrato, lo constituye el asesoramiento económico financiero de G.H.K. y del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, que incluye la prestación de servicios de consultoría y asistencia técnica que impliquen el apoyo económico financiero a G.H.K. y al Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, en la definición de modelos de relación jurídica y

económica entre las diferentes entidades participantes en la competencia de gestión de residuos de Gipuzkoa, en la definición de una adecuada estructura de financiación, que permita cubrir las necesidades de inversión asociadas a las nuevas infraestructuras definidas en el proyecto de referencia, tanto desde la perspectiva de fondos a aportar por las Administraciones Públicas, como desde la potencial participación de entidades financieras, así como la articulación jurídica y económico financiera del proyecto de obtención de financiación para el proyecto. La definición del objeto del contrato se concreta en el pliego de prescripciones técnicas.

A dicho contrato se anexionan el pliego de cláusulas económico administrativas, pliego de prescripciones técnicas, documento de adscripción del equipo y dedicación y oferta técnica, todos ellos firmados por PwC.

En sesión de 23-4-2009 el Consejo de Administración de GHK acuerda la adjudicación definitiva del servicio de asesoramiento económico-financiero a PwC (doc nº 18 de la demanda, folio 447).

En sesión de 16-7-2010 el Consejo de Administración de GHK acuerda la modificación de la duración del contrato vinculándolo al cierre de la operación de financiación (doc. nº 19 de la demanda, folio 449).

El importe abonado a PwC por los servicios prestados ascendió a 236.990 euros IVA incluido (doc. nº 21 de la demanda, folio 456).

5º.- En mayo de 2009 PwC elabora el libro de hipótesis del modelo financiero del proyecto (doc. nº 28 de la demanda, folio 508).

Fechado a 28-5-09 realiza el “Informe de Identificación, asignación y mitigación de riesgos” (doc. nº 29 de la demanda, folio 514), entre los que se contemplaba el riesgo socio-político, el análisis de su impacto potencial, entre otros, no desarrollo del proyecto, su asignación al Consorcio de Gestión de Residuos de Gipuzkoa, mecanismos de mitigación/transferencia, y comentarios/factores a tener en cuenta y sugerencias de cara a la Estructuración.

Se recoge en la carátula que se trata de un borrador sujeto a cambios y Garrigues deberá incorporar las consideraciones oportunas.

6º.- El primer borrador del Term Sheet u “Oferta Indicativa de Financiación” remitido por GHK al BEI data del 29-5-2009 (doc. nº 33 de la demanda), y el último extendido por el BEI a GHK del 8-6-2010 (doc. nº 34 en inglés y traducción no oficial doc. nº 35 de la demanda).

En el primero de los citados documentos se recoge como términos y condiciones de la oferta, en lo que hace al caso:

17. Pago de intereses.

Los intereses se devengarán día a día, calculándose en base a un año de 360 días, y serán pagaderos coincidiendo con el vencimiento de cada Período de interés.

20. Amortización Anticipada.

La Acreditada destinará a la amortización anticipada del Crédito anualmente el cien por ciento del Flujo de Caja Excedentario.

25. Comisión de Disponibilidad

El (...) % anual sobre saldos no dispuestos con respecto al calendario de disposiciones previsto, durante la vigencia del Período de Disposición, calculados sobre una base de 360 días, liquidable en las mismas fechas de Pago de intereses.

40. Operaciones Cobertura Tipos de Interés.

La Acreditada se obligará a:

Contratar con el prestamista operaciones de cobertura de tipos de interés (“Operaciones de Cobertura”) con el fin de dar cobertura de al menos el () % de la exposición a los riesgos de tipos de interés y durante al menos () % del plazo de financiación.

Será condición precedente para la contratación de dicha cobertura que se hayan cumplido las condiciones precedentes para la primera disposición del Crédito. La cobertura se contratara por un tipo máximo igual al considerado en el Caso Base. Si llegada la fecha de contratación de la cobertura el tipo de mercado estuviera por encima del considerado en el Caso Base, éste se recalculará, estableciéndolo si fuera necesario una nueva relación de fondos propios /deuda senior.

...

...

f) Cross default: En caso de declaración de vencimiento anticipado del Contrato de Crédito, deberán resolverse los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés y las operaciones de cobertura contratadas a su amparo.

...

g) (I) Si se produjera alguna amortización anticipada total del Contrato de Crédito la Acreditada se obliga a cancelar las operaciones de cobertura al tiempo o a una vez que se produzca la referida amortización anticipada. (ii) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Crédito, se produjera alguna amortización

anticipada parcial del mismo, la Acreditada se obliga, si así lo requiere el proveedor del derivado, a modificar términos de las Operaciones de Cobertura realizadas en todo aquellos que resultara necesario, en particular, reduciendo su importe nominal de forma proporcional a la amortización realizada, de tal manera que se mantenga en todo momento la equivalencia financiera para ambas partes. Los posibles costes que se deriven de una cancelación o amortización anticipada parcial de dichas Operaciones de Cobertura, serán por cuenta de la Acreditada.

7º.- Por carta de 13-7-09 dirigida a la Sra. Maite Etxarri como gerente del área financiera de GHK el BEI comunica la aprobación de la presentación de la operación, con indicación de las condiciones principales del contrato de financiación, siendo el importe de 195 millones de euros, interés fijo o variable o convertible a fijo, y solicitando se envíe la solicitud formal del préstamo antes del 17-7-09 (doc. nº 36 de la demanda), GHK por carta de fecha 17-7-09 y enviado el 22-7-09 confirma en que el interés en el BEI apruebe una línea de financiación a favor del proyecto según las características indicadas en la precitada carta (doc. nº 37 de la demanda) y el BEI por carta de 22-9-2009 comunica haber aprobado la operación siendo el resto de su contenido idéntico al de la carta de 13-7-09, inclusive la precisión de que la comunicación no supone compromiso jurídico alguno respecto a la concesión del préstamo sino que se expide para que puedan iniciarse las gestiones necesarias para la formalización del préstamo (doc. nº 38 de la demanda).

8º.- En sesión de 3-6-2010 el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, tras informarse de las condiciones de financiación con el BEI que figuran en el Term Sheet (se indica que figura en inglés porque es un documento original y por la necesaria precisión de los términos técnicos que en él se incluyen), se aprueba la propuesta de Term Sheet con el anexo en el que se contienen las obligaciones del Consorcio y de la Diputación Foral ó Comfort letter (doc. nº 39 de la demanda).

En dicha Asamblea la Sra. Maite Etxarri al detallar las condiciones de la operación, indica que está pendiente la decisión de si se establecerá un tipo fijo o variable referenciado al Euribor, y que a su juicio es recomendable contratar un derivado que consiga que el tipo sea fijo.

9º.- Por carta de 18-6-2010 dirigida a la Sra. Maite Etxarri , como gerente del área financiera de GHK , el BEI haciendo referencia a la carta de 23-9-09 sobre la aprobación de la operación y que el Term Sheet y el Anexo de Compromisos han sido elaborados de común acuerdo por ambas partes y tienen por finalidad servir de base para la redacción de los documentos de la financiación, indica que la comunicación se facilita a los solos efectos de que GHK pueda iniciar las gestiones necesarias para formalizar la financiación y que no supone compromiso respecto a la concesión de la financiación para el Proyecto. Añadiendo que la decisión del BEI acerca de la concesión de la financiación se encuentra

sujeta al resultado satisfactorio de la due diligence financiera, técnica y legal, a la aprobación final de nuestros órganos de gobierno y al cuerpo definitivo sobre los términos y condiciones de los documentos de financiación (doc. nº 42 de la demanda).

10º.- Con fecha 3-6-2010 GHK envía a diversas entidades bancarias comerciales carta de invitación (doc. nº 43 de la demanda) para participar en la financiación del proyecto proponiendo la fecha 30-6-2010 para la presentación de una oferta indicativa, adjuntando carta de confidencialidad (doc. nº 44 de la demanda) a suscribir con la carta de invitación de tener interés en participar en la operación, como paso previo a la entrega del Memorando del Proyecto (doc. nº 45 de la demanda).

En el Memorando del Proyecto, elaborado por PwC, denominado en el documento como “Infomemo”, apartado introducción, se indica que se ha elaborado con el objetivo de facilitar toda la información necesaria para la evaluación preliminar del proyecto por parte de las entidades financieras, de manera que les permita analizar la solvencia del mismo y puedan confirmar su voluntad de participar en él, mediante la presentación de una oferta indicativa de términos y condiciones para la financiación a largo plazo de las infraestructuras a desarrollar por GHK, en base a las características del Proyecto expuestas a lo largo del documento.

En dicho memorándum se recoge en lo que hace al caso que:

.-en el apartado 2.4 “Estructura de financiación del proyecto” que la inversión total estimada para la ejecución de las nuevas estructuras, periodificadas en el tiempo conforme al cronograma de inversiones de GHK, que estima un periodo de construcción de cinco años (2010-2014) contiene un calendario de disposiciones para el desembolso de la financiación bancaria a largo plazo, disposiciones los años 2010 a 2014.

Y para la estructuración de la deuda a largo plazo (deuda BEI y deuda bancaria) se está considerando una financiación estructurada, mediante la articulación de un esquema de transferencia y cobertura de riesgos que pueda cumplir con los requerimientos tanto de los promotores del proyecto como de las entidades financieras.

.-en el apartado 2.5 “Objeto y características de la oferta de financiación solicitada” se recoge que se plantea unas necesidades de la deuda senior comercial que asciendan a 90 millones de euros, período de vida de la deuda bancaria (disposición + amortización) un plazo entre 20 y 21 años con un período de carencia de 5 años (etapa de construcción).

El contenido mínimo que habrán de contener las ofertas indicativas de financiación, entre los que se contempla, instrumentos de cobertura requeridos (punto g).

Se añade que con objeto de facilitar la labor y homogeneizar el análisis, se adjunta como Anexo IV una Hoja de Términos y Condiciones para la financiación (Term Sheet) elaborada en base a los términos previamente acordados con el BEI, solicitando que

sirvieran como referencia la para elaboración de la Oferta indicativa solicitada, aproximando o mejorando los mismos en la medida de sus posibilidades.

.- en el apartado 5.6 “Descripción de la estructura financiera del Proyecto” se incluye un cuadro de necesidades totales de fondos precisos para el desarrollo del proyecto y el calendario de disposiciones para el desembolso de la financiación bancaria a largo plazo en cada uno de dichos años, esto es, 2010 a 2014 ambos inclusive, considerado en la elaboración de las proyecciones del Plan Económico-Financiero, explicándose en el apartado 6 “Desarrollo del Plan Económico-Financiero” que el plazo estimado para el desarrollo del conjunto de las infraestructuras se cifra en 50 meses, tomando como fecha de inicio 1 de junio de 2010 , que la construcción del CGRG abarca la totalidad del período de construcción, estimándose que su puesta en marcha se produzca, teniendo en cuenta un período de prueba de 4 meses, el 1-1-2015, y un periodo de explotación de 20 años completos de acuerdo con el periodo de vida útil inicialmente establecido de las infraestructuras principales que conforman el GRC.

Como documentos Anexos al Memorandum, hemos de citar, las proyecciones del plan económico-financiero (doc. nº 46 de la demanda) y la hoja de términos y condiciones para la financiación (doc. nº 47 de la demanda).

En este último documento en la cláusula 13 sobre “Cobertura Tipo de Interés” se recoge:

“La Acreditada deberá contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará el () % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable durante las fases de construcción y funcionamiento hasta el vencimiento final.

(Especificar la oferta y mecanismo de cobertura seleccionado).

BEI: de forma alternativa, el préstamo puede retirarse directamente sobre una base de tipo fijo o variable, basándose en un calendario de desembolsos acordado previamente.1 El coste asociado de llevar a cabo una opción de este tipo se añadirá al margen”.

En la cláusula 27 “Intercreditors” se recoge que se sobreentiende que, en el contexto de la financiación del Proyecto, se elaborará un acuerdo entre acreedores.

Y en la cláusula 28 “Procedo de Due Diligence y asesores externos” se recoge que “En la medida de lo posible, los asesores se compartirán entre los acreedores crediticios. No obstante, en caso de que alguno de los acreedores crediticios requiera de otros asesores individuales, se deberá solicitar el acuerdo previo de la Acreditada.

BEI: En este sentido, remarcar que el BEI también será beneficiario directo de todos los informes externos elaborados por y en nombre de entidades financieras comerciales,

incluidos asuntos técnicos, legales, seguros y auditores del modelo (para aspectos relacionados con el Proyecto).

11º.- En fecha 4-6-2010 el BEI remite a GHK (a la atención de la Sra. Maite Etxarri) comunicación confirmando que precisara la asistencia de asesores externos en relación con la estructuración jurídica y la documentación de la operación prevista para la financiación del proyecto, y haber seleccionado al despacho Clifford Canche, y que según lo acordado GHK correrá con el coste, indicándose que se estiman unos honorarios de 80.000 euros bajo la asunción de que sus servicios finalizan antes del 30-11-2010 (doc. nº 59 de la demanda).

12º.- En fecha 30-6-2010 Banesto presenta oferta indicativa (doc. nº 48 de la demanda), conteniendo la hoja de términos y condiciones para la financiación en lo que hace a la causa las siguientes:

“4. Importe del Contrato de Crédito

Hasta un máximo de 90 millones de euros,...

El importe correspondiente a la participación de Banesto, en la presente Oferta Indicativa de Financiación asciende hasta 45 Millones Euros, teniendo como límite máximo el 50 % del importe final del contrato de crédito.

...

11. Tipo de interés y márgenes aplicables

El tipo de interés aplicable será el agregado del tipo de interés de referencia (EURIBOR) más un margen aplicable en cada período de desarrollo del Proyecto (fase de construcción y Explotación).

El margen aplicable será de 180 puntos básicos durante la vida de la financiación.

El período de liquidación de intereses será de (3-6) meses (conforme a los plazos de amortización).

13. Cobertura Tipo de Interés

La Acreditada deberá contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará como mínimo el 75 % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable durante las fases de construcción y funcionamiento hasta el vencimiento final.

La cobertura de tipos de interés se formalizará con las Entidades Estructuradoras en función de su participación en el crédito, de tal forma que se aplicará un spread de 15 puntos básicos a la cotización de referencia establecida en la pantalla ICAP (EURO).

...

17. Modelo financiero

Las proyecciones financieras del Caso Base del modelo financiero deberán demostrar que los flujos de caja del Proyecto son consistentes, y que es previsible que la Acreditada pueda atender el servicio de la deuda en condiciones de riesgo razonables.

Deben generar un Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda mínimo de (1:1.25) y un Ratio de Cobertura sobre la Vida de la Deuda de (1:1.30)

BEI: 1:1.25 (DSCR) y 1:1.30 (LLCR)

El modelo financiero se utilizará como herramienta de monitorización y gestión de la ejecución del Proyecto, y con este objeto será actualizado semestralmente y/o a petición de los acreedores crediticios.

La auditoria del modelo financiero será realizada por un tercero independiente.

...

27. Intercreditors

Se sobreentiende que, en el contexto de la financiación del Proyecto, se elaborará un acuerdo entre acreedores.

(Se deberá tener en cuenta en el mismo la regulación en cuanto al régimen de mayorías a adoptar en cuanto a la toma de decisiones por parte de los acreedores)

28. Procedo de Due Diligence y asesores externos

En la medida de lo posible, los asesores se compartirán entre los acreedores crediticios. No obstante, en caso de que alguno de los acreedores crediticios requiera de otros asesores individuales, se deberá solicitar el acuerdo previo de la Acreditada.

BEI: En este sentido, remarcar que el BEI también será beneficiario directo de todos los informes externos elaborados por y en nombre de entidades financieras comerciales, incluidos asuntos técnicos, legales, seguros y auditores del modelo (para aspectos relacionados con el Proyecto).

13º.- En fecha 30-6-2010 La Caixa presenta oferta indicativa (doc. nº 49 de la demanda), conteniendo la hoja de términos y condiciones para la financiación en lo que hace a la causa las siguientes:

“4. Importe del Contrato de Crédito

Hasta un máximo de 90.000.000 de euros,...La toma de “la Caixa” será de un máximo de 45.000.000 de euros, y en ningún caso será superior a la toma máxima asumida por cualquier otro banco presente en la financiación

...

11. Tipo de interés y márgenes aplicables

El tipo de interés aplicable será el agregado del tipo de interés de referencia (EURIBOR) más un margen de 175 pb, aplicable en ambas fases del Proyecto (construcción y explotación).

El período de liquidación de intereses será de (3-6) meses (conforme a los plazos de amortización).

13. Cobertura Tipo de Interés

La Acreditada deberá contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará el 100 % de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable durante las fases de construcción y el 80 % durante la fase de explotación hasta el plazo que resulte de la aplicación del Cash Sweep bajo el Caso Base.

...

17. Modelo financiero

Las proyecciones financieras del Caso Base del modelo financiero deberán demostrar que los flujos de caja del Proyecto son consistentes, y que es previsible que la Acreditada pueda atender el servicio de la deuda en condiciones de riesgo razonables.

Deben generar un Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda mínimo de (1:1.25) y un Ratio de Cobertura sobre la Vida de la Deuda de (1:1.30)

BEI: 1:1.25 (DSCR) y 1:1.30 (LLCR)

El modelo financiero se utilizará como herramienta de monitorización y gestión de la ejecución del Proyecto, y con este objeto será actualizado semestralmente y/o a petición de los acreedores crediticios.

La auditoria del modelo financiero será realizada por un tercero independiente.

...

27. Intercreditors

Se sobreentiende que, en el contexto de la financiación del Proyecto, se elaborará un acuerdo entre acreedores.

28. Procedo de Due Diligence y asesores externos

En la medida de lo posible, los asesores se compartirán entre los acreedores crediticios. No obstante, en caso de que alguno de los acreedores crediticios requiera de otros asesores individuales, se deberá solicitar el acuerdo previo de la Acreditada.

14º.- En sesión de 8-7-2010 del Consejo de Administración de GHK, punto decimo del orden del día sobre “Tramitación de la negociación financiera. Información sobre el estado del procedimiento con el BEI. Aprobación, si procede, de la forma de tramitación de la concertación de la operación financiera con entidades de crédito, Banco del Club Deal. Habilitación, si procede, al Presidente, para la negociación y gestiones necesarias”, se recoge (doc. nº 56 de la demanda):

“Se da cuenta de la información relativa a este punto del orden del día. A instancia del Sr. Presidente, informa Maite Etxarri, Gerente Económico, sobre el estado de tramitación de la negociación financiera, que se constituye por 195 millones de euros, de financiación en el BE y 90 millones de euros, con la banca comercial.

En la negociación con el BEI, se dispone de la carta de conformidad con los términos de la financiación y anexos de garantías adicionales del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa y de la Diputación Foral de Gipuzcoa.

Se ha iniciado la DUE DILIGENCE legal. Se informa que los asesores jurídicos del banco, verifican la viabilidad jurídica del proyecto con cargo a los documentos aportados, constitutivos de la estructura jurídica sobre la que se basa la financiación. Los señalados asesores se retribuyen por G.H.K., S.A.U.

Para la banca comercial, el procedimiento es el mismo, pero a diferencia con el BEI, suelen tener distinto criterio respecto a las condiciones del vencimiento anticipado, ya que el BEI tiende a negociar y no a su aplicación automática.

Por lo que se refiere al procedimiento para la concertación de la operación financiera de la parte no BEI, con banca comercial, se propone la negociación con los intervinientes, un total de once bancos, para concertar la operación de crédito de 90 millones de euros, con aquellos que ofrezcan las mejores condiciones. En la actualidad, la oferta más barata es la de 175 puntos básicos, respecto a Euribor y la más cara, 250 puntos básicos respecto a Euribor. El BEI ha ofertado 120 puntos básicos en fase de construcción y 100 en fase de explotación. La medida de la banca comercial es de 180 puntos. Hay que recordar que la

operación es sin aval. Para finalizar, se añade que la financiación que se está negociando por G.H.K., S.A.U., para operaciones sin aval, es más barata que la del estado.

Visto lo cual, el Consejo de Administración, por asentimiento general, aprueba el procedimiento diseñado de negociación de la operación de financiación con la banca comercial (parte no BEI de la operación); que implica, estudio de ofertas, formación de un único grupo de bancos, con un precio único, igualadas las mejores condiciones ofertadas, quedando así conformado el club DEAL de bancos. Considerando, además, que para este proyecto es importante la estabilidad, se propone un tipo de interés fijo.”

15º.- En sesión de 16-7-2010 del Consejo de Administración de GHK, al tratar el punto tercero del orden del día sobre “Propuesta de aprobación del procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato mixto del centro de gestión de residuos de Gipuzkoa. Informe de la disponibilidad financiera para hacer frente a las obligaciones del contrato. Propuesta de pliegos reguladores de la contratación, que incluyen: antproyecto, reglamento de explotación, pliegos administrativos. Aprobación, si procede”, se recoge en lo que hace al pleito (doc. nº 57 de la demanda):

“ ...

Se informa por parte de la Gerente Económico Financiera, sobre la disponibilidad financiera, para hacer frente a los compromisos que se deriven de esta contratación. Por un lado, la financiabilidad del proyecto se fundamenta de forma importante en la efectividad del mecanismo de garantía de pago de las aportaciones que en los términos de la normativa foral aplicable e iniciados por el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa. A día de hoy, 6 procedimientos, han sido informados favorablemente por la propia Diputación Foral de Gipuzkoa y por el Departamento de Régimen Jurídico que es coincidente con Hacienda Foral. Por otro, se cuenta con el certificado remitido por el BEI de aprobación de la financiación de 195 millones de euros sujetos a la DUE DILIGENCE y aprobación final, que se adjunta al acta. Respecto al tramo no BEI de la financiación que asciende a 90 millones de euros, se han recibido ofertas de financiación por un importe muy superior al solicitado y se prevé para fin de mes, la firma del contrato de mandato a los bancos financiadores. Tal como se desarrolla la negociación de la financiación, se firmara con BANESTO, que oferta 180 puntos básicos, y la CAIXA, que oferta 175. Esta última oponía una condición que resultaba imposible de aceptar, ya que introducía como condición suspensiva conocer quien resultaría adjudicatario del contrato. Dicha condición ha sido retirada pero, en su lugar, se debe aportar un informe de los asesores jurídicos de la operación, GARRIGUES o un asesor independiente, en que se constate que no hay riesgo de construcción vinculado al contratista, por garantizarlo la estructura jurídica económica y financiera del proyecto y de la contratación.

La CAIXA mantendrá el compromiso hasta el mes de noviembre, y BANESTO debe formalizar la autorización para adquirir el compromiso firme hasta noviembre.

Se propone, y se acepta por el Consejo, mandar al Presidente del Consejo, para la formalización, en el mes de julio, del contrato de mandato”.

Y en relación a lo anterior se adopta el siguiente acuerdo:

“Séptimo: Se acuerda habilitar el Presidente para la formalización con los bancos, CAIXA y BANESTO del contrato de mandato a suscribir en el mes de julio, con vigencia hasta el mes de noviembre. Este documento, junto con el certificado del BEI, sirve de fundamento a la adquisición de compromisos financieros ligados al procedimiento de contratación aprobado, que se acuerda en este marco jurídico financiero. Se aprueba, mandar al Presidente para la firma del señalado contrato de mandato”.

16º.- En fecha 3-8-2010 GHK y las entidades Banesto y La Caixa suscriben Carta Mandato (doc. nº 58 de la demanda), cuyo contenido reza como sigue:

“En virtud de esta carta-mandato, la sociedad Gipuzkoako Honakinen Kudeaketa, S.A. (en adelante, “GHK” o el “Mandante”, otorga mandato exclusivo a favor de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) y Banco Español de Crédito, S.A. (en adelante los “Mandatarios” o “Entidades Financieras”), quienes asimismo lo aceptan expresamente, para la dirección, aseguramiento y estructuración por parte de éstos de la operación de financiación del Proyecto (en adelante el “Mandato”) con arreglo a los términos y condiciones básicos que se recogen como Anexo I a esta carta (en adelante y en conjunto los “Términos y Condiciones”) y que forman parte integrante de la misma a todos los efectos.

Los mandatarios declaran conocer que el Proyecto será objeto de financiación parcial por parte del Banco Europeo de Inversiones (en adelante, el “BEI”).

Esta propuesta recoge la naturaleza del encargo y especifica los términos y condiciones sobre los que se fundamenta el Mandato a los Mandatarios.

Las condiciones en las que los Mandatario prestarán sus servicios son los siguientes:

“1. TRABAJOS A DESARROLLAR POR LOS MANDATARIOS

En concreto las labores que deberán realizar los Mandatarios serán:

- organización del proceso de financiación del Proyecto y coordinación con el BEI a tal efecto.
- supervisión de la elaboración de la documentación financiera relativa a la financiación del Proyecto.

- coordinación en la presentación de la estructura de financiación y de la documentación financiera a potenciales participantes en la financiación del Proyecto y
- en todo caso sujeto a la verificación satisfactoria a juicio de los Mandatarios, del cumplimiento de las condiciones establecidas en el apartado 3 siguiente, financiación parcial del Proyecto, al cincuenta por ciento (50%) cada Mandatario, de acuerdo con los Términos y Condiciones.

En el marco de dicha financiación, y por razón de la financiación parcial del Proyecto por parte del BEI, los Mandatarios se comprometen , sujeto a las condiciones establecidas en el apartado 3 siguiente, a otorgar conjuntamente con el BEI aquellos contratos o documentos de naturaleza inter creditor que fueren necesarios conforme a lo dispuesto en los Términos y Condiciones, y dichos contratos o documentos lo fueren en términos satisfactorios para los mismos.

Los mandatarios actúan en virtud del presente Mandato como contratistas independientes, y no en condición de agentes o fiduciarios del Mandante. En ningún caso el presente Mandato deberá ser interpretado o considerado como un mandato expreso o tácito a favor de los Mandatarios o de sus representantes a los efectos de suscribir por cuenta del Mandante cualesquiera documento referidos o relativos al Proyecto, los cuales en todo caso deberán ser suscritos por personas con poderes suficientes del Mandante .

ASEGURAMIENTO

Sin perjuicio de las obligaciones que los Mandatarios asumen en virtud de este documento y en virtud de los Términos y Condiciones , el Mandato constituye asimismo un compromiso por parte de los Mandatarios de asegurar la operación de financiación parcial del Proyecto al cincuenta por ciento, en el bien entendido, no obstante, que dicho compromiso está condicionado a la verificación y cumplimiento, a satisfacción de los Mandatarios, de cada una de las siguientes circunstancias:

- el resultado satisfactorio para los Mandatarios de la auditoria legal, del modelo financiero, técnico y de seguros ("due diligence") del Proyecto, y en su caso, realización de las adiciones o modificaciones en la estructura contractual del Proyecto que resulten oportunas a la luz de dichas auditorías;
- aprobación de la estructura definitiva de la financiación del Proyecto, incluyendo la ratificación de los resultados del due diligence, por parte de los respectivos comités de crédito de los Mandatarios;
- la revisión, negociación y otorgamiento, en su caso. de la correspondiente documentación en la que se formalice la financiación del Proyecto en términos satisfactorios para los Mandatarios con arreglo a la práctica habitual del mercado;y

- la ausencia de un Cambio Material Adverso desde la fecha en que se firme la presente Carta.

Cada uno de los Mandatarios podrá decidir individualmente con arreglo a lo anterior si participa finalmente en la operación de financiación del Proyecto. La decisión negativa de cualesquiera de los Mandatarios, que se produzca de conformidad con lo dispuesto en los apatados anteriores, liberará al otro de su compromiso condicionado de aseguramiento bajo el presente Mandato inclusive si dicho Mandatario hubiere dado su visto bueno al Aseguramiento de la financiación.

EXCLUSIVIDAD Y ASESORES

El presente Mandato se otorga en exclusiva a los Mandatarios. El Mandante no encargará, ni mandatará, directa o indirectamente, sin autorización previa y por escrito de los Mandatarios, a otras personas o entidades, responsabilidades idénticas o similares con el objeto del presente Mandato, ni actuará sin el asesoramiento de los Mandatarios, en relación con aquellas tareas para las que se haya pactado dicho asesoramiento, mientras este Mandato permanezca en vigor.

En todo caso, a los efectos de llevar a cabo las labores encomendadas en este Mandato a los Mandatarios , éstos podrán recabar el apoyo de asesores externos (en adelante los "Asesores") o subcontratar parte de sus tareas con terceros.

En particular, el Mandante expresamente declara que será necesario para el buen fin de la operación contratar, al menos, a los siguientes Asesores independientes:

- un asesor técnico
- un asesor legal
- un auditor del modelo financiero; y
- un asesor de seguros.

Los Asesores, que serán elegidos por los Mandatarios, deberán ser asesores de reconocido prestigio en su ámbito de actividad y deberán contar con la experiencia suficiente para el desarrollo de las tareas que se les encomienden en el Proyecto. Los Asesores actuarán en todo caso en beneficio de los Mandatarios.

En la medida de lo posible, los Asesores de los Mandatarios, salvo el Asesor Legal deberán ser compartidos con el BEI, el cual será beneficiarios en todo caso de los informes emitidos por los respectivos Asesores, incluyendo en este caso el Asesor Legal.

Los honorarios y suplidos de los Asesores deberán ser previamente aceptados por el Mandante, y una vez aceptados serán soportados íntegramente por el Mandante

(independientemente de que la operación de financiación del Proyecto aquí prevista llegue a culminarse o no).

Los Mandatarios no responderán en ningún caso ante el Mandante de la actuación de los asesores externos.

INFORMACION

En relación con la información que los Mandatarios deberán obtener para un adecuado cumplimiento del Mandato, el Mandante se compromete a:

I permitir a los Mandatarios y a sus Asesores tener contacto, a través de la Dirección Financiera del Mandante, con la dirección del Mandante, así como con sus auditores y asesores cuando razonablemente así lo requieran;

II proporcionar a los Mandatarios toda la información y documentación sobre el Mandante que sea necesaria a los efectos de la adecuada ejecución del Mandato.

III que la información y documentación proporcionada por el Mandante y/o sus asesores sea completa, veraz y exacta en todos sus aspectos relevantes y a que no sea engañosa, ya sea por omisión o de cualquier otra forma, de manera que los Mandatarios puedan basarse en dicha información sin necesidad de una verificación independiente; y notificar a los Mandatarios inmediatamente si, con posterioridad, descubriese que cualquier información proporcionada es incompleta, falsa, inexacta o engañosa en algún aspecto relevante;

IV permitir el acceso a las instalaciones del Mandante del personal o Asesores designados por los Mandatarios, siempre y cuando se solicite con un preaviso razonable y ello no perjudique ni el desarrollo ni el buen fin del Proyecto, el acceso se produzca en horas de trabajo, se cumplan las normas internas (en particular, las relativas a seguridad) y se preserve debidamente la confidencialidad ; y

V en general, prestar la colaboración razonablemetne requerida por los Mandatarios para la adecuada ejecución del Mandato”.

En el Anexo I Terminos y Condiciones Financieras se recoge:

“Los términos y condiciones de la presente Oferta han sido aprobados por los órganos de decisión de los Mandatarios y son firmes pero sujetos a (I) la terminación satisfactoria del proceso de Due Diligence técnica, de seguros y legal del Proyecto y la emisión de un informe satisfactorio emitido por el asesor del modelo financiero (II) total cumplimiento de las Condiciones Suspensivas (III) ausencia de Cambios Materiales Adversos en la

solvencia del Consorcio o cualquiera de sus integrantes o en los mercados financieros y/o capitales, que a juicio de los Mandatarios puedan llegar perjudicar la financiación del Proyecto (IV) la redacción en términos satisfactorios de la documentación contractual, a ser realizada por los Asesores Independientes (V) ratificación, en su caso, de la aprobación por parte de los Órganos de Decisión de los Mandatarios .

La vigencia de las condiciones financieras de la presente oferta expirará el 30 de noviembre de 2010, quedando en todo caso sujeta al total cumplimiento de los anteriores puntos y de las condiciones contemplados a lo largo del documento.

Si, como esperamos, resultan aceptables por ustedes los términos y condiciones incorporados en la Oferta, les rogamos nos remitan copia firmada de la misma como prueba de Otorgamiento de Mandato de Aseguramiento a los Mandatarios.

Los términos y condiciones de la Oferta son los que se describen a continuación:

Mandatarios .

"la Caixa" y Banesto (al 50% cada uno de ellos). Ambas Entidades serán el Banco Agente de la Financiación (al 50%)

Importe del contrato de crédito.

Hasta un máximo de noventa millones de euros (90.000.000 euros), destinado a la financiación de las Inversiones del Proyecto , las comisiones, gastos e intereses intercalarios, así como la dotación inicial del cuenta de Reserva del Servicio de la Deuda (DSRA).

Duración y periodo de carencia .

El vencimiento final del Contrato de Crédito se producirá en un periodo máximo de 21 años, a partir de su firma (susceptibles de reducción en función de las negociaciones).

Este plazo incluirá un período de carencia de capital de un máximo de 5 años a partir de la firma del Contrato de Crédito.

Tipo de interés y márgenes aplicables.

El tipo de interés aplicable será el agregado del tipo de interés de referencia (EURIBOR) más un margen aplicable en cada periodo de desarrollo del Proyecto (fase de construcción y explotación)

El margen aplicable será de 175 puntos básicos durante la vida de la financiación.

El período de liquidación de intereses será de 3-6 meses (conforme a los plazos de amortización)

Cobertura Tipo de Interés

La Acreditación deberá contratar una operación de cobertura financiera sobre el tipo de interés aplicable, que abarcará el 100% de los préstamos pendientes bajo el régimen de tipo de interés variable durante la fase de construcción y el 80% durante la fase de explotación hasta el plazo que resulte de la aplicación del Cash Sweep bajo el Caso Base.

La cobertura de tipos de interés se formalizará con las Entidades Estructuradoras en función de su participación en el Crédito, de tal forma que se aplicará un Spread de 20-25 puntos básicos a la cotización de referencia establecida en la pantalla ICAP.

Modelo financiero

Las proyecciones financieras del Caso Base del modelo financiero deberán demostrar que los flujos de caja del Proyecto son consistentes y que es previsible que la Acreditada pueda atender el servicio de la deuda en condiciones de riesgo razonables.

Deben generar un Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda (RCSD) mínimo y medio de (1:1.25) y un Ratio de Cobertura sobre la Vida de la Deuda (LLCR) de (1:1.30)

El modelo financiero se utilizará como herramienta de monitorización y gestión de la ejecución del Proyecto, y con este objeto será actualizado semestralmente y/o a petición de los acreedores crediticios.

La auditoría del modelo financiero será realizada por un tercero independiente.

Intercreditors .

Se sobreentiende que, en el contexto de la financiación del Proyecto, se elaborará un acuerdo entre acreedores.

Se deberá tener en cuenta en el mismo la regulación en cuanto al régimen de mayorías entre el BEI y los Mandatarios en cuanto a la toma de decisiones por parte del conjunto de los acreedores) (i.e. determinadas decisiones de peso se deberán tomar por unanimidad).

Proceso de Due Diligence y asesores externos

Técnico, Legal Seguros y auditoría de modelo. En la medida de lo posible, los asesores se compartirán entre los acreedores crediticios. No obstante, en caso de que alguno de los acreedores crediticios requiera de otros asesores individuales, se deberá solicitar el acuerdo previo de la Acreditada”.

17°.- En sesión de 30-9-2010 del Consejo de Administración de GHK se da cuenta de las propuestas aprobadas por la mesa de contratación relativas a los nombramientos de

asesores legal, técnico y de seguros de la banca comercial en el proceso de DUE DILIGENCE (doc. nº 60 de la demanda), recayendo las propuestas de nombramientos:

.-como asesor legal “CuatreCasa Goncalves Pereira”.

.-como asesor técnico “Idom S.A.”.

.-y como asesor de seguros “Marsh”.

En correo de 24-9-2010 se comunica por el Letrado Asesor de GHK Sr. Carlos Beraciarto lo siguiente (doc nº 63 de la demanda):

.-el modelo financiero será preparado por Banesto, de forma consensuada con GHK, a partir del modelo existente. Adicionalmente, Price preparara un informe validando el modelo financiero, sin que se precise una auditoria complementaria. Este informe se limitara a la validación de la metodología empleada en su elaboración pero no incluirá aspectos fiscales del mismo, que en su caso se determinaran en la Due legal.

.-los responsables de la preparación de los contratos y del confort leteer de la Diputación Foral de Gipuzcoa:

-Cuatrecasas: contrato de crédito comercial, contrato de apoyo y contrato de garantías.

.-BEI. Contrato crédito BEI.

-Cuatrecasas/BEI: Contrato intercreditor.

-Garrigues: Confort Letter de la Diputación Provincial.

18°.-Por correo de 15-10-2010 Hector Bros de Cuatrecasas adelanta tanto a La Caixa como a Banesto una relacion de contincencias jurídicas más importantes identificadas hasta ese momento en el proceso de auditoria legal que están llevando a cabo con la documentacion facilitada por GHK, explicando las mismas, lo que GHK alega respecto a cada una de ellas (se entiende en la documentacion) y las soluciones jurídicas (doc.nº 64 de la demanda), sintéticamente:

1.-Ilegalidad o falta de adecuada regulación de los ingresos de GHK.

Solución jurídica que cambien el sistema de cobro.

2.- Imposibilidad de gravamen de las acciones de GHK y de los bienes, en la medida en que su uso está asignado temporalmente por el Consorcio y siguen siendo del dominio público del Consorcio, afectos a un servicio público.

3.- Resolucion automática del Convenio de Colaboracion para el futuro de la gestión de residuos.

Solucion jurídica que subsanen mediante la parobacion de un nuevo cronograma y renuncia de acción la “resolución” del Convenio.

4.-Pliego del CGRC.

Solucio jurídica que se establezca una condición suspensiva de la disposición de la financiación hasta que sea firme el Pliego del CGRG y la adjudicación.

5.-Litigios.

Hay bastantes pero nos preocupan dos:

Sentencia dictada por el TSJ en recurso 962/07 que anula la previsión de los estatutos del Consorcio de ampliación territorial.

Recursos pendientes contra el Plan Territorial Sectorial.

Solucion jurídica que se planteen condiciones de resolución anticipada para la pérdida de los litigios mencionados.

En el apartado Conclusión se añade que si no se producen dichas soluciones jurídicas, convendría buscar un confort adicional más allá de lo previsto en la Oferta. Una opción podría ser que la Diputación avale toda la financiación, algo permitido por la Norma Foral /2008 y que además no va a computar a efectos de límites presupuestarios (art. 6.2). Y que aunque acepten las modificaciones y condiciones que se plantean, seguiríamos teniendo el problema irresoluble de la imposibilidad de pignorar ciertos activos de GHK.

Jaime Fariñas, de la Caixa, remite dicho resumen comentándolo a Maite Etxarri y Carlos Beracieto por correo de 18-10-2010 (mismo doc. nº 64 de la demanda), y en el que indica que la opción del aval de la Diputación sobre la que no habies nunca querido hablar, lamentablemente toma poderosa fuerza, y adelantándome a los acontecimientos y atreviéndole a opinar sobre lo que exigirán entidades financieras no comerciales, se convierte junto a la adjudicación de un contratista satisfactorio, en los temas a resolver y sobre lo que conversar con inmediatez, es nuestro entendimiento que con la imprescindible presencia de BEI.

19º.- En diciembre de 2010 “Idom” emite el informe de due diligence técnico económica (doc. nº 67 de la demanda).

20º.- El 13-12-2010 “CuatreCasas” emite el informe de due diligence legal ó de autoría legal, al que se acompañan cuatro anexos, adjuntándose al mismo los comentarios y observaciones que a su vez realizaron la asesora jurídico-legal de GHK “Garrigues” y asesor legal del BEI “Clifford Chance” (doc. nº 68 de la demanda).

21º.- En fecha 24-1-2011 el Sr. Carlos Ormazabal como representante de GHK y La Caixa, suscriben la denominada Addenda sobre instrumentos financieros (doc. nº 83 de la demanda), que tiene por objeto recoger los derechos y obligaciones esenciales que se deriven de las relaciones entre el Cliente y “La Caixa” de acuerdo con la normativa MiFID, clasificando al cliente (GHK) como cliente minorista.

Se realiza al Sr. Ormazabal el test de conveniencia en relación al IRS Tipo Pagador Fijo, con el siguiente resultado “en base a la información proporcionada por Vd. en relación con los aspectos antes mencionados, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “La Caixa”, ha determinado que el servicio o el producto de referencia no es adecuado para Vd. por no poseer los conocimientos y la experiencia necesarios para comprender y valorar los riesgos que implica el servicio o el producto de referencia y sus consecuencias”. Y se añade la advertencia “Si no obstante lo anterior, Ud. Desea contratar dicho servicio o producto, podrá hacerlo con la advertencia expresa indicada en el párrafo anterior”. Dicho test de conveniencia es suscrito por el Sr. Ormazabal.

El 1-2-2011 se suscribe asimismo la Addenda de Instrumentos financieros con el Sr. Etxezarreta, como apoderado de GHK, y se realiza el test de conveniencia en relación al IRS Tipo Pagador Fijo, con el mismo resultado que al Sr. Ormazabal e incluyéndose asimismo la advertencia (doc. nº 84 de la demanda). Dicho documento ó test de conveniencia es suscrito por el Sr. Etxezarreta.

En dichos documentos se recoge lo que denomina “escenarios de cancelación”, señalando tres situaciones de mercado sobre un nominal de 100.000 euros: los niveles indicativos de tipos IRS a dos años, valor aproximado de cancelación a dos años, y niveles indicativos de tipos de IRS a 10 años, planteando condiciones muy adversas, adversas y favorables, fijando en el primero de los supuestos un coste de cancelación a diez años con un valor aproximado de 31.500 euros.

En fecha 9-2-2011 se suscribe nueva Addenda de Instrumentos Financieros con el Sr. Carlos Ormazabal, como representante de GHK, clasificándose a ésta como cliente profesional, al que se anexiona una solicitud de cambio general de categoría (doc. nº 85 de la demanda).

Como documento nº 13 las comunicaciones de fechas 9 y 10 de febrero de 2011, relativas al cambio de cliente minorista a cliente profesional de GHK, en los que la Sra. Maite Etxarri solicita información sobre las distintas categorías y lo que cada una de ellas implica, ofreciéndose esa información.

Como documentos nº 34 y 35 de la contestación de Banco Santander obran clasificación de GHK como cliente profesional y test de conveniencia realizados al Sr. Ormazabal y al Sr. Etxezarreta en fechas de 8 de Febrero y 8 de Marzo de 2011 respectivamente.

22°.- El 3-2-2011 tanto la Asamblea General del Consorcio de Residuos de Gipuzcoa como el Consejo de Administración de GHK aprueban el caso base del modelo económico-financiero y la documentación contractual de la financiación (doc. nº 70 y 71 de la demanda).

En ambos lo consignado en Acta respecto al caso base es lo siguiente:

"El caso base parte de las siguientes cifras, que constituyen la financiación de las infraestructuras de residuos del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa:

Aportación de la Diputación Foral de Gipuzkoa del 33 % del coste de las infraestructuras.

Contrato de financiación con el BEI por un importe de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES DE EUROS (195.000.000,00 euros).

Contrato de financiación con BANESTO y LA CAIXA, por un importe de SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL EUROS (67.939.000,00 euros)

El plazo es de 21 años y el período de disposición es de 4 años.

En las condiciones del modelo de financiación, el caso base es un anexo de los contratos de financiación. Es un modelo económico-financiero en el que se reflejan los flujos de pagos y cobros en el período de construcción y explotación, que respectivamente se corresponde con: 2.009 - 2.014 y 2.015 - 2032.

Se analiza, asimismo, cuales son los flujos de residuos y su proyección, las tasas de reciclaje, los ingresos de la energía eléctrica y los ingresos de recuperación de metales de la biometanización.

En dicho análisis, se han utilizado criterios prudentes para construir un modelo sólido, es decir, que con una posible menor generación de residuos, se consiga mantener las instalaciones y repagar la deuda.

El caso base, además de ser actualizado, en el acuerdo de la Asamblea General, de aprobación de la tarifa anual, es decir, cada ejercicio la Asamblea analizará y, en su caso, aprobará el caso base y el precio del servicio, teniendo en cuenta que la tarifa siempre deberá ser suficiente para cubrir todos los costes.

Por último, las hipótesis de inflación que se han tenido en cuenta es de un 2,50 %. Se contratan seguros de tipo de interés, para que las variaciones del euribor no afecten al proyecto, ni a la tarifa.

En el modelo se han tenido en cuenta, hipótesis técnicas, que han sido objeto de una DUE DILIGENCE técnica, validadas como razonables por los asesores técnicos de los bancos.

Se han efectuado, asimismo, la DUE DILIGENCE de seguros y la legal, que ha analizado la estructura jurídica del proyecto, y del entramado organizativo que lo soporta, siendo ambas, asimismo validadas por los asesores de los bancos.

El resultado del modelo, es un estado de origen de la aplicación de fondos siguientes:

TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DE EUROS (378.000.000,00 euros) de inversión en infraestructuras:

Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa.

Compostaje.

Biometanización.

TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL EUROS (32.898.000 €) de gastos activables, que son los intereses intercalarios y comisiones de disponibilidad y apertura.

Adicionalmente existen gastos adicionales financieros, cuentas de reserva de la deuda (por importe de DIECINUEVE MILLONES DE EUROS) obligatorias para aseguramiento del repago de la deuda: que representa la amortización correspondiente a 12 meses en una cuenta al servicio de la deuda.

Se mantiene una cuenta de reposición y mantenimiento de las instalaciones, que forma parte de la cifra de inversión necesaria por importe de DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL EUROS.

Se debe añadir el IVA, por importe de ONCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL EUROS.

Todo ello representa la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL EUROS (443.632.000,00 euros), de las cuales:

Margen contributivo 2008-2010, que nace de las tarifas ya abonadas, por un importe de DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL EUROS (12.259.000,00 €)

Aportaciones de Diputación Foral de Gipuzkoa, 33 %, CIENTO VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA EUROS (124.778.360,00 euros), más el margen contributivo en período de construcción hasta la puesta en marcha por importe de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA EUROS (32.312.640 €).

Financiación: CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES (195.000.000,00 euros), BEI, con límite del 50 %.

Financiación: SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL EUROS (67.939.000,00 euros), Bancos, con límite del 50 %.

Se configura la obligación de mantener la proporcionalidad en las aportaciones."

23º.- En fecha 3-2-2011 se suscribe el "Contrato de Crédito BEI" del que cabe destacar las siguientes cláusulas (doc. nº 81 de la demanda):

"CLÁUSULA 1

Crédito y Desembolsos

Importe del Crédito

Mediante la suscripción del prestente Contrato el Banco otorga a favor del Acreditado, que acepta, un crédito por un importe máximo de hasta EUR 195.000.000 (..) para financiar el Proyecto (el "Crédito").

...

1.04 Condiciones previas al desembolso

1.04A(1) Primera Disposición

El desembolso de la primera Disposición al amparo de lo establecido en la Cláusula 1.02, estará condicionado a la recepción por el Banco, en forma y contenido satisfactorios para el mismo, en o antes de la fecha anterior en 5 (cinco) Días Hábiles a la Fecha de Desembolso Prevista, de los siguientes documentos o evidencias:

....

(d) Caso Base auditado a satisfacción del Banco por el Auditor del Modelo, así como el informe de auditoría del Modelo Financiero emitido por el Auditor del Modelo, en los términos que se establecen en su Definición y que incluya el tipo de interés final aplicable al Acreditado una vez tenido en cuenta los Contratos de Cobertura, el plazo hasta la Fecha de Vencimiento Final y el periodo de carencia del Crédito, y reflejo los términos y condiciones de los Contrato/s de Ejecución de Obra correspondiente a cada una de las Infraestructuras que habrán debido formalizarse hasta ese momento y deberá demostrar que:

(i) el Acreditado cumple los Ratios de Cobertura del Servicio de la Deuda y de Cobertura del Crédito mínimos establecidos en la Definición de Caso Base, y

(ii) no se preveen necesidades de financiación adicionales a las comprometidas en la Fecha de Cierre para hacer frente a los costes de construcción y explotación del Proyecto;”

1.06 Cancelación y suspensión

1.06A Derecho del Acreditado a cancelar

El Acreditado podrá cancelar en su totalidad o en parte y con efecto inmediato la parte no desembolsada del Crédito mediante notificación por escrito al Banco a tales efectos....”

CLÁUSULA 6

Obligaciones y declaraciones formales del Acreditado

6.12E Relativas a la cobertura del riesgo de tipo de interés

(i) Al menos (5) Días Hábiles antes de la fecha de la primera Disposición y en todo momento desde entonces, un mínimo del 80 % del Importe Total de la Financiación que se prevea que está pendiente de amortización en cada momento deberá estar cubierto bajo los Contratos de Cobertura con un tipo de interés fijo.

...

(iv) Si en cualquier momento, los importes nominales de cualquiera de los Contratos de cobertura excediesen, en su conjunto, el importe dispuesto del Contrato de Crédito del BEI o del Contrato de Crédito Comercial, según corresponda, el Acreditado procederá a reducir el nominal de los Contratos de Cobertura correspondientes de tal modo que, en ningún caso, el nominal conjunto excederá del principal dispuesto en virtud de los contratos de crédito cuyos intereses son objeto de cobertura.”

6.12 Relativas al Abandono o Pérdida del Proyecto

El Acreditado no permitirá que ocurra un Abandono del Proyecto o una Pérdida del Proyecto.

En el apartado de definiciones se define Abandono del Proyecto significa la ausencia de avance sustancial de las obras constitutivas del Proyecto por un período de más de un (1) Mes, o el cese de las actividades de explotación del Proyecto (incluyendo su conservación, uso y defensa de la viabilidad), por un periodo de mas de un (1) Mes, en ambos casos sin causa justificada y según determine razonadamente el BANCO sobre la base de un informe del Asesor Técnico.

En el apartado de interpretación y definiciones:

“Acreditantes Comerciales” significa La Caixa y Banesto y sus legítimos cesionarios al amparo del Contrato de Crédito Comercial.

“Acreedores” significa, conjuntamente, el BEI, los Acreditantes Comerciales y las Entidades de Cobertura.

“Auditor del modelo” significa PricewaterhouseCoopers u otra Persona nombrada para asistir a los Acreedores en las funciones previstas en los Documentos Financieros como auditor del Caso Base junto con sus sucesores y cesionarios permitidos.

“Caso Base” significa el modelo financiero que contenga el resultado de las proyecciones financieras previstas para la ejecución del Proyecto y actualizadas con los informes de los Asesores, desarrollado en el fichero “Excel” denominado “Caso Base GHK 31-01-11.v2.xis” y auditado a satisfacción de los Acreedores por el Auditor del Modelo, y que presenta, desde el año 2015 incluido, los siguientes Ratios de Cobertura del Servicio de la Deuda y Ratio de Cobertura del Crédito mínimos para el Proyecto en su totalidad:

Ratios de Cobertura del Servicio de la Deuda mínimo 1,25

Ratio de Cobertura del Crédito mínimo 1,30.

24°.- El 3-2-2011 se suscribe asimismo el “Contrato de Crédito Comercial” entre La Caixa, Banesto y GHK del que cabe destacar las siguientes cláusulas (doc.nº 82 de la demanda):

Apartado de definiciones.

“Caso Base” significa el modelo financiero que contenga el resultado de las proyecciones financieras previstas para la ejecución del Proyecto y actualizadas con los informes de los Asesores Independientes de forma que, entre otros, (i) las hipótesis estén actualizadas a la fecha de cierre de los procesos de auditoría de tales Asesores Independientes; (ii) demuestre en base a los Ratios Financieros una amortización total de las cantidades debidas bajo el Contrato de Crédito y el Contrato de Financiación BEI (incluyendo para evitar dudas las cantidades debidas, en su caso, bajo los Contratos de Cobertura) en veintiun (21) años desde la forma de los Documentos de Financiación; y (iii) prevea a partir del inicio del Período de Explotación un LLCR de, como mínimo, un 1,30x, un RCSD superior o igual a 1,25 hasta la Fecha de Vencimiento Final del Crédito y un Ratio de Apalancamiento mínimo de 38:62. El Caso Base será objeto de revisión de conformidad con la Estipulación 14.2 (xxiv), de mutuo acuerdo por la Acreditada y la totalidad de las Acreditantes y se tendrá en cuenta en dicha revisión la evolución de los parámetros que se hayan tenido en cuenta en su elaboración.

“Causas de Vencimiento Anticipado” significa las causas que se reseñan en la Estipulación 15 del presente Contrato.

“Coste de Ruptura de los Contratos de Cobertura” significa, en cada momento, los importes debidos por la Acreditada como resultado de la liquidación de los Contratos de Cobertura y/o como consecuencia de la novación o ajuste del mismo para adaptar el principal de los Contratos de Cobertura a la deuda subyacente y que se devenguen, con arreglo a los Contratos de Cobertura, como consecuencia de la resolución anticipada del Crédito, o de una amortización anticipada voluntaria u obligatoria del mismo, o bien como consecuencia de haberse producido cualquier otra causa de resolución anticipada de las previstas en los Contratos de Cobertura.

“Inversiones del Proyecto” significa los pagos aprobados por las Acreditantes y/o el BEI efectuadas o a efectuar por la Acreditada en concepto de inversiones según lo previsto en el Caso Base.

“Principal” significa el principal del presente Crédito por un importe máximo de SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL EUROS (67.939.000 E), el cual podrá reducirse en su caso como consecuencia de la actualización del Caso Base prevista en la Estipulación 3.2.1. (xiii) posterior, o de una cancelación del Principal no Dispuesto del Crédito de conformidad con la Estipulación 3.1.6 posterior.

“Principal Dispuesto de la Financiación” significa en cada momento, la suma de todas las cantidades dispuestas y no amortizadas por la Acreditada en virtud del Contrato de Crédito y del Contrato de Financiación BEI.

“Principal No Dispuesto del Crédito” significa la diferencia entre el Principal del Crédito y el Principal Dispuesto del Crédito en cada momento hasta la terminación del Período de Disposición en la que el Principal no Dispuesto del Crédito quedaría cancelado en su totalidad.

2. PRINCIPAL, FINALIDAD Y DURACIÓN DEL CRÉDITO

2.1 Principal

2.1.1. Por el presente Contrato las Acreditantes conceden a la Acreditada un crédito, de carácter mercantil, que la Acreditada acepta expresamente, por un importe máximo de SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL EUROS (67.939.000 E), el cual podrá reducirse en su caso como consecuencia de la actualización del Caso Base prevista en la Estipulación 3.2.1. (xiii) posterior, o de una cancelación del Principal No Dispuesto del Crédito de conformidad con la Estipulación 3.1.6. posterior.

...

DISPOSICION Y ENTREGA DE LOS FONDOS

Período de Disposición y Principal Dispuesto del Crédito.

...

La Acreditada podrá cancelar en su totalidad o en parte y con efecto inmediato el Principal No Dispuesto del Crédito mediante notificación por escrito al Agente a tales efectos, y siempre y cuando la Acreditada demuestre, a satisfacción de las Acreditantes, que razonablemente se podrán abonar todas las Inversiones del Proyecto en su fecha de vencimiento. Dicha cancelación habrá de realizarse conjuntamente con una cancelación paralela del principal no dispuesto bajo el Contrato de Financiación BEI, por el importe correspondiente que mantenga la proporcionalidad de importe máximo del Crédito y el importe máximo del Contrato de Financiación BEI a la fecha de forma del presente Contrato”.

Condiciones Previas para las Disposiciones.

3.2.1. Con carácter previo o simultáneo a la obtención por la Acreditada de la primera Disposición bajo el presente Contrato, se deberán cumplir todas y cada una de las siguientes condiciones, a satisfacción de las Acreditantes:

...

(xii) Que se haya suscrito, con anterioridad a que el Agente reciba la Solicitud de Disposición, las Confirmaciones adicionales correspondientes para cubrir el noventa por ciento (90 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo de interés variable) previsto durante el Período de Construcción, y el ochenta por ciento (80 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo de interés variable) previsto durante el Período de Explotación.

(xiii) Que, dentro de los dos (2) Días Hábiles siguientes a la suscripción de las Confirmaciones referidas en el apartado (xii) anterior, el Agente haya recalculado el Caso Base adjunto como Anexo VII (I), mediante la actualización exclusiva de los siguientes parámetros: (1) el tipo de interés aplicable (entendiendo por tal el tipo medio ponderado de las Confirmaciones contratadas conforme a lo dispuesto en el apartado (xii) anterior), (2) el Principal y, en su caso (3) el precio de los Contratos de Construcción vigentes en esa fecha. Una vez efectuado dicho recálculo, las Partes protocolizaran el Caso Base mediante acta notarial no más tarde de la fecha de la Disposición.

Si efectuado el recálculo del Caso Base, el RCSD y/o el LLCR resultante para todas y cada una de las anualidades restantes en el Caso Base recalculado fuera inferior a 1,25 y/o

1,30 respectivamente, el Agente reducirá el Principal en el Caso Base recalculado hasta que el RCSD y/o el LLCR para todas y cada una de las anualidades restante en el Caso Base recalculado fueran igual a 1,25 y/o 1,30 respectivamente. Una vez determinado el nuevo Principal, el Agente lo comunicará a la Acreditada y las restantes Acreditantes, siendo dicho Principal efectivo desde la fecha de la comunicación, a todos los efectos previstos en este Contrato y el resto de los Documentos de la Financiación.

Solicitud e Importe de las Disposiciones.

...

3.3.8. Los importes dispuestos bajo el Crédito y bajo el Contrato de Financiación BEI serán proporcionales al importe máximo del Crédito y al importe máximo del Contrato de Financiación BEI a la fecha de firma de este Contrato (excepto si dicha proporcionalidad no existe por haberse dispuesto de la financiación otorgada bajo el Contrato de Financiación BEI en una proporción mayor a la que le correspondería, en cuyo caso cualquier Disposición bajo el Crédito será por un importe no superior al necesario para restablecer la proporcionalidad entre los importes dispuestos bajo el presente Contrato y los importes dispuestos hasta dicha fecha bajo el Contrato de Financiación BEI, conforme a la Estipulación 3.1.4. anterior).

4. DISTRIBUCION DE CRÉDITO Y DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS ACREDITANTES

4.1 Distribucion entre las Acreditantes

4.1.1. El importe total del Principal del Crédito se distribuye entre las Acreditantes de conformidad con su participación en el mismo conforme al siguiente esquema

La Caixa 33.969.500 euros 50 %

Banesto 33.969.500 euros 50 %

....

13. DECLARACIONES DE LA ACREDITADA

La Acreditada, que reconoce el carácter esencial que las siguientes declaraciones han tenido para el otorgamiento del presente Crédito por las Acreditantes, manifiesta, aceptando que la falsedad en cualquier momento durante la vida del presente Contrato de cualquiera de las siguientes declaraciones constituye una Causa de Vencimiento Anticipado:

...

(xi) Que no existe en la actualidad ningun litigio, arbitraje o procedimiento de cualquier índole, de cuya iniciación se tuviera noticia que, si se resolviese de forma adversa para la Acreditada, enfría un Efecto Sustancial Adverso, salvo por los litigios listados en el Anexo 13.1 (xi).

ANEXO 13.1 (XI) LISTADO DE LITIGIOS EN CURSO

14. OTRAS OBLIGACIONES DE LA ACREDITADA

14.2. Obligaciones de Hacer

(xv) En relacion a los Contratos de Cobertura:

Suscribir, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del presente Contrato, las Confirmaciones por un nominal que permita cubrir el cuarenta y cinco por ciento (45 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas al régimen de tipo de interés variable) durante el Período de Construcción, y el cuarenta por ciento (40 %) del principal dispuesto y pendiente de amortización del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo de interes variable) previsto durante el Período de Explotacion, y a elevar a público dichas Confirmaciones dentro de los cinco (5) Dias Hábiles siguientes a la suscripción de las mismas.

Elevar público dentro de los cinco (5) Dias Hábiles siguientes a la primera Disposición bajo el Crédito, las Confirmaciones adicionales referidas en la Estipulación 3.2.1. (xii) anterior.

Mantener suscritas desde el momento de la suscripción de las Confirmaciones referidas en la Estipulación (3.2.1 (xii) anterior y hasta la fecha de 3 de febrero de 2030, Confirmaciones que cubran el noventa por ciento (90 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo variable) previsto durante el Período de Construcción, y el ochenta por ciento (80 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar delCrédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo de interés variable) previsto durante el Período de Explotación.

Asimismo de producirse amortizaciones anticipadas bajo el Crédito o bajo el Contrato de Financiación BEI, ya sean voluntarias u obligatorias, el nominal de los Contratos de Cobertura habrá de adecuarse proporcionalmente, debiendo abonar la Acreditada los Costes de Ruptura de los Contratos de Cobertura correspondientes.

En el mismo sentido la Cláusula 8 sobre amortización anticipada voluntaria u obligatoria, apartados 8.1.4 y 8.2.2, en los que se prevé el ajuste del nocional correspondiente para el caso que el nocional cubierto sea superior al Principal Dispuesto del Crédito y del principal dispuesto al Contrato de Financiación BEI.

...

15. VENCIMIENTO ANTICIPADO

15.1 Causas de Vencimiento Anticipado

No obstante el vencimiento normal pactado, las Acreditantes podrán resolver el presente Contrato y exigir el reembolso de cuantas cantidades les fueran en ese momento debidas por la Acreditada por principal, intereses, comisiones, gastos o cualquier otro concepto bajo el presente Contrato, si se diera cualquiera de los siguientes supuestos, siempre que no hubiesen sido subsanados en el plazo, que en su caso, se indica a continuación:

...

(x) La destrucción, expropiación, confiscación, nacionalización o intervención administrativa del Proyecto o de una parte sustancial del mismo o la Acreditada, o renunciapor cualquier causa del Proyecto, Pérdida del Proyecto y/o el Abandono.

...”.

En el apartado de definiciones:

“Abandono” significa la ausencia de avance sustancial de las obras constitutivas del Proyecto por un período de más de un (1) Mes, o el cese de las actividades de explotación del Proyecto (incluyendo su conservación, uso y defensa de la viabilidad), por un período de mas de un (1) Mes, en ambos casos sin causa justificada y según determinen razonadamente las Acreditantes sobre la base de un informe del Aseor Técnico.

25°.- En la misma fecha 3-2-2011 se suscriben por GHK con Banesto y la Caixa los denominados Side Letter (doc. nº 91 y 92 de la demanda), de los que se destaca:

“De conformidad con lo previsto en el Contrato de Crédito, la Acreditada se compromete a formalizar con las Entidades de Cobertura sendos instrumentos de cobertura de tipos de interés (incluyendo el correspondiente contrato marco, sus anexos y las correspondientes confirmaciones) de forma que (i) se permita cubrir el cuarenta y cinco por ciento (45 %) del principal dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo variable) previsto durante el Período de Construcción, y (ii) el cuarenta y cinco por ciento (80 %) del principal

dispuesto y pendiente de amortizar del Crédito y del Contrato de Financiación BEI (por las cantidades sujetas el régimen de tipo de interés variable) previsto durante el Período de Explotación y (iii) que el margen sea de veinticinco puntos básicos.”

En la Side Letter suscrita con la Caixa, se añade “Adicionalmente, las Partes acuerdan el siguiente calendario estimativo y no vinculante en relación con el saldo vio total a cubrir y la cobertura a ser realizada por la Caixa, en relación con el CMOF”, siguiéndole el calendario al que hace referencia.

26°.- En el COMF suscrito en la misma fecha 3-2-2011 se regulan las causas de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes (cláusula o estipulación novena), pactándose en el apartado 12 intitulado “Otras causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes” que las partes podrán acordar en el Anexo I otras Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes, con los efectos que se establecen en la Estipulación 11.1, y las Causas de Vencimiento Anticipado de operaciones por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas (estipulación décima), pactándose en el apartado 10.3 intitulado “Otras causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas” que las partes podrán acordar en el Anexo I otras Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas. En la estipulación undécima las “Consecuencias de las causas de vencimiento Anticipado” estableciendo un proceso de fijación de Fecha de Vencimiento Anticipado según se trate de Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes ó Causas de Vencimiento Anticipado de operaciones por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas. En la estipulación duodécima los “Efectos de la fijación de una fecha de vencimiento anticipado” , disponiéndose en el apartado 3 que “Una vez que sea efectiva la Fecha de Vencimiento Anticipado se procederá al cálculo de la Cantidad a Pagar derivada del vencimiento anticipado de las Operaciones, de conformidad con lo establecido en las Estipulaciones siguientes”.En la Estipulación Decimotercera “Estado de Cuentas” se regula que la parte a la que corresponde realizara los cálculos previstos en la Estipulación Decimocuarta y que facilitara a la otra parte un estado de cuentas con el detalle de los cálculos practicados, incluyendo las correspondientes valoraciones, especificando, en su caso, la Cantidad a Pagar, de conformidad con la Estipulación DecimoCuarta y los datos de la cuenta en que deberá hacerse efectos el pago de la Cantidad a Pagar.

En el Anexo I al CMOF, que comienza con un primer apartado sobre la interpretación del Anexo I cuyo párrafo segundo se refiere a las Operaciones que se cierran al amparo del Contrato de Financiación suscrito entre Banesto y La Caixa, además de la definición de determinados términos, se introducen ciertas modificaciones a las estipulaciones del Contrato Marco, debiendo destacarse en lo que hace al caso:

.-se añade un nuevo apartado 11.4 al final de la Estipulación Undécima “Consecuencias de las Causas de Vencimiento Anticipado”.

.- se añade en la 1ª línea del apartado a) del punto 14.1.1. de forma que donde dice “(calculado por la Parte no incumplidora)” debe decir “(calculado por la Parte no incumplidora conforme a criterios objetivos y justos”.

.-de conformidad con lo previsto en la estipulación 9.12 del COMF, establecen Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes adicionales, y, entre ellas:

(ii) A los únicos efectos de las Operaciones de cobertura que se cierren al amparo del Contrato de Financiación, además de la prevista en el apartado 12 (i) anterior:

El acaecimiento de cualquiera de las causas previstas en la cláusula 15.1 del Contrato de Financiación; y

El vencimiento anticipado del Contrato de Financiación.

.-de conformidad con lo previsto en la estipulación 10.3 del COMF, establecen Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas adicionales.

.- “Amortización anticipada del Contrato de Financiación”

En relación con las operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación, y siempre que ello no suponga incurrir en una causa de vencimiento anticipada regulada en el Contrato de Financiación:

“(a) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada total de la Financiación, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a cancelar las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación al tiempo o una vez que se produzca la referida amortización anticipada total. A estos efectos, las Partes acuerdan que será de aplicación lo previsto en la Estipulación 14 del Contrato Marco, siendo considerado el Banco como la Parte no incumplidora. Los posibles costes incurridos o beneficios obtenidos por el BANCO como consecuencia de la cancelación anticipada total de dichas Operaciones, serán, respectivamente, soportados, en caso de costes, o trasladados, en caso de beneficios, a la CONTRAPARTIDA.

(b) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada parcial del mismo, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a reducir el importe Nominal de las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación (de tal forma que el Importe Nominal de las Operaciones no sea superior al importe comprometido y/o dispuesto y pendiente de amortización bajo el Contrato de

Financiación y el Contrato de Financiación BEI). A estos efectos, las Partes acuerdan que será de aplicación lo previsto en la Estipulación 14 del Contrato Marco, siendo considerado el BANCO como la Parte no Incumplidora. Los posibles costes incurridos o beneficios obtenidos por el BANCO como consecuencia de la cancelación anticipada parcial de dichas Operaciones, serán, respectivamente, soportados, en caso de costes, o trasladados, en caso de beneficios, a la CONTRAPARTIDA.

Y en la estipulación Decimocuarta del COMF intitulado “Cálculo de la Cantidad a Pagar”:

“14.1. Cantidad a Pagar por el Vencimiento Anticipado de Operaciones Motivado por las Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes.

14.1.1. Aplicando el Criterio de Valor de Mercado. La Cantidad a Pagar, será igual a:

a) la suma del Importe de Liquidación (calculado por la Parte no incumplidora) de todas las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado (con signo positivo si el importe de Liquidación es a recibir por la Parte no incumplidora y con signo negativo en caso de que la Parte no incumplidora tenga que pagar a la incumplidora dicho Importe de Liquidación) y el equivalente en la Moneda de Liquidación de los importes impagados debidos a la Parte no incumplidora menos

b) el equivalente en la Moneda de Liquidación de los importes impagados debidos a la Parte incumplidora.

14.1.2. Aplicando el Criterio de Valoración sustitutiva. En el supuesto de que no fuera posible determinar un Valor de Mercado, ó aun siendo posible, el resultado no fuera comercialmente aceptable, la Cantidad a Pagar será una cantidad equivalente a la Valoración sustitutiva de las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado, y respecto de las cuales se de la referida circunstancia.

14.1.3. Normas Comunes.

En el mismo COMF se definen:

.-la “Cantidad a Pagar” como “el importe expresado en la Moneda de Liquidación y calculado de conformidad con lo dispuesto en la Estipulación Decimocuarta, en caso de vencimiento anticipado de Operaciones, por cualquiera de las causas señaladas en las Estipulaciones Novena y/o Décima”.

.- el “Importe de Liquidación” como “el equivalente en la Moneda de Liquidación de la cantidad resultante de aplicar el criterio de Valor de Mercado o, en su caso, de Valoración Sustitutiva, para la/s Operación/es cuyo vencimiento se haya anticipado.

.- “Entidades de Referencia” significa “tres entidades financieras y/o empresas de servicios de inversión, valoradores o consultores financieros independientes que designe la Parte que deba determinar el Valor de Mercado, destacados por su volumen de negociación en el correspondiente mercado o por su reconocido prestigio en el campo del análisis y/o valoración de instrumentos financieros”.

.-el “Valor de Mercado”:

“significa, en relación con una o más Operaciones cuyo vencimiento se ha anticipado, una cantidad (en la Moneda de Liquidación) fijada por la Parte que, con arreglo a este Contrato Marco esté legitimada para determinarla, sobre la base de las valoraciones proporcionadas por las Entidades de Referencia que podrán venir expresadas en español o en inglés. Cada valoración expresara la cantidad que esa parte recibiría (en cuyo caso dicha cantidad deberá expresarse con signo negativo) o pagaría (en cuyo caso dicha cantidad deberá expresarse con signo positivo) por contratar una Operación con la Entidad de Referencia, que tuviera el efecto de mantener el valor económico que para esa Parte tendría cualquier pago o entrega que debiera haberse realizado a partir de la Fecha de Vencimiento Anticipado, en virtud de la Operación o grupo de ellas cuyo vencimiento se haya anticipado.

No se incluirán los importes impagados de las Operaciones o grupo de ellas cuyo vencimiento se haya anticipado, pero sí los pagos o entregas debidos después de la Fecha de Vencimiento Anticipado y que no se hayan efectuado por haberse fijado ésta.

La Parte que determine la cantidad, solicitará a las Entidades de Referencia que den sus valoraciones, en la medida de lo posible, en el mismo día y hora, en la Fecha de Vencimiento Anticipado o, en su caso, tan pronto como sea posible después de esa fecha. En el caso de obtener dos o más valoraciones, se calculará la media aritmética de todas ellas. Si se diera únicamente una valoración, el Valor de Mercado será dicha valoración. Si no se obtuviera ninguna valoración, se considerara que la determinación del Valor de Mercado no es posible.

Para el cálculo del Valor de Mercado, se tomarán como referencia las cotizaciones proporcionadas por las Entidades de Referencia en las 24 horas posteriores a su solicitud. Si pasadas esas 24 horas, no se hubiera obtenido ninguna valoración, se considerará que la determinación del Valor de Mercado no es posible. No obstante, si alguna de dichas Entidades de Referencia comunicara con anterioridad al término de ese plazo que no va a proporcionar su cotización, no será necesario esperar el resto de esas 24 horas.

A lo efectos anteriores, será suficiente para considerar como válidamente solicitada y emitida una cotización de las Entidades de Referencia cualquier medio de comunicación entre el solicitante y la Entidad de Referencia del que quede constancia, sea éste escrito (incluyendo, sin ánimo limitativo, el correo electrónico o el fax) u oral (siendo suficiente

a tales efectos, con la grabación de la conversación en la que se solicita y/o emite la cotización)”.

- y la “Valoración Sustitutiva”:

“significa la cantidad (en la Moneda de Liquidación) que una Parte calcule como sus pérdidas de cualquier tipo (expresadas en signo positivo) o ganancias (expresadas en signo negativo) en relación con este Contrato Marco o con una Operación o grupo de ellas cuyo vencimiento se haya anticipado, según el caso, incluyendo cualquier lucro cesante derivado del Contrato, los costes de financiación y/o costes derivados del vencimiento anticipado, liquidación, obtención o restablecimiento de cualquier cobertura o posición relacionada con la misma (o cualquier ganancia obtenida en esos casos).

La Valoración Sustitutiva incluye las pérdidas, intereses y los costes (o ganancias) en relación con cualquier pago o entrega que, debiendo haberse realizado en o antes de la Fecha de Vencimiento Anticipado correspondiente, no se haya realizado.

La Valoración Sustitutiva no incluye los gastos relacionados en la Estipulación Decimonovena de este Contrato Marco.

La determinación de la Valoración Sustitutiva habrá de hacerse en la Fecha de Vencimiento Anticipado o en el momento inmediatamente posterior en el que sea posible. La determinación de la Valoración Sustitutiva podrá hacerse, por referencia a cotizaciones de tipos o precios de mercado de una o más Entidades de Referencia y podrá venir expresada en español o en inglés”.

Tanto el CMOF de Banesto como el Anexo I al mismo, y lo mismo cabe decir de la Side Letter, fueron suscritos en su redacción definitiva tras la revisión de los borradores por la asesoría jurídica de GHK, Garrigues, quien introdujo los cambios que consideró y fueron aceptados por Banesto (doc. nº 36 de la contestación de Banco Santander, folio 1358 se dice que en la versión de la Side Letter remitida se dice que se incorporaran en la Confirmacion una serie de Cláusulas adicionales, pero que no se relaciona ninguna y que, en cualquier caso, entendían que el único objeto de la Side Letter era reflejar el spread del derivado y que no se hacía referencia alguna a este extremo, y Cuatrecasas adjunta nueva versión, incorporando el margen del derivado, 25 puntos básicos, y eliminando el párrafo que hacía referencia a las cláusulas adicionales)

27º.- En la misma fecha 3-2-2011 se suscriben y elevan a documento público los siguientes documentos contractuales:

Por un lado, y bajo el número 358 del protocolo notarial, se firmó un acta de depósito de once DVD autorizando a las entidades para poder retirar dichos DVD en los plazos

expresados en el documento público. Dicha escritura fue suscrita por "GHK", el "BEI", "BANESTO" y "LA CAIXA". (doc. nº 72 de la demanda).

Bajo el número 361 del protocolo notarial, "GHK", "BANESTO" y "LA CAIXA" suscribieron una escritura de elevación a público del "Contrato de Crédito IVA", cuya finalidad era financiar el IVA que se iba a soportar como consecuencia de la ejecución del Proyecto, de tal suerte que las entidades financieras concedían un crédito por el límite máximo de cinco millones de euros (5.000.000 euros) en las condiciones que se puede comprobar en el contrato elevado a público. (doc. nº 73 de la demanda).

Bajo el número 362 del protocolo notarial, "GHK", el "BEI", "BANESTO" y "LA CAIXA" suscribieron una escritura de elevación a público del "Contrato Marco de Garantías" otorgado por las partes, en cuya virtud se establecían diversas prendas sobre los distintos derechos de crédito que ostentaba u ostentaría la sociedad pública con ocasión de la ejecución del proyecto y de la firma de diversos contratos, así como se otorgaban diversos derechos reales de promesas de garantía. (doc. nº 74 de la demanda).

Bajo el número 363 del protocolo notarial, se suscribió una escritura en cuya virtud "GHK" otorgaba a favor de las entidades financieras un poder irrevocable al objeto de que estas, indistinta y solidariamente, en nombre y por cuenta de la sociedad y de acuerdo con lo establecido en el contrato de garantías, pudieran ejercitar determinadas prerrogativas como extender los derechos reales de prendas, actuar en las subastas de las prendas o constituir hipotecas y/o derechos reales de garantía objeto de las promesas de garantía (doc. nº 75 de la demanda).

Bajo el número 364 del protocolo notarial, se otorgó una escritura de elevación a público del "Contrato de Compromisos del Consorcio", en el que intervino el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, "GHK" y las tres entidades financieras, y cuyo objeto era la asunción de determinados compromisos u obligaciones por parte del Consorcio frente a "GHK" y las entidades financieras (doc. nº 76 de la demanda).

Bajo el número 365 del protocolo notarial, se otorgó una escritura de elevación a público del "Contrato entre Acreedores", en la que intervinieron el "BEI", "BANESTO" y "LA CAIXA", y por el que dichas entidades fijaban una serie de acuerdos entre acreedores relativos a diversas cuestiones que resultaban de su interés en su calidad de acreditantes y acreedores (doc. nº 77 de la demanda).

Bajo el número 366 del protocolo notarial, se otorgó la escritura de apoderamiento de "GHK" a favor de Don Carlos Ormazabal Urbizu y Don José Ignacio Etxezarreta Estala, Presidente y Gerente de la sociedad pública, respectivamente, para firmar los contratos financieros (doc. nº 79 de la demanda).

Bajo el número 368 a 392 del protocolo, se documentaron las actas notariales de notificación a diversas instituciones y entidades de la existencia de la pignoración por parte de "GHK" de diversos derechos de crédito a favor de las entidades financieras acreditantes, instruyéndoles sobre el proceder en relación con esa pignoración (doc. nº 80 de la demanda).

28º.- Entre la última semana de Enero y el 9-2-2011 que se suscriben los contratos de permuta financiera para coberturar el 50 % sobre el 90 % construcción y el 50 % del 80 % explotación de la financiación , la Sra. Maite Etxarri como Directora Financiera de GHK mantiene comunicaciones con las entidades La Caixa y Banesto en los que facilita el calendario de disposiciones matcheando el Caso Base bancario para los cálculos de los nocionales de las coberturas y solicita se le facilite la cotización del IRS y curvas que se están utilizando para la cotización que se le remiten una primera el 7 de febrero, junto con la curva de IRS y valores presentes de los intereses, y otra el 9 de febrero, previo a la suscripción telefónica de la operación, adjuntando asimismo los términos de los contratos de permuta financiera (fechas de inicio y de vencimiento, fases de IRS mensual y semestral indicando tipos de pago por el cliente y tipo que recibe act/360, indicándose que en el tipo fijo se incluyen los 25 puntos básicos de margen de crédito pactados en la operación (doc. nº 18 a 26 de la contestación a la demanda de Banco Santander, doc. nº 9 y 24 de la contestación de La Caixa).

El mismo proceso de comunicaciones se sigue con ocasión de la suscripción en Mayo de las permutas financieras por el 50 % restante a coberturar (doc. nº 28 a 33 de la contestación a la demanda de Banco Santander).

29º.- Con fecha 9-2-2011 y 11-2-2011 respectivamente se suscriben las confirmaciones o contratos de permuta financiera de tipos de interés (Interest Rate Swap) con la Caixa y Banesto, que serán elevados a documento público el 11-2-2011 (doc. nº 93 y 94 de la demanda).

Como se alega en la demanda los términos de las citadas operaciones pueden resumirse de la siguiente forma:

SWAP 1 BANESTO

Fecha de contratación.....	9/02/2011
Fecha de inicio.....	31/05/2011
Nocional.....	variable según cuadro.
Tipo fijo.....	4,39 %.
Base de liquidación.....	ACTUAL/360

Tipo variable.....EURIBOR MES hasta 31 de diciembre de 2014
.....EURIBOR 6 MESES desde 30/06/2015 hasta 31/12/2029

Pagador tipo fijo.....GHK S.A.U.

Pagador tipo variable.....BANESTO

SWAP 1 LA CAIXA

Fecha de contratación9/02/2011

Fecha de inicio.....31/05/2011

Nocional.....variable según cuadro

Tipo fijo.....4,39 %

Base de liquidación.....ACTUAL/360

Tipo variable.....EURIBOR MES hasta 31 de diciembre de 2014
.....EURIBOR 6 MESES desde 30/06/2015 hasta 31/12/2029

Pagador tipo fijo.....GHK S.A.U.

Pagador tipo variableLA CAIXA

30°.- Con fecha 12-5-2011 GHK firma el contrato para la redacción del proyecto, dirección facultativa, ejecución de las obras en construcción, puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa (doc. nº 95 de la demanda).

31°.- Con fecha 17-5-2011 se elevan a escritura pública el contrato de prendas del derecho de crédito otorgado por el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa a favor de La Caixa y Banesto (doc. nº 96 de la demanda).

32°.- En la misma fecha 17-5-2011 GHK, la Caixa y Banesto otorgan escritura pública de elevación a público del Caso Base (doc. nº 97 de la demanda).

33°.- Con fecha 12-5-2011 se suscriben las confirmaciones o contratos de permuta financiera de tipos de interés (Interest Rate Swap) con la Caixa y Banesto, que serán elevados a documento público el 17-5-2011 (doc. nº 99 y 100 de la demanda).

Como se alega en la demanda los términos de las citadas operaciones pueden resumirse de la siguiente forma:

SWAP 2 BANESTO

Fecha de contratación.....12/05/2011
Fecha de inicio.....31/05/2011
Nocional.....variable según cuadro que se acompaña en el anexo I.
Tipo fijo.....4,22 %.
Base de liquidación.....ACTUAL/360
Tipo variable.....EURIBOR MES hasta 31 de diciembre de 2014
.....EURIBOR 6 MESES desde 30/06/2015 hasta 31/12/2029
Pagador tipo fijo.....GHK S.A.U.
Pagador tipo variable.....BANESTO

SWAP 2 LA CAIXA

Fecha de contratación.....12/05/2011
Fecha de inicio.....31/05/2011
Nocional.....variable según cuadro que se acompaña en el anexo I.
Tipo fijo.....4,22 %.
Base de liquidación.....ACTUAL/360
Tipo variable.....EURIBOR MES hasta 31 de diciembre de 2014
.....EURIBOR 6 MESES desde 30/06/2015 hasta 31/12/2029
Pagador tipo fijo.....GHK S.A.U.
Pagador tipo variable.....LA CAIXA

34°.- Previo a la primera de las disposiciones de los créditos, Pwc llevó a cabo la auditoria del modelo financiero (doc. nº 101 de la demanda Propuesta de Servicios Profesionales de 26-3-2011 y doc. nº 102 Informe de Revision del Modelo financiero de 19-5-2011).

35°.- GHK ha dispuesto las siguientes cantidades de los contratos de crédito suscritos con el BEI por un lado y la Caixa y Banesto por otro:

.-7.200.000 euros el 30-5-2011 del “Contrato de Crédito” suscrito con el BEI, siendo 6.030.000 euros al deducirse de ese importe la comisión de apertura ascendente a 1.170.000 euros (doc. nº 106 de la demanda).

.-2.500.000 euros el 30-5-2011 del “Contrato de Crédito” suscrito con la Caixa y Banesto (doc. nº 107 a 109 de la demanda).

TOTAL DISPUESTO 9.700.000 EUROS NETO 8.530.000 EUROS

36°.- Las cantidades abonadas por GHK en concepto de liquidaciones de los contratos de permuta financiera hasta el 30-4-2013 ascienden a:

.-1.117.552,63 euros (operación 106270) y 1.008.872,67 euros (operación 107926). Operaciones éstas suscritas con Banesto.

.-1.117.552,63 euros (operación 168274) y 1.008.872,67 euros (operación 207392). Operaciones éstas suscritas con la Caixa.

37°.- En septiembre de 2011 GHK contrato los servicios de “PwC Auditores S.L.” para el asesoramiento en materia contable al respecto de los contratos de permuta financiera e impartición de formación en relación a la contabilización de dichos productos (doc. nº 110 a 113 de la demanda)

38°.- Con periodicidad mensual Banesto y La Caixa remitieron a GHK valoración a mercado de las permutas financieras suscritas (doc. nº 37 del escrito de contestación a la demanda de Banco Santander y doc. nº 12 del escrito de contestación a la demanda de La Caixa).

39°.- Con fecha 22 de Diciembre de 2011, posterior al cambio político en las instituciones públicas, la Asamblea del Consorcio de Residuos acordó en relación a la encomienda de gestión a GHK, que ésta procediera a suspender los contratos vinculados al Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa. Suspensión con carácter temporal y por seis meses. En Diciembre de 2011 GHK notifica al BEI, La Caixa y Banesto que dejaba en suspenso el

proyecto de construcción y explotación de las infraestructuras para la gestión de residuos “en alta” en el territorio histórico de Gipuzkoa.

40º.- Con fechas 30-8-2012 y 2-10-2012 , GHK remite al BEI, Banesto y la Caixa, comunicaciones en las que se mostraba disconformidad con las liquidaciones en relación a los contratos de cobertura por realizarse el cálculo sobre un valor nocional teórico superior al principal dispuesto y pendiente de amortizar de los créditos, y entender que ello no se ajusta a lo establecido en los Contratos de Crédito y Financiación suscritos el 3-2-2011, abonando provisionalmente la liquidación mensual, y quedando pendientes de una explicación al respecto, así como de la rectificación y devolución de la cantidad que corresponda tras el correcto cálculo de la liquidación, haciendo extensiva esta consideración a todos los pagos realizados hasta la fecha (doc. nº 116 y 117).

CUARTO.- DETERMINACIÓN DE LOS ANTECEDENTES JURIDICOS:

Enunciados los motivos de recurso , la impugnación y las oposiciones , así como los antecedentes fácticos de la litis resultantes de la documental , se efectuaran una serie de consideraciones en cuantos a los antecedentes jurídicos , es decir , la determinación de las acciones y sobre todo , las pretensiones articuladas en la demanda en relación a los distintos demandados pra su posterior examen separado.

Así la Sentencia dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario del que trae causa el presente recurso, desestima en su integridad la demanda interpuesta por la representación procesal de “Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa S.A.U.”(en adelante GHK) frente a “Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona” (en adelante La Caixa), “Banco Español de Crédito S.A.” (en adelante Banesto) y frente a “PricewaterhouseCoopers Corporate Finance S.L.” (en adelante PwC), en cuyo suplico se solicitaban o deducían los siguientes pedimentos:

Con respecto a BANESTO Y LA CAIXA

A.1.- Con carácter PRINCIPAL:

1.- Se declaren nulos de pleno derecho, o bien se anulen, los Contratos Marco de Operaciones Financieras, sus Anexos y las Side Letters suscritas entre GHK, Banesto y La Caixa y fechadas el 3-2-2011 (anexos nº 87 a 92) así como los Contratos de Confirmación de Permutas Financieras de Tipos de Interés elevados a públicos mediante escrituras públicas otorgadas en fecha 11-2-2011 y 17-5-2011 (anexos nº 93,94, 99 y 100) y

2.-Se condene a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la reintegración recíproca de los importes recibidos en ejecución de dichos contratos, con sus respectivos intereses legales, que serán determinados en ejecución de Sentencia.

A.2.- SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de desestimarse la petición deducida en el apartado A.1):

1.- Se declare que el importe de las liquidaciones de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés debe ser el que resulte de tomar como referencia el valor nominal de 9.700.000 euros, que es el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, declarándose asimismo que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunta a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y

2.- Se declare que la actora puede cancelar anticipadamente los contratos anteriormente referidos a coste cero, y

3.- Se condena a las demandadas a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos declarativos, a devolver a mi mandante las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, así como a proceder a la cancelación anticipada de los citados contratos a coste cero si así fuese requerido por la actora, todo lo cual se verificará en ejecución de Sentencia.

A.3.- SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de desestimarse las peticiones deducidas en los apartados A.1) y A.2):

1.- Se declare la nulidad parcial de los contratos referidos en el apartado A.1), en lo relativo a los importes nominales que constan en los Anexos de las Confirmaciones de Permuta Financiera y en las Side Letters suscritas con las demandadas, y

2.- Se declare que el importe de las liquidaciones de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés debe ser el que resulte de tomar como referencia el valor nominal de 9.700.000 euros, que es el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, declarándose asimismo que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunto a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y

3.- Se declare que la actora puede cancelar anticipadamente los contratos anteriormente referidos a coste cero, y

4.- Se condena a las demandadas a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos declarativos, a devolver a mi mandante las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, así como a proceder a la cancelación anticipada de los citados

contratos a coste cero si así fuese requerido por la actora, todo lo cual se verificará en ejecución de Sentencia.

A.4.- SUBSIDIARIAMENTE para el caso de desestimarse las peticiones deducidas en los apartados A.1), A.2) y A.3):

1.- Se declare la resolución de los contratos referidos en el apartado A.1) y/o de la Carta Mandato suscrita en fecha 3 de agosto de 2010, por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de las demandadas, sin que la actora tenga que abonar nada a las demandadas por dicha resolución, y

2.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por el precedente pronunciamiento declarativo y a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos, y en tal sentido se condene a las demandadas a devolver a la actora los importes de las liquidaciones de las permutas financieras de tipos de interés ya devengadas y pagadas, en todo aquello que exceda de su cálculo según un importe nominal de 9.700.000 euros con sus respectivos intereses legales.

A.5.- SUBSIDIARIAMENTE para el caso de desestimarse las peticiones deducidas en los apartados A.1), A.2), A.3) y A.4):

1.- Se declare que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunto a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y

2.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por el precedente pronunciamiento declarativo y a devolver a la actora las cantidades que las demandadas hubieran percibido de mas en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, todo lo cual se verificará en ejecución de sentencia, y

A.6.- Se condene a las demandadas al pago de las costas judiciales.

B.- Con respecto a PwC

B.1.- Con carácter PRINCIPAL:

1.- Se declare la resolución del contrato de servicios de asesoramiento económico financiero de la financiación de infraestructuras formalizado entre GHK y PwC en fecha 1 de abril de 2009 (anexo nº 17) por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada, y

2.- Se condene a la demandada a estar y pasar por el precedente pronunciamiento declarativo y a abonar a la actora la cantidad de 236.990 euros, más sus correspondientes intereses legales.

B.2.- Con carácter PRINCIPAL, y para el caso de desestimarse las peticiones deducidas en los apartados A.1), A.2), A.3) y A.4) anteriores:

1.- Se declare que la demandada debe hacerse cargo de todas las liquidaciones ya devengadas y pagadas de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés suscritas con las entidades financieras codemandadas en todo aquello que excedan del cálculo realizado según un valor nominal de 9.700.000 euros, que se corresponde con el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, y

2.- Se declare que la demandada debe abonar las liquidaciones que en lo sucesivo se devenguen en todo aquello que excedan del cálculo realizado según un valor nominal de 9.700.000 euros, que se corresponde con el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, o bien abonar el coste de cancelación anticipada de dichos contratos, a elección de la actora, y

3.- Se condene a la demandada a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos declarativos y:

- A abonar a la actora los importes de las liquidaciones ya devengadas y pagadas de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés en todo aquello que excedan del cálculo realizado según un valor nominal de 9.700.000 euros, con sus correspondientes intereses legales, y

- A abonar a la actora los importes de las liquidaciones que en lo sucesivo se devenguen de dichos contratos en todo aquello que excedan del cálculo realizado según un valor nominal de 9.700.000 euros, o el coste de cancelación anticipada de dichos contratos, a elección de la actora.

B.3.- Se condene a la demandada al pago de las costas judiciales.

QUINTO.- Sentadas las anteriores premisas fácticas y jurídicas, varias son las cuestiones que se plantean en el recurso formulado por GHK, pero la Sala considera que por razones de sistemática y orden jurídico ha de comenzarse analizado la atinente a la interpretación contractual al respecto de si el nocional de referencia de las permutas financieras que ha de tomarse en consideración ó como base de las liquidaciones en los distintos periodos de liquidación ha de serlo el importe del crédito efectivamente dispuesto y no amortizado y no los importes que se recogen en los cuadros adjuntos de las confirmaciones de permutas, que integra el objeto de los **motivos de recurso 7º y 8º**, y cabe decir asimismo del **motivo 10º** en relación a la Carta Mandato, en cuanto la respuesta a tal extremo que constituye el eje nuclear de la posición procesal de la parte

actora en la presente Litis va a determinar la respuesta de fondo de prácticamente la totalidad de las restantes cuestiones en relación al objeto de las distintas peticiones del suplico.

Ello obliga a examinar las dos cuestiones que han sido puestas de manifiesto por el recurrente como relevantes en orden a la averiguación de la voluntad contractual:

.- accesoriadad de las permutas en relación a los contratos de financiación.

.- instrumentación jurídica de la operación de financiación como contrato de crédito y no de contrato de préstamo.

Para ello se estima adecuado comenzar efectuando una breve referencia a la naturaleza y características tanto de la operación de financiación denominada Project finance en cuyo marco se incardinan las permutas financieras, así como a la naturaleza y características y funcionamiento de las permutas financieras efectivamente suscritas por las partes.

El denominado project finance como modalidad de operación de financiación estructurada, que se ajusta a una metodología concreta tanto desde el punto de vista financiero como jurídico que es el seguido en este caso, presenta unas características propios y diferenciadoras entre las que cabe destacar en lo que es al caso, sintéticamente, que queda eliminado o limitado el recurso al accionista de forma que es el propio proyecto el que responde en exclusiva del repago de la deuda, siendo la garantía de la financiación la generación de caja del proyecto ó cash flow, lo que exige un estudio de la viabilidad económica del proyecto, lo que se realiza en el denominado modelo económico del proyecto ó “Caso Base” que se elabora conforme a una serie de hipótesis necesarias tanto para el inicio del proyecto como para la posterior evolución de la explotación .

A través del “Caso Base” se obtiene la cuenta de resultados, el balance de situación y el estado de flujos de caja del proyecto, y sirve para el análisis a futuro de los estados financieros siendo el verdaderamente importante el Cash Flow, en cuanto a través del mismo se observa la capacidad del proyecto para generar fondos y, por tanto, pagar los gastos financieros y amortizar la deuda. Es una fórmula matemática en la que se incluyen los ingresos que en este caso GHK manifestaba iba a tener y los gastos a soportar por todos los conceptos, para permitir conocer la racionalidad financiera de la infraestructura y su financiabilidad.

En cuanto a las permutas financieras nos encontramos en presencia de "instrumentos derivados", es decir, productos financieros cuya principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice, que se denomina "activo subyacente", en este caso, tipos de interés, más concretamente, productos financieros denominados Swap o de Permuta Financiera de Tipos de Interés, conocido también bajo su acrónimo en inglés IRS (Interest Rate Swap), y que se define como un contrato mediante el cual el Banco y el

cliente acuerdan intercambiar entre sí durante un periodo de tiempo determinado el pago de cantidades resultantes de aplicar un cierto tipo fijo y un tipo variable de interés sobre un importe nominal.

Se trata de un producto complejo. El art. 79 bis 8 a) de la LMV, tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, a sensu contrario, así lo contempla. Así lo ha declarado también la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C- 604/11, caso Caso Genil 48, S.L. y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones.

La permuta financiera de tipos de interés puede ser meramente especulativa, en el sentido de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados, sin que exista un riesgo u operación de pasivo a la que dar cobertura, ó puede actuar como cobertura de otras operaciones. En este segundo caso, la finalidad de la permuta es la mejora de la estructura financiera o de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, al alza de los tipos de interés variable, y en concreto el riesgo que supone el aumento del coste financiero que tiene que soportar cuando suben los tipos de interés, persiguiendo con ello una estabilidad en tal coste financiero ; para lo cual se contrata un nominal que está asociado en el caso de swap de interés al importe de una deuda que el cliente tiene asumida con la propia entidad que ofrece el producto o con otra entidad financiera o el endeudamiento global. Pudiendo ser las liquidaciones positivas o negativas, según la cantidad que el cliente pague al banco sea inferior o superior a la que recibe del banco y que viene determinado por la subida o bajada del euribor por encima o por debajo del tipo fijo contratado.

De forma que la función del producto es que las ganancias que supone las liquidaciones positivas se ven compensadas por el pago de mayores intereses, mientras que las pérdidas que suponen liquidaciones negativas se ven compensadas por el pago de menores intereses. En resumen, un IRS permite transformar una estructura de pagos de financiación a tipo variable en otra a tipo fijo y así se limita el coste de la financiación a un tipo máximo.

Dicho lo anterior, en relación con las directrices y criterios que informan la interpretación de los contratos debe señalarse que el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 29 de enero de 2015 (núm. 27/2015) tiene declarado lo siguiente:

“(…) En esta línea, una síntesis de estas directrices puede quedar expuesta de la siguiente manera:

i) En primer lugar, debe destacarse que en el proceso interpretativo de los contratos la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes se erige como principio rector de la labor interpretativa, de forma que las demás reglas

confluyen a su alrededor bien complementándola, bien supliéndola, pero nunca limitándola o alterándola.

La aplicación de este principio rector comporta una delimitación del proceso interpretativo que también interesa puntualizar. En efecto, en primer término, debe señalarse que la búsqueda o averiguación de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas; de modo que el análisis o la interpretación sistemática constituye un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (también denominada canon hermenéutico de la totalidad, artículo 1286 del Código Civil). En segundo término, y en estrecha relación con la anterior, debe señalarse el carácter instrumental que presenta la interpretación literal del contrato que se infiere del criterio gramatical del mismo (párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil); de forma que no puede ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, pues la atribución del sentido objeto de la interpretación , y de ahí la unidad lógica del artículo citado, conforme a su segundo párrafo, sigue estando en la voluntad realmente querida por partes contratantes.

Esta consideración, ha sido especialmente destacada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, STS de 18 de junio de 2012, precisándose el hecho del necesario proceso interpretativo aunque los términos resulten claros, pues dicha claridad no determina, por ella sola, que dichos términos resulten literalmente unívocos en el contexto interpretativo del contrato celebrado. En este sentido, profundiza la citada sentencia declarando, entre otros extremos, que: «el sentido literal, como criterio hermenéutico, destaca por ser el presupuesto inicial del fenómeno interpretativo, esto es, el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocia, proyectado en el contrato. Desde esta perspectiva general, su aplicación o contraste puede llevar a dos alternativas. En la primera, cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención querida por los contratantes, la interpretación literal es el punto de partida y también el punto de llegada del fenómeno interpretativo; de forma que se impide, so pretexto de la labor interpretativa, que se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. En la segunda, la interpretación literal colabora decisivamente en orden a establecer la cuestión interpretativa, esto es, que el contrato por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o la propia conducta de los contratantes, contenga disposiciones interpretables, de suerte que el fenómeno interpretativo deba seguir su curso, valiéndose para ello de los diferentes medios interpretativos a su alcance, para poder dotarlo de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y de conformidad con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual ».

En este contexto, y en tercer término, debe señalarse que esta valoración subjetiva del contrato celebrado es la que se sigue con la denominada interpretación integradora del

mismo (artículos 1282 y 1283 del Código Civil). ii) En segundo lugar, en orden a esta síntesis del marco de las directrices del proceso interpretativo, debe tenerse en cuenta que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala también ha resaltado el papel básico que juegan los principios de conservación del contrato y de buena fe contractual (artículos 1284, 1289 y 1258 del Código Civil, respectivamente)”.

En este marco de interpretación también conviene señalar que la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dentro del plano satisfactivo del cumplimiento en la dinámica contractual , ha destacado la instrumentación técnica de la doctrina de la base del negocio como criterio de interpretación contractual ; entre otras, SSTS de 12 de abril de 2013 (núm. 165/2013) y 18 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013).

Desde lo que antecede, en el presente caso es claro que las partes no contrataron un producto de inversión autónomo y de carácter especulativo, si no que las permutas financieras se suscriben como instrumento de cobertura del riesgo de la subida de los tipos de interés variable referencial pactado en los contratos de crédito concertados con las entidades bancarias demandadas y con el BEI. Como ha quedado dicho más arriba nos encontramos ante la tipología de financiación estructurada denominada project finance en el que garantía otorgada es el proyecto en sí y los activos que componen el mismo y el repago de la deuda se va a producir con los flujos que genere el propio proyecto, por lo que la variación de los tipos de interés puede desencajar las estimaciones financieras efectuadas tanto por el deudor, en este caso, GHK, como por las entidad financieras, en este caso, La Caixa, Banesto y el BEI. Es decir, la finalidad de la contratación de los swaps era evitar, paliar o minimizar el riesgo de las variaciones de los tipos de interés que afectaba a esas operaciones de financiación, estabilizando así su coste financiero. Las entidades bancarias demandadas pagan intereses variables en función del tipo del euribor, mientras que GHK paga el interés fijo pactado, excluyendo la posibilidad de tener que pagar un tipo de interés más elevado en caso de que el euribor suba, aunque GHK tampoco se beneficiaría de las bajadas del Euribor. El aumento en el pago de los créditos a consecuencia del alza de los tipos de interés se vería compensado con los pagos que por ese mismo motivo recibiría GHK en función del producto derivado, y los abonos que tendría que realizar por los swaps en caso de bajada del tipo de interés se compensaría con la correlativa disminución de la cuota de amortización de los créditos.

Y desde esta perspectiva, si los contratos de permuta financiera no son por su propia naturaleza y finalidad contratos accesorios como pueden serlo la fianza ó la hipoteca, lo que igualmente es claro es que las permutas suscritas y los contratos de crédito concertados tanto con la banca comercial, en este caso, La Caixa y Banco Santander, como con el BEI se encuentran expresamente vinculadas entre sí. Podemos hablar de vinculación económica, funcional y causal, no ofreciendo duda que la razón que dota de

sentido la suscripción de los contratos de permuta financiera es la concertación de los contratos de financiación.

Para alcanzar dicha conclusión no haría falta una labor de interpretación de los contratos, considerándose se trata de un aspecto ni siquiera cuestionado por La Caixa y Banco Santander en sus escritos de contestación. Y, en todo caso, bastaría atender a las explicaciones en el acto de juicio oral de la Sra. Maite Etxarri, quien fuera responsable de gestión financiera de GHK desde mayo de 2008 hasta noviembre de 2012, sobre la finalidad y características y funcionamiento de los swaps y su estrecha vinculación a la financiación que se concierta con las entidades bancarias aquí demandadas y con el BEI. Prueba testifical ésta que adquiere particular relieve en este pleito porque tanto de la documental obrante en autos (emails cruzados, cartas dirigidas por el BEI) como de todas las personas que han intervenido en la causa como testigos, queda suficientemente claro que no fueron el Sr. Ormazabal, Presidente del Consejo de Administración de GHK, y el Sr. Etxezarreta, director de GHK, que suscriben los contratos en representación de GHK, quienes participaran en las citadas gestiones o negociaciones precontractuales, sino que fue la Sra. Etxarri precisamente en su condición de directora financiera ó responsable de gestión financiera de GHK quien intervino directamente en las negociaciones con las entidades bancarias e informaba al Consejo de Administración de GHK, y por ser persona ajena a los intereses en conflicto entre las partes de la presente litis, no asistiendo razón alguna para dudar de su objetividad e imparcialidad.

Pero es que el extremo referido, esto es, el de la vinculación de los contratos de financiación y de permutas financieras resulta desde la génesis misma del Project finance, del iter negocial seguido y más arriba expuesto hasta la perfección de la operación de financiación en el que se enmarcan los contratos de swpas y del clausulado contractual de unos y otros contratos haciéndose patente la íntima correlación entre las condiciones estipuladas.

Desde el primer borrador del Term Sheet u “Oferta Indicativa de Financiación” remitido por GHK al BEI del 29-5-2009 (doc. nº 33 de la demanda), se contempla la correspondencia ó correlación entre ambas operaciones.

Así siendo el referido documento un documento muy preliminar ya se prevé la concertación de instrumentos de cobertura sobre un porcentaje de la exposición a los riesgos de tipos de interés y por un plazo de duración en relación al de la financiación, que en caso de declaración de vencimiento anticipado del crédito procede la resolución del instrumento de cobertura, en caso de amortización anticipada total la cancelación las operaciones de cobertura y en caso de amortización anticipada parcial del crédito la adecuación del importe nocional o nominal de cobertura mediante su reducción proporcional a la amortización realizada, y no otra cosa se traslada a los contratos de financiación suscritos con el BEI y las entidades aquí codemandadas, pactándose de forma

expresa la cobertura sobre el porcentaje que se establece del principal previsto como dispuesto y por tanto pendiente de amortizar en cada momento. Así en el contrato de financiación con el BEI se señala “que se prevea que esté pendiente de amortización” y en los contratos de crédito con La Caixa y Banesto “principal dispuesto y pendiente de amortizar previsto”. Y se pacta asimismo de forma expresa para el caso de vencimiento anticipado de los créditos ó su amortización parcial el ajuste o adecuación del nocional objeto de cobertura al principal dispuesto, de forma que se mantiene la absoluta proporcionalidad entre ambas sin que en ningún caso el nocional sea superior al principal dispuesto de los créditos. Se pacta que GHK deberá abonar en tales casos el coste de ruptura ó cancelación correspondiente.

Y si analizamos los contratos de permuta financiera, se trata de contratos en los que el período temporal desde la fecha de inicio de vigencia de las permutas hasta el 31-12-2014 (nocional creciente) era el tiempo en que había de ejecutarse la construcción de las infraestructuras, y el valor nocional para cada período de liquidación se corresponde con el importe dispuesto y pendiente de amortizar de los contratos de crédito conforme a las disposiciones crediticias que GHK tenía previsto realizar en el periodo de construcción, y a partir de dicha fecha hasta el 31-12-2029 cuando el nocional es decreciente, se corresponde con el lapso temporal previsto de amortización de la deuda una vez producida la puesta en servicio de todas las infraestructuras, esto es, su explotación, siendo la duración de las permutas dos años inferior a la fecha de vencimiento final de los créditos. Basta atender a las definiciones del contrato de crédito suscrito con La Caixa y Banesto de periodo de construcción, periodo de disposición, periodo de explotación, fecha de puesta en servicio total y fecha de vencimiento final del crédito, y términos equivalentes del contrato de financiación suscrito con el BEI.

Los términos de base de liquidación (actual/360) y períodos de liquidación (un mes hasta el 31-12-2014 y seis meses desde el 30-6-2015 hasta el 31-12-2029), se corresponden con unos tales términos en el contrato de crédito concertado con las entidades bancarias demandadas (Cláusula Quinta Devengo y Tipos de Intereses). La base de liquidación (actual/360) también con la cláusula 5.01 Convención de cómputo de días del contrato suscrito con el BEI.

Por su parte, en el Anexo I al CMOF (doc. nº 83 de la demanda), que comienza con un primer apartado sobre la interpretación del Anexo I cuyo párrafo segundo se refiere a las Operaciones que se cierran al amparo del Contrato de Financiación suscrito entre Banesto y La Caixa, además de la definición de determinados términos, se introducen ciertas modificaciones a las estipulaciones del Contrato Marco, entre ellas:

.- como Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes adicionales, el acaecimiento de cualquiera de las causas previstas en la cláusula 15.1 del Contrato de Financiación y el vencimiento anticipado del Contrato de Financiación.

.- y “Amortización anticipada del Contrato de Financiación” en los siguientes términos:

“En relación con las operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación, y siempre que ello no suponga incurrir en una causa de vencimiento anticipada regulada en el Contrato de Financiación:

“(a) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada total de la Financiación, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a cancelar las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación al tiempo o una vez que se produzca la referida amortización anticipada total....

(b) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada parcial del mismo, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a reducir el importe Nominal de las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación (de tal forma que el Importe Nominal de las Operaciones no sea superior al importe comprometido y/o dispuesto y pendiente de amortización bajo el Contrato de Financiación y el Contrato de Financiación BEI)...”.

Partiendo de lo anterior, y tomando como referencia la doctrina jurisprudencial que ha quedado reseñada más arriba, centrandó la interpretación en la averiguación de la intención común de las partes que se proyecta necesariamente sobre la totalidad de los contratos celebrados, considerados como unidad lógica, la conclusión que se alcanza es que la cifra de referencia ó nocional que, en función de las variaciones del euríbor, determina el importe de las liquidaciones en los distintos períodos de liquidación lo es el del cuadro adjunto a los contratos de permuta financiera, siendo ésta la interpretación concorde de las partes y que además se compadece con la base del negocio.

En orden a dar respuesta a los argumentos de la parte recurrente, comenzaremos por señalar como consideración general dada la trascendencia otorgada por la parte actora a la calificación de la financiación como operación de crédito frente al préstamo en relación a la prestación de las entidades bancarias, consistente en la primera en poner a disposición del cliente los fondos hasta el límite pactado y que el cliente puede o no disponer, frente a la entrega única de los fondos en la segunda, que la financiación sindicada (de frecuente utilización en operaciones económicas de gran envergadura en la que cada entidad participa en una cuota ó porcentaje), conlleva matizaciones en las tradicionales figuras del préstamo ó crédito bilaterales, y particularmente en cuanto a la disposición de la financiación que los encuadra en una figura modal. En los casos de operaciones configuradas como préstamo sindicado no se produce una entrega única de los fondos, sino que se difiere en el tiempo la entrega efectiva del capital objeto de préstamo quedando obligadas las entidades financiadoras a su entrega siempre que la disposición pretendida por la prestataria se ajuste a los términos pactados a tal efecto, con lo que la

operación se asimila a la naturaleza del crédito. Y en el crédito sindicado la disponibilidad no es inicial y general sino en razón de determinados periodos de concreta apertura y sujeto asimismo al cumplimiento de determinadas condiciones.

Consideraciones generales las precitadas con las que se quiere evidenciar que la instrumentación de la operación de financiación a través de un crédito y no de un préstamo, no adquiere la relevancia jurídica pretendida por la parte demandante a los efectos interpretativos que nos ocupan. Y en tal sentido se significará que el Term Sheet del "BEI" definitivamente aprobado en su traducción no oficial aportada por la actora en su cláusula 14 se recoge que de forma alternativa, el préstamo EIB puede retirarse directamente sobre una base de tipo fijo, "basándose en un calendario de desembolsos acordado previamente" (doc. nº 35 de la demanda).

Pero es que partiendo de que la operación de financiación suscrita es un contrato de crédito igualmente cierto es que no nos encontramos ante contratos de crédito dijéramos usuales ó habituales en el que la entidad financiera coloca a disposición del cliente una cantidad máxima de capital, de forma que el cliente no conociendo, a priori, ni el momento ni la cantidad que va a necesitar, irá utilizando ó no en función de sus necesidades. Aquí la acreditada, GHK, no sólo conoce si no que tiene perfectamente determinado la cantidad que va a necesitar y el momento, y es que el importe de la financiación va destinado a cubrir las necesidades de financiación de la construcción de las infraestructuras para el tratamiento de residuos de Gipuzkoa, construcción que estaba previsto terminaría en 2014 que se corresponde con el período de disposición de los créditos. La necesidad de los recursos financieros a cuyo desembolso se obligan las entidades bancarias demandadas y el BEI (en los términos y condiciones pactados), para llevar a cabo dicho proyecto conforme a los hitos marcados es incuestionable. Y el calendario ó cuadro de fechas de disposición de fondos de la financiación y sus importes que elabora la propia GHK está ligado a los pagos que debe efectuar bajo los diferentes contratos del proyecto y el nocional de los contratos de swaps se ajusta a ello.

Es decir, aceptando como ha quedado dicho que en el caso presente concurre la conexidad económica-funcional entre los contratos de permuta financiera y los contratos de crédito con las entidades bancarias demandadas y el contrato de financiación concertado con el BEI, asimismo existe una íntima relación entre el acceso al crédito necesario para el desarrollo progresivo de las obras de construcción de las infraestructuras y el nocional de los contratos de swaps.

Y es que si como se ha señalado más arriba los contratos de permuta financiera se contratan con la función coberturar el riesgo de tipo de interés de la operación de financiación, y para que cumplan la función de cobertura (finalidad que está llamada a persistir durante la vigencia de la relación contractual), se exige una íntima correlación entre las condiciones estipuladas en los swaps y en los contratos de crédito, es lo que se

produce en este caso si nos atenemos al contenido contractual de unos y otros en los términos que han quedado reseñados precedentemente. El nocional se corresponde con el importe del crédito dispuesto y pendiente de amortizar previsto sobre la base de las obligaciones de pago de GHK y contractualmente se articula un engarce detallado que no admite la desvinculación de los contratos de crédito y de cobertura de tipos en orden a evitar precisamente que las permutas financieras se conviertan en un producto especulativo, que no fue la finalidad querida ni perseguida por las partes, o lo que es lo mismo, en orden a que la finalidad para la que se contrataron persista durante toda la vida de las mismas. Por lo que no puede apreciarse una identidad en la base fáctica de los casos resueltos por la jurisprudencia invocada por la hoy apelante en el escrito de demanda con el presente supuesto.

Si todo lo anterior resulta de la documental se explica perfectamente en declaración testifical por la Sra. Maite Etxarri. Así, la Sra. Etxarri cuando es preguntada por la dirección letrada de GHK en relación a la significación y alcance de la expresión “prestamos privilegiados pendientes retirados” de cláusula 14 del Term Sheet u “Oferta Indicativa de Financiación” extendida por el BEI a GHK de 8-6-2010 en la traducción no oficial que se aporta como doc. nº 35 de la demanda (doc. nº 34 en inglés), si manifiesta que no sabe qué quiere decir exactamente esa traducción, lo que sí explica es que desde el principio se cierran las coberturas en base a los calendarios que están establecidos en los contratos que están firmados, en la mayor parte porque el más grande que es el del CGRG está firmado, una parte ha estaba ejecutada (luego refiere movimiento de tierras) y el resto es una previsión.

En el mismo sentido, cuando se le pregunta por la misma dirección letrada sobre la significación y alcance de la mención en la Side Letter suscrita con La Caixa "Las partes acuerdan el siguiente calendario estimativo y no vinculante en relación con el saldo vivo total a cubrir y la cobertura a ser realizada por LA CAIXA, en relación con el CMOF.", explica que la Side Letter, el Anexo y el CMOF se firman al mismo tiempo que los contratos de financiación y que ahí se establecen unas cantidades aproximadas, y señala en relación a porqué se dice que no son definitivas , porque las coberturas se contratan una parte , el 50 % del 90 % y 80 % a los pocos días, y el resto no se cierran hasta antes de la primera disposición, porque era una condición de la primera disposición, en el mes de mayo ó junio no recordándolo exactamente, y porqué se hace en dos veces la contratación porque en el momento de firma de los contratos de financiación todavía no se había abierto la pika, el sobre económico del contrato grande de 223,5 millones de euros de construcción del centro de gestión residuos de Gipuzkoa (CGRG), y porqué primero se firma el contrato de financiación antes de CGRG porque los abogados, el asesor, letrado, el secretario, todo el mundo allí dijo que no se podía firmar el contrato de construcción sin tener la financiación cerrada, entonces primero se firma la financiación, solamente se suscriben el 50 % de las coberturas que van a ser necesarias y se espera a

abrir el contrato grande y cuando se sepa cuál va a ser el importe definitivo de financiación, porque habrá baja o no, y entonces cuando se sabe cuál es el importe de la financiación y plazos de pago concretos de ese contrato es cuando se cierra la otra parte de los contratos de cobertura. Se hacen dos tramos para eso, para asegurar que no hay un exceso ni defecto de cobertura y que los plazos están fijados con solvencia, al final que del total de inversiones había una parte que estaba hecha, la del movimiento de tierras, pero la parte grande de 223 millones de los 380 millones de euros son ese contrato, y entonces se quería estar seguro de cuál era la cifra total a la que se iba a llegar y los plazos concretos en que se iba a ejecutar, y con eso se liga el derivado. Todo lo cual se encuentra en absoluta sintonía con las explicaciones del Sr. Jaime Fariñas sobre la razón de ser de suscribir los instrumentos de cobertura en dos tramos.

Y preguntada en conexión si los nocionales del derivado eran estimativos, señala que no en mayo, que en mayo es definitivo en un alto porcentaje, tan alto como toda la parte que ya estaba invertida más 223 millones de euros de una financiación total de 262 millones, y de ahí se suscriben derivados del 90 % y el 80 %, y de esa parte cuál es firme porque se conoce los plazos, pues 224 millones que es un porcentaje importante y luego las que estaban en curso que ya se conocían.

Inciendo más si cabe en este punto, a preguntas de la dirección letrada de La Caixa, explica cómo se elabora el calendario de disposiciones que se remitió a los bancos para dimensionar las coberturas tanto en febrero como en mayo, señalando que con el caso base que GHK tenía internamente que era más sofisticado que el que utilizaba Banesto y con la información sobre plazos de pago que ya tenían se simula cuáles van a ser las disposiciones. Y que la previsión de disposiciones era muy muy afinada, reiterando que se tenían los plazos de pago de 223 millones de euros del total de 262 millones de euros de la financiación bancaria.

Y a preguntas de la dirección letrada de Banco Santander, reitera la ligazón de los contratos de financiación con los contratos de ejecución de las infraestructuras.

Abundando en lo que declara la Sra. Etxarri, el Sr. Carlos Ormazabal manifiesta que el nocional de las permutas es el importe de los créditos previsto como dispuesto y que hicieron la cobertura sobre todo lo que estaba cerrado ya con todas las adjudicatarias, recordando que a 30-6-2011 en el que sobre los 380 millones estaban firmados equipo y obras por importe de 280 millones de euros, de los cuales 223 millones eran los correspondientes a la construcción del CGRG y esto en los pliegos tenía sus hitos y fechas en las que había que pagar y todo con un objetivo muy claro, el CRGG tenía que estar operativo en 2014.

En función de lo expuesto entendemos que no puede sostenerse con un mínimo de rigor la postura de la parte actora apelante en el sentido que conforme a la voluntad o intención común de las partes que ha de primar en la labor interpretativa de los contratos, el

nocional de las liquidaciones de las permutas ha de serlo el importe de los créditos efectivamente dispuesto y pendiente de amortizar y no los nocionales de los cuadros adjuntos por tener éstos carácter meramente indicativo y condicionado a la efectiva disposición del crédito, ya que ello resulta contrario no sólo con los términos de las estipulaciones contractuales sino a la propia intelección al respecto de quienes en nombre de GHK intervinieron en la negociación de los contratos, como lo es la Sra. Maite Etxarri, y le representaban al suscribir los contratos, como es el caso del Sr. Ormazabal, siendo además perfectamente conocedores de que la función de cobertura de los swaps se cumplía manteniendo la correlación entre nominal dispuesto de los créditos y el nocional que constituye la base de las liquidaciones y quiebra de dicha función de cobertura en caso contrario, ya fuera por defecto como por exceso, y más en concreto, que la operación se convertía en especulativa en caso que el nocional de las permutas financieras fuera superior al nominal dispuesto de los créditos.

Así, la Sra. Maite Etxarri declara la cobertura era perfecta porque de hecho es 100 % efectiva dentro del marco de la operación de financiación en que se hizo, existiendo referencias cruzadas entre los contratos de financiación y los contratos de cobertura, previéndose que las coberturas no fueran superiores al importe dispuesto de los créditos porque ello hace que devenga en especulativo. Que tema distinto es lo que pasa después, discrepancia entre el valor nocional de las permutas y el importe dispuesto de los créditos y que las liquidaciones se practican sobre el nocional porque se pararon todas las inversiones, ya no se necesitaba dinero y no se disponía porque no se iban a hacer las inversiones, pero que eso también estaba en muchos informes.

En este punto ha de realizarse un inciso que viene exigido por las alegaciones de la parte recurrente en el escrito de recurso de las manifestaciones de la testigo a este respecto, en el sentido que la Sra. Etxarri declaró, en relación con la posibilidad de que el "IRS" resultase de carácter especulativo si el ritmo de disposición no se adecuaba al calendario establecido, que nadie le había avisado sobre este extremo a la hora de machear el calendario, necesariamente ha de señalarse que ello no se corresponde con la declaración de la testigo, constituyendo las alegaciones de la parte apelante una descontextualización interesada de la respuesta de la testigo a preguntas de la dirección letrada de la Caixa cuando es preguntada si Garrigues hizo alguna advertencia en relación al calendario de disposiciones macheadas, a lo que responde negativamente, señalando que si alguien hubiera levantado la mano se hubiera mirado, y que los Sres. José Guardo y Berasategui de Garrigues tenían un profundo conocimiento y que el primero es el mejor estructurador del Estado.

Continuando con la línea argumental que venía exponiéndose sobre las explicaciones de la Sra. Etxarri en juicio, es que ciertamente ha de convenirse que cuestión diversa y ajena a la recta interpretación contractual, es que la no ejecución del proyecto (dejando de momento al margen la causa) haya determinado la desaparición de las necesidades

financieras que iban a cubrirse con los fondos de la financiación bancaria y consiguientemente no se hayan hecho más disposiciones de fondos de los créditos, produciéndose la desvinculación del importe dispuesto y pendiente de amortizar de los créditos y el importe de los nominales de las permutas financieras y, por ende, éstas en el importe que excede de la financiación dispuesta no cumplan su función de cobertura. Ya ha quedado dicho que tanto en los contratos de financiación como en las cláusulas incluidas en el Anexo I al CMOF se regula la forma de proceder en orden a evitar la desconexión entre los contratos para los supuestos tanto de vencimiento anticipado de los créditos, tanto total como amortización parcial, como de desajuste entre el importe dispuesto y no amortizado y el nominal de las permutas financieras.

Para finalizar este punto litigioso respecto a la interpretación que haya de darse a la Cláusula 14 del Term Sheet del "BEI" de 8-6-2010 en su traducción no oficial aportada por la actora ó en su versión original (doc. nº 34 y 35 de la demanda), bastará señalar que teniendo en cuenta que en el documento del contrato de crédito suscrito con dicha entidad es en el que se desarrolla el Term Sheet aprobado y concertado por las partes y que el contrato de crédito se elabora por el propio BEI, la interpretación ha de serlo la que resulta del contrato de crédito en el que se plasma, esto es, la cobertura lo es sobre el importe de la financiación que "se prevea que está pendiente de amortización en cada momento" (cláusula 6.12E Relativas a la cobertura del riesgo de tipo de interés). En esta línea cabría añadir en relación al canon interpretativo del comportamiento de las partes, que habrá de convenirse que el BEI considera que los contratos de cobertura suscritos se ajustan a aquella cláusula, siendo que dicha suscripción de las coberturas en los términos pactados con dicha entidad era condición previa a la primera disposición del crédito concedido por la misma, disposición del crédito que ha mediado, y que tras la comunicación remitida por GHK en Agosto de 2012 mostrando disconformidad con la liquidación por no ajustar al "principal dispuesto y pendiente de amortizar del crédito", la respuesta del BEI que obra en las actuaciones es la que consta en el bloque documental nº 122 de la demanda, que no es justamente la de compartir la postura que aquí se sostiene. En suma, nuevamente ha de reiterarse para que los swaps cumplan su función de cobertura debe existir correlación entre los nominales y el importe del crédito dispuesto y pendiente de amortizar y es lo que se produce sobre la base de las obligaciones de pago de GHK conforme a las cuales se elabora el calendario de disposiciones de los créditos y consiguientemente el nominal de las permutas.

SEXTO.-EXAMEN DE LOS PEDIMENTOS FRENTE A LAS ENTIDADES BANCARIAS: NULIDAD DE PLENO DERECHO.

Llegados a este punto, y previamente a analizar el fondo del resto de las cuestiones suscitadas, expuesta más arriba la posición mantenida por la parte actora apelante en el escrito de recurso en cuyo suplico solicita la estimación íntegra de la demanda, ha de

señalarse que la función revisora que corresponde al Tribunal de Apelación, conforme se desprende de lo preceptuado por los artículos 456.1 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene, en primer lugar, legalmente circunscrita, de modo exclusivo, a los puntos y cuestiones planteados en el recurso que instaura la segunda instancia del proceso y delimita su ámbito objetivo; y, en segundo lugar, ha de efectuarse con estricta sujeción a los términos en que el litigio quedó planteado por las partes ante el tribunal de primera instancia, quedando vedada, consecuentemente, la introducción de pretensiones no formuladas ante dicho tribunal, o de peticiones distintas a las allí realizadas o de fundamentos de hecho o de derecho no aducidos ante el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto al pedimento principal deducido en el suplico de la demanda frente a las entidades bancarias demandadas, en el que se solicita se declaren nulos de pleno derecho, o bien se anulen, los Contratos Marco de Operaciones Financieras, sus Anexos y las Side Letters suscritas entre GHK, Banesto y La Caixa y fechadas el 3-2-2011 (anexos nº 87 a 92) así como los Contratos de Confirmación de Permutas Financieras de Tipos de Interés elevados a públicos mediante escrituras públicas otorgadas en fecha 11-2-2011 y 17-5-2011 (anexos nº 93,94, 99 y 100), con condena a la reintegración recíproca de los importes recibidos en ejecución de dichos contratos, con sus respectivos intereses legales, el Juzgador de Instancia en la resolución recurrida al delimitar la acción ejercitada razona que la acción ejercitada es la de anulabilidad relativa por concurrencia de error y/o dolo contractual invalidantes del consentimiento y no la acción de nulidad de pleno derecho "ex art. 6.3 CC" por infracción de normas imperativas que las entidades financieras deben cumplir en la comercialización de este tipo de instrumentos financieros, en concreto, de la Ley del Mercado de Valores y el Real decreto 217/2008, sin que la parte apelante en el escrito de recurso esgrima motivo alguno de impugnación en relación a dicho pronunciamiento, por lo que este Tribunal no podría entrar a su revisión.

En todo caso, se señalará que el Tribunal Supremo ha declarado que la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio.

En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, después de recordar que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, se analiza si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes impuestos en el art. 79 bis LMV, al amparo del art. 6.3 CC, y concluye que no:

"13. Conforme al art. 6.3 CC, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79

bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)".

Criterio que se reitera, con cita de la anterior Sentencia, en Sentencia del Pleno de 30-6-2015.

SEPTIMO.- PERFIL DEL CLIENTE Y ASESORAMIENTO.

En orden a abordar el análisis de la acción de nulidad relativa ó anulación contractual por error en el consentimiento, teniendo en cuenta que el punto de referencia obligado para su adecuada resolución de conformidad con la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de contratación de productos complejos y de riesgo es el relativo a la existencia ó no de asimetría informativa en la contratación y la naturaleza del servicio ofrecido ó prestado al cliente, significaremos los siguientes datos que resultan de lo actuado en las presentes actuaciones, dando respuesta a las alegaciones esgrimidas por la parte recurrente en el motivo de recurso primero en el que se denuncia la errónea valoración de la prueba por el Juzgador "a quo" al respecto de la clasificación o perfil de "GHK" y sus consecuencias jurídicas.

En cuanto a la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap, el Tribunal Supremo tiene dicho en las Sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y en Sentencia 676/2015, de 30 de noviembre que no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Con relación al art. 78 bis LMV en Sentencia 60/2016 de 12 de febrero, ha declarado lo siguiente:

« (...) No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de Inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de

productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume”.

En el presente caso, GHK se constituye con el único objeto de llevar a cabo el proyecto de construcción y explotación de las infraestructuras para la gestión en alta de los residuos del Territorio Histórico de Guipuzcoa, encontrándose entre sus atribuciones u obligaciones la obtención de la financiación necesaria para atender el pago de los costes originados por dicho proyecto, y se dota a nivel interno de personal para el ámbito de la gestión financiera de la empresa, ámbito jurídico y ámbito técnico.

La Sra. Maite Etxarri, licenciada en Económicas y Empresariales, especialidad financiera, por la Universidad de Deusto, es designada para el cargo de directora financiera ó responsable de gestión financiera, tras un proceso de selección como señalara el Sr. Carlos Ormazábal, lo que permite presuponer una cualificación y capacidad en materia económico-financiera y gestión de empresa acordes a sus funciones en relación al objeto social de GHK. Si nos atenemos a su experiencia previa (doc. nº 5 de la contestación de Banco Santander y doc. nº 3 de la contestación de La Caixa), la misma ha ostentado, además del cargo de apoderada el cargo de Controller en GBS Acero durante cinco años (mayo de 2003 a mayo de 2008) y de Manager en Accenture durante 7 años (Septiembre de 1996 a mayo de 2003), lo que corrobora lo anterior si tenemos en cuenta las funciones que conllevan dichos cargos.

No se hará abstracción tampoco que en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato de asistencia técnica económica-financiera (doc. nº 13 de la demanda), se recoge que los Directores de los Trabajos serán el gerente financiero de la sociedad mercantil, es decir, la Sra. Etxarri, y el letrado asesor de la misma, Sr. Carlos Bereciarto.

En el recurso se alega que la Sra. Etxarri declaró en la testifical practicada que no era una experta en este tipo de productos y que únicamente había trabajado en una ocasión con otro tipo de derivados (permutas de tipos de cambio).

Además de precisar que la respuesta a la pregunta por la dirección letrada de la parte actora sobre si era experta en derivados, se matiza por la propia testigo tanto a preguntas de la misma parte en relación a si alguien más en GHK tenía conocimiento en derivados financieros señalando que el letrado asesor (en referencia al Sr. Carlos Bereciarto) también tenía conocimiento, pero que decir que es un superexperto, no sabe, y que al final ella tampoco es una superexperta, que tenían el conocimiento de gestión de empresa normal en el trabajo con derivados, y a preguntas de la dirección letrada de la Caixa que primero habría de preguntarse qué es ser experto, dichas declaraciones no suponen que desconociera el producto y sus riesgos.

Si su experiencia previa con derivados se había concretado a un swap de divisas variante del IRS, a preguntas de la dirección letrada de la Caixa declara ser conocedora del funcionamiento de las permutas de tipos de interés y sus riesgos, y su preparación ó cualificación y conocimientos se evidencian del iter negocial, negociaciones con las entidades demandadas que fueron más allá de las correspondientes a la financiación, y en las que intervino activamente, sin perjuicio de contar con el apoyo de los servicios de

PwC y Garrigues, pactándose como ella mismo declara todos los elementos esenciales de los swaps (valor nocional, duración, spread), en el inmediatamente previo a su cierre, solicitando información sobre tipos implícitos y curvas IRS para su estudio o análisis, indicando horas aproximadas de cierre de los swaps en función de la situación del tipo de interés, etc., y posterior, solicitando mensual o trimestralmente la valoración de los swaps.

A nivel externo GHK contrató los servicios de asesores económico financieros y jurídicos de reconocido prestigio y más alto nivel profesional, como lo son PwC y Garrigues.

Y además en todo el proceso de financiación en el que se enmarcan las permutas financiera, GHK cuenta con la colaboración de los departamentos jurídicos y de finanzas de la Diputación Foral de Guipuzcoa, como asimismo declararon el Sr. Ormazabal, Presidente del Consejo de Administración de GHK el Sr. Etxezarreta, director de GHK, y la Sra. Maite Etxarri y vino corroborado por la Sra. Isabel Espinosa, Jefe del servicio de finanzas de la Diputación Foral. Intervención ésta de los técnicos de la Diputación Foral que ya se indicaba en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del asesoramiento económico-financiero y legal (doc. nº 13 y 23 de la demanda).

Y desde esta perspectiva de la intervención de técnicos de la Diputación, si la Sra. Isabel Espinosa, explica en el juicio que su función como funcionaria de la Diputación Foral no era asesorar, si no que tenía por objeto limitar ó asegurar el riesgo financiero para la Diputación, no puede hacerse abstracción de la experiencia de la Diputación Foral (principal partícipe del Consorcio de Residuos de Guipuzcoa) con permutas financieras de tipo de interés tal y como consta acreditado documentalmente (Informes de Fiscalizaciones de la Cuenta General de la Administración Foral emitidos por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas de los años 2000, 2001 y 2002, doc. nº 4 de la contestación de Banco Santander, de los que resultan datos como el ingreso patrimonial de 620 millones de euros por cancelación de swaps en el año 2002 y gastos financieros por importes de 156 millones y 2.948 millones en los años 2001 y 2000 respectivamente), habiendo negociado y suscrito con la intervención de la Sra. Espinosa asimismo dos derivados financieros (IRS) en proximidad temporal con su contratación por GHK en el marco de financiación del proyecto de infraestructuras de tratamiento de residuos, tal y como lo declara la Sra. Espinosa a preguntas de la Caixa, que fue una de las entidades a la que se solicitó oferta si bien el cierre se produjo con otra, obrando en autos los e-mails intercambiados entre la Sra. Espinosa y personal de la Caixa a tal efecto, sobre importes de préstamos a cubrir, curvas de tipos, momento para cerrar las operaciones, etc, remitiendo la Sra. Espinosa ficha técnica a cumplimentar por la Caixa (doc. nº 3 de contestación de la Caixa).

También con la intervención de la Sra. Espinosa en las negociaciones Bidegui S.A. (cuyo socio único es la Diputación Foral) como declara la testigo suscribe permutas ó swaps de tipos de interés en el marco de un Project finance concertado con banca comercial y el BEI, coincidiendo también temporalmente con la contratación por GHK de los swaps en Litis, más concretamente, en Abril de 2011 (cuentas anuales de ejercicio económico 2011

de Bidegui doc. nº 3 de la contestación de Banco Santander, habiendo quedado unidos a autos dichos contratos en fase de prueba),

Desde luego una valoración conjunta de dicha documental con las explicaciones de la Sra. Espinosa en el acto de juicio, no puede sino concluirse que la misma tiene un conocimiento profundo de este producto, de su funcionamiento y riesgos asociados, además de contar el departamento con medios propios para acceso a información financiera sobre cotizaciones de IRS, asesor propio indica.

Todos los datos anteriores, ponderándolos con las categorías de clientes a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros, que introduce la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, llevada a cabo para incorporar la Directiva 2004/39/CE, de forma que la protección ofrecida es inversamente proporcional a la experiencia, conocimientos y recursos financieros del cliente, considera la Sala que no justifica el perfil de cliente minorista de GHK que se defiende en el recurso en atención a la preparación financiera, nivel de formación y experiencia del Sr. Ormazabal, Presidente del Consejo de Administración de GHK, y del Sr. Echezarreta, director de GHK, ya que como ha quedado dicho anteriormente ninguna participación tienen en las negociaciones precontractuales con las entidades bancarias y al suscribir los contratos en representación de GHK no hacen si no plasmar el consentimiento ó voluntad contractual del Consejo de Administración, cuya toma de decisiones tiene lugar, tal y como declararían los precitados testigos así como la Sra. Etxarri y resulta de las Actas obrantes en autos, tras la exposición e información a dicho órgano de gobierno del resultado de las gestiones o negociaciones precontractuales en las que intervino la Sra. Maite Etxarri como responsable de gestión financiera de GHK, apoyada con los servicios de PwC y Garrigues y con la colaboración de los técnicos de la Diputación.

Según la normativa MiFID, cliente profesional es todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a ellas. Son varios los elementos que comporta esta noción. Por un lado, integra la experiencia, cuyo análisis comprende el de su situación financiera, esto es, sus ingresos, activos financieros, capital inmobiliario, etc. Por otro lado, la noción de cliente profesional se refiere también a los conocimientos y la cualificación, esto es, tanto la formación académica como la categoría profesional. Según esto, se consideran como profesionales aquellos clientes a los que, atendiendo a sus conocimientos, se les presupone mayor capacidad de negociación de condiciones, de comprensión de los riesgos y de asesoramiento y búsqueda de protección específica. Son precisamente aquellos a los que por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información.

Pues bien, a este nivel GHK no sólo se integra en la categoría de cliente profesional per se ó “ex lege” (art. 78 bis apartado 3 c) LMV), esto es, en la categoría de grandes empresas que por su tamaño se presupone que disponen de medios propios para apreciar y valorar

los riesgos financieros, y presunción que implica que la entidad financiera no necesita verificar la habilidad y la experiencia de estos clientes para tomar sus propias decisiones de inversión y comprender los riesgos de la operación, si no que ha de concluirse que reúne los requisitos generales, en cuanto para llevar a cabo la búsqueda de la financiación necesaria para las infraestructuras y en dicho marco la contratación de las permutas acude y actúa a través de profesionales con la experiencia, conocimientos y capacidad suficiente para discernir los riesgos de un IRS, como lo es la directora financiera apoyada a su vez por los asesores económico-financieros y legales del mayor nivel y con la colaboración del departamento de finanzas de la Diputación Foral, cuyos conocimientos y experiencia en permutas financieras y en Project finance con IRS se presenta incuestionable, lo que determina que la asimetría informativa no existía.

En cuanto a si medió ó no asesoramiento por los bancos en la contratación de las permutas financieras de tipos de interés, se estima adecuado realizar las siguientes consideraciones previas.

La normativa MiFID introdujo toda una serie reglas de protección del interés del inversor, que se traducen fundamentalmente en mayor información al cliente sobre los productos financieros (art. 19.1 a 3 Directiva 2004/39) y obtención de información acerca de los conocimientos y experiencia del cliente (art. 19.4 a 9 Directiva 2004/39).

En cuanto a este segundo aspecto, del deber de conocer al cliente, hay que distinguir su objeto y alcance en función del servicio ofrecido al cliente:

1º.- Si se ha prestado asesoramiento en materia de inversiones o se realiza gestión de carteras, “la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan” (apartado 4 del art. 19).

Para obtener esta información se impone que la entidad realice el denominado “test de idoneidad” , en base a cuyo resultado la empresa de inversión recomendará sólo productos que convengan al perfil del cliente.

La Directiva 2004/39 en el art. 4.1 apartado 4) define el Asesoramiento en materia de inversión: la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.

El concepto de recomendación personalizada se precisa a su vez en el art. 52 de la Directiva 2006/73, que está redactado en los siguientes términos:

“A efectos de la definición de “asesoramiento en materia de inversión” que figura en el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39/CE, se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor.

Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar algunas de las siguientes acciones:

- a) comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico;
- b) ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero.

Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público.”

El art. 63.1.g) de la LMV define el asesoramiento en materia de inversión, como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”.

El art. 5.1.g) del RD 217/2008 en su primer párrafo, reproduce el precitado apartado g) del art. 63.1 LMV, añadiendo “Asimismo, tampoco se considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente a través de canales de distribución o al público”, y continúa:

“A tales efectos se entenderá por recomendación personal la recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de representante o apoderado de aquel.

La recomendación deberá presentarse como idónea para esa persona, basándose en una consideración de sus circunstancias personales y deberá consistir en una recomendación para realizar alguna de las siguientes acciones:

- i) Comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico.
- ii) Ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero.

Han de citarse asimismo marco orientador el documento del Committee of European Securities Regulators CESR "Questions and Answers, Understanding the definition of advice under Mifid"(ref CESR/10-293), que considera que puede hablarse de asesoramiento financiero para inversión si concurren las siguientes circunstancias:

“ i) Tiene que ser una recomendación, incluyendo un elemento de opinión, no una mera información o explicación de las características y riesgos de una operación o servicio

financiero ; ii) Debe incidir sobre una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos, no ser genérico; iii) Ha de ser personalizado, idóneo para su destinatario; iv) Comunicado de manera individualizada, no sólo general a través de medios de comunicación; v) Dirigido a una persona concreta como inversor actual o en potencia directamente o a través de su representante”.

Y la Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión publicada el 23-12-2010 por la CNMV, de la que transcribimos los siguientes extremos:

“Tal como se desprende del artículo 5.1.g) del RD 217/2008 y de acuerdo con las directrices recogidas en el documento de CESR “Questions and Answers, Understanding the definition of advice under Mifid” en abril 2010 (ref CESR/10-293), para la concurrencia de asesoramiento en materia de inversión, han de cumplirse conjuntamente los siguientes requisitos:

(i) debe tratarse de una recomendación, es decir, debe incluir un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio y no tratarse sencillamente de una información o explicación de las características y riesgos de una operación o servicio financiero,

ii) que se realice respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos y no de forma genérica respecto a un tipo de activos o productos financieros,

iii) ser personalizado, es decir, presentarse explícita o implícitamente como idónea para esa persona basándose en una consideración de sus circunstancias personales,

iv) debe realizarse a través de medios que no consistan exclusivamente en canales de distribución dirigidos al público en general como anuncios en prensa, televisión o radio y,

v) ser individualizado, esto es, realizarse a una persona en su calidad de inversor o posible inversor o en calidad de apoderado o representante del mismo.

Estos cinco elementos pueden resumirse en dos fundamentales: i) que exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita y, ii) que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales.

2. ¿Cuándo se puede considerar que existe una recomendación?

Se considera que existe una recomendación cuando el lenguaje utilizado incorpora algún elemento subjetivo, juicio de valor u opinión, dirigido a que un inversor tome una determinada decisión. En consecuencia, la recomendación se contrapone a la transmisión de información o datos objetivos.

En general, transmitir información objetiva sin hacer ningún comentario o juzgar su valor o relevancia a los efectos de la decisión del inversor, no es una recomendación.

Por consiguiente, el lenguaje utilizado desempeña un papel fundamental a la hora de determinar si se ha emitido una recomendación, por lo que se considera relevante que las entidades presten atención a los términos utilizados en las relaciones con los clientes. La trascendencia del lenguaje es aún mayor en las relaciones comerciales cara a cara que, habitualmente, se desarrollan en la red de oficinas de las entidades, así como en las conversaciones telefónicas.

Por ello, se considera necesario que, tanto en los procedimientos internos de las entidades como en la formación de la red comercial, se incida en la importancia que tiene una correcta y rigurosa utilización del lenguaje, para no generar confusión en el cliente respecto al servicio prestado.

Adicionalmente, a efectos de determinar el alcance del servicio de asesoramiento en materia de inversión, es crucial distinguir tres tipos de recomendaciones, puesto que no todas las recomendaciones emitidas están bajo el ámbito de este servicio:

- recomendación personalizada
- recomendación general
- asesoramiento genérico

Únicamente , las recomendaciones personalizadas entran en el ámbito de la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión.”

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), que se pronuncia sobre la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, como se recoge en la propia sentencia, en el marco de dos litigios entre, por una parte, Genil 48, S.L. (en lo sucesivo, «Genil 48»), y Bankinter, S.A., y, por otra parte, Comercial Hostelería de grandes Vinos, S.L. (en lo sucesivo, «CHGV»), y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en relación con unos contratos de permuta financiera, denominados «swaps», que habían sido contratados como cobertura respecto de préstamos existentes entre dichas partes respectivamente, en relación a la cuestión prejudicial primera, consistente en si ofrecer a un cliente un swap de intereses para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de otros productos financieros, ha de considerarse como un servicio de asesoramiento de inversión conforme a la definición del artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39, declara:

“2) El artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”.

Los considerandos que le sirven de fundamento son los siguientes:

“Sobre la primera cuestión prejudicial

“49 Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta si el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto.

50 A este respecto, hay que recordar de inmediato que, cuando una empresa de inversión presta asesoramiento en materia de inversión a un cliente, dicha empresa debe llevar a cabo la evaluación prevista en el artículo 19, apartado 4, de dicha Directiva.

51 Con arreglo al artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39, el asesoramiento en materia de inversión consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a los instrumentos financieros.

52 El concepto de «recomendaciones personalizadas» que figura en ese precepto se precisa en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, con arreglo al cual, concretamente, se entenderá que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. No forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público.

53 Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

54 A falta de precisiones en la resolución de remisión respecto a la forma en que los contratos de permuta de que se trata en el litigio principal fueron ofrecidos a Genil 48 y a CHGV, corresponde al tribunal remitente apreciar el posible carácter personalizado de las recomendaciones en relación con dichos contratos, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 y, por lo tanto, la necesidad o no de que la empresa de inversión de que se trate lleve a cabo la evaluación prevista en el artículo 19, apartado 4, de la Directiva 2004/39”.

2º.- Si se prestan servicios de inversión distintos a los anteriores (fundamentalmente, cuando la empresa de inversión se va a limitar a ejecutar una orden de inversión que le da el cliente), “Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, ..., pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente” (apartado 5 del art. 19).

Para obtener esta información se impone que la entidad realice el denominado “test de conveniencia” , que valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia

(frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera.

La evaluación de la conveniencia está destinada a productos en los que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada y la evaluación debe determinar si dicho cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

Como consecuencia del examen de la información proporcionada por el cliente, la empresa de inversión debe estar en condiciones de evaluar si un servicio de inversión resulta apropiado o no para el cliente, pero la entidad no hace un juicio de valor sobre los objetivos de inversión del cliente: se limita a valorar su experiencia y conocimientos financieros.

Si en base al resultado del test la entidad considera que el instrumento o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. Y si el cliente decide no dar información (no someterse al test), la empresa de inversión le advertirá de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse también en un formato normalizado.

La norma no impide que un cliente solicite y obtenga un producto que no se considera “conveniente” para él, simplemente exige que la empresa de inversión le prevenga de forma previa y expresa que considera que tal producto no es adecuado.

En el presente caso de lo actuado resultan debidamente acreditados los siguientes extremos:

.- la modalidad de financiación estructurada Project finance y permuta de interés o IRS, había sido consultada por GHK ya en Octubre de 2008 . Así resulta del doc. nº 10 del escrito de contestación de PwC y lo declara la Sra. Maite Etxarri.

.- en el primer Term Sheet de Febrero de 2009 que se remite por GHK al BEI se contempla una cobertura de tipos de interés por un tipo máximo igual al considerado en el Caso Base.

.-en el modelo financiero ó caso base interno de GHK se incluye a efectos de cobertura un tipo de interés fijo (Sra. Etxarri y Sr. Guillermo del Barrio, empleado de PwC).

.- es GHK quien propone a los bancos el proyecto de financiación con base a dicho modelo económico-financiero y el Term Sheet que se remite a las entidades bancarias demandadas se elabora en base a los términos previamente acordados con el BEI (doc. nº 45 de la demanda)

.- en la Asamblea del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa de 3-6-2010 en la que se aprueba la propuesta de Term Sheet del BEI, la Sra. Maite Etxarri al detallar las condiciones de la operación, indica que está pendiente la decisión de si se establecerá un

tipo fijo o variable referenciado al Euribor, y que a su juicio es recomendable contratar un derivado que consiga que el tipo sea fijo.

.- en sesión de 8-7-2010 del Consejo de Administración de GHK, en la que se aprueba el procedimiento diseñado de negociación de la operación de financiación con la banca comercial (parte no BEI de la operación); que implica, estudio de ofertas, formación de un único grupo de bancos, con un precio único, igualadas las mejores condiciones ofertadas, quedando así conformado el club DEAL de bancos, se propone un tipo de interés fijo considerando la importancia de la estabilidad para el proyecto.

.-el Sr. Carlos Ormazabal declara que la solicitud de cobertura de tipos de interés fue de GHK. Que no tenían ninguna duda dada la duración de la financiación que debían asegurar o minimizar al máximo de las posibles fluctuaciones del tipo de interés y que la finalidad era obtener un tipo de interés fijo y estabilidad del coste financiero.

.- del contenido concreto de los e-mails cruzados durante todo el proceso de negociación no resultan elementos de juicio o valorativos sobre la adecuación, conveniencia ó idoneidad de la permuta de tipo de interés ó IRS para GHK por parte de las entidades bancarias demandadas. Y lo que sí resulta y se confirma por la testifical de la Sra. Etxarri es que las condiciones particulares esenciales de los contratos no eran condiciones predisuestas antes de su presentación a GHK si no que fueron objeto de negociación expresa.

A todo ello se une que no concurre tampoco la percepción del cliente de haber mediado un tal asesoramiento, ya que tanto el Sr. Ormazabal, Presidente del Consejo de Administración de GHK y de la Asamblea del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa (licenciado en empresariales), y el Sr. Etxezarreta, director de GHK, como la Sra. Maite Etxarri dejaron claro que las entidades bancarias en ningún momento a lo largo del tiempo que se prolongó la negociación de la operación de financiación y en cuyo marco se incluían las permutas financieras en liza, actuaron como asesores de GHK sino que como adversario ó contrapartida, lo que a su vez evidencia el conocimiento de la contraposición de intereses de los bancos y GHK. Gráficamente la Sra. Etxarri manifiesta, que los bancos miran su interés y la negociación es un toma y daca.

De todo lo anterior se concluye no sólo que no son las entidades bancarias Banesto y La Caixa las que ofrecen de forma novedosa el instrumento de cobertura de tipos de interés ó IRS a GHK, si no que es la propia GHK quien consideraba la necesidad de su contratación al objeto de fijar el coste máximo de los intereses a pagar por la financiación en relación a la estabilidad económico financiera del proyecto, y así lo incluyó como parte integrante de la operación de la financiación que solicitó de las entidades bancarias, lo que evidencia la capacidad de GHK de realizar sus propias elecciones y sin que en ningún caso pueda considerarse que en este caso la demandante suscribiera las permutas financieras creyendo que el producto era idóneo para sus intereses y objetivos sobre la base de un consejo ó consideración en tal sentido de las entidades bancarias demandadas.

En cuanto a la interpretación que la parte recurrente hace de la carta mandato, señalaremos que es un documento contractual habitual en el marco de la financiación estructurada, y a través del mismo lo que hace GHK es encomendar a los bancos La Caixa

y Banesto, como entidades coordinadoras de la operación de financiación, que organicen todos los aspectos relacionados con la financiación que se va a otorgar, asumiendo aquellas el compromiso de aseguramiento de obtención de los fondos solicitados en los términos y condiciones ofertados y aceptados y GHK por su parte la obligación ó deber de exclusividad, esto es, de no mandar a otras entidades para obtener la financiación, y ello hasta que el mandato no caduque, lo que se produjo en Noviembre de 2010. Aspecto que también la Sra. Maite Etxarri lo explica de forma suficientemente clara, en coincidencia con el Sr. Jaime Fariñas, y que asimismo resulta del Acta de sesión de 16-7-2010 del Consejo de Administración de GHK en el que se aprueba mandar al Presidente del Consejo para su formalización.

Por todo lo cual, no puede estimarse que mediara una recomendación personalizada de los IRS conforme a la normativa y doctrina del TJUE que han quedado expuestos precedentemente, y, por ende, no estaban obligadas a realizar el test de idoneidad y sí el test de conveniencia que se hizo tanto por La Caixa, habiendo suscrito el test de conveniencia en el que se recoge la advertencia de que el producto no le resulta conveniente, como por Banesto como se ha recogido anteriormente. Todo ello sin perjuicio de recordar que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo el incumplimiento de los reseñados test y de los deberes de información previstos en el art. 79bis LMV ni determina por sí la nulidad del contrato, ni tampoco conlleva ineludiblemente la nulidad por error vicio, aunque sí permite presumirlo.

OCTAVO.-ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

Desde todo lo que antecede, en cuanto al error vicio del consentimiento ha de citarse sin duda por su interés Sentencia del Alto Tribunal de 21-11-2012 que establece:

“Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta – sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada – “pacta sunt servanda” – imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad – autonomía de la voluntad –, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “lex privata” (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos – sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

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

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer – además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo – sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato – artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil –. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos – sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia – sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo – exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.

El error se residencia por la parte actora-apelante sobre el importe nocional sobre el que debían realizarse las liquidaciones, en el desconocimiento régimen y coste de la cancelación anticipada de las permutas contratadas y en el valor inicial de los swaps que se presumía era cero y tenía una minusvalía de más de cinco millones de euros, e imputa el error al incumplimiento por parte de las entidades bancarias codemandadas del deber de informar que pesaba sobre las mismas.

Pues bien, en cuanto a la eventual representación equivocada, esto es, que la voluntad de la parte actora apelante se formó sobre la base de una creencia inexacta sobre el **importe nocional** sobre el que debían realizarse las liquidaciones de forma que aquél debía ser en cada momento el importe del crédito efectivamente dispuesto y pendiente de amortizar, su rechazo se impone desde el momento que en la labor de interpretación contractual llevada a cabo se ha concluido precisamente cuál fue la voluntad común ó concorde de las partes contratantes, lo que excluye “per se” un posible error como vicio del consentimiento.

Sobre el **coste de cancelación anticipada**, la Sentencia recurrida descarta la existencia de error invalidante del consentimiento contractual al concluir que ya desde el inicio existía perfecto conocimiento de la existencia de unos costes de cancelación por el vencimiento anticipado del producto, con base al contenido del primer borrador del Term Sheet u “Oferta Indicativa de Financiación” remitido por GHK al BEI, el contenido de los contratos de crédito, y que además el CMOF y los test de conveniencia recogen los supuestos y modo de determinación de esos costes, así como unos escenarios de carácter ejemplificativo de esos costes de cancelación, sin que la mera falta de inclusión de la fórmula concreta de cálculo determine por si sola la nulidad que se pretende, cuando dichos costes eran perfectamente conocidos por los que contrataban, y que GHK contaba con el asesoramiento de PWC en la realización de estas actuaciones. En cuanto a la ausencia de fórmula de cálculo valora la resolución del Banco de España (doc. nº 40 de la contestación) que no considera inadecuado conforme a la buena praxis la no inclusión de la fórmula de cálculo.

La parte apelante discrepa de la decisión de instancia por las razones que han quedado reseñadas más arriba, y que puede sintetizarse, en que se discute la valoración de la prueba de esa información en relación al alcance ó intensidad del deber de información.

Dada la invocación por la parte apelante del criterio jurisprudencial seguido por esta Audiencia Provincial y otras en relación al alcance o entidad del deber de información sobre el coste de cancelación anticipada, no puede dejar de señalarse algo en lo que esta Sala viene insistiendo en la materia, y es que el análisis del error vicio del consentimiento en productos o instrumentos financieros complejos ha de hacerse caso por caso, y por tanto también el que nos ocupa, no existiendo ni pudiendo existir una doctrina uniforme en estos supuestos, precisamente porque las circunstancias personales y de la contratación son muy relevantes y pueden llevar, ante un mismo contrato, a respuestas distintas, en función de la clasificación del perfil del cliente a efectos de mayor exigencia de

información y transparencia, de la experiencia y los conocimientos o información previos y de los demás elementos fácticos conocidos.

Pues bien, en la revisión de la prueba llevada a cabo por este Tribunal en lo que aquí se refiere y respecto a la valoración de la prueba que lleva a cabo el Juez "a quo", debe ser compartida en esta alzada en los términos que seguidamente se analizan, sin que las alegaciones esgrimidas en el recurso gocen de la habilidad material necesaria en orden a modificar la decisión de instancia.

Siguiendo el orden argumental del recurso sobre el contenido contractual, en el CMOF se regulan las causas de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes (cláusula o estipulación novena), pactándose en el apartado 12 intitulado "Otras causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes" que las partes podrán acordar en el Anexo I otras Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes, con los efectos que se establecen en la Estipulación 11.1, y las Causas de Vencimiento Anticipado de operaciones por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas (estipulación décima), pactándose en el apartado 10.3 intitulado "Otras causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas" que las partes podrán acordar en el Anexo I otras Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas. En la estipulación undécima las "Consecuencias de las causas de vencimiento Anticipado" estableciendo un proceso de fijación de Fecha de Vencimiento Anticipado según se trate de Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes ó Causas de Vencimiento Anticipado de operaciones por Circunstancias Objetivas Sobrevenidas. En la estipulación duodécima los "Efectos de la fijación de una fecha de vencimiento anticipado", disponiéndose en el apartado 3 que "Una vez que sea efectiva la Fecha de Vencimiento Anticipado se procederá al cálculo de la Cantidad a Pagar derivada del vencimiento anticipado de las Operaciones, de conformidad con lo establecido en las Estipulaciones siguientes". En la Estipulación Decimotercera "Estado de Cuentas" se regula que la parte a la que corresponde realizara los cálculos previstos en la Estipulación Decimocuarta y que facilitara a la otra parte un estado de cuentas con el detalle de los cálculos practicados, incluyendo las correspondientes valoraciones, especificando, en su caso, la Cantidad a Pagar, de conformidad con la Estipulación DecimoCuarta y los datos de la cuenta en que deberá hacerse efectos el pago de la Cantidad a Pagar.

En el Anexo I al CMOF, que comienza con un primer apartado sobre la interpretación del Anexo I cuyo párrafo segundo se refiere a las Operaciones que se cierran al amparo del Contrato de Financiación suscrito entre Banesto y La Caixa, además de la definición de determinados términos, se introducen ciertas modificaciones a las estipulaciones del Contrato Marco, debiendo destacarse en lo que hace al caso:

.-se añade un nuevo apartado 11.4 al final de la Estipulación Undécima "Consecuencias de las Causas de Vencimiento Anticipado".

.- se añade en la 1ª línea del apartado a) del punto 14.1.1. de forma que donde dice "(calculado por la Parte no incumplidora)" debe decir "(calculado por la Parte no incumplidora conforme a criterios objetivos y justos)".

.-de conformidad con lo previsto en la estipulación 9.12 del COMF, establecen Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes adicionales, y, entre ellas:

(ii) A los únicos efectos de las Operaciones de cobertura que se cierran al amparo del Contrato de Financiación, además de la prevista en el apartado 12 (i) anterior:

(a) El acaecimiento de cualquiera de las causas previstas en la cláusula 15.1 del Contrato de Financiación; y

(b) El vencimiento anticipado del Contrato de Financiación.

.-de conformidad con lo previsto en la estipulación 10.3 del COMF, establecen Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Objetivas adicionales.

.- “Amortización anticipada del Contrato de Financiación”

En relación con las operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación, y siempre que ello no suponga incurrir en una causa de vencimiento anticipada regulada en el Contrato de Financiación:

“(a) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada total de la Financiación, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a cancelar las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación al tiempo o una vez que se produzca la referida amortización anticipada total. A estos efectos, las Partes acuerdan que será de aplicación lo previsto en la Estipulación 14 del Contrato Marco, siendo considerado el Banco como la Parte no incumplidora. Los posibles costes incurridos o beneficios obtenidos por el BANCO como consecuencia de la cancelación anticipada total de dichas Operaciones, serán, respectivamente, soportados, en caso de costes, o trasladados, en caso de beneficios, a la CONTRAPARTIDA.

(b) Si, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiación, se produjera alguna amortización anticipada parcial del mismo, la CONTRAPARTIDA se obliga, si así fuese requerido por el BANCO, a reducir el importe Nominal de las Operaciones contratadas en relación con el Contrato de Financiación (de tal forma que el Importe Nominal de las Operaciones no sea superior al importe comprometido y/o dispuesto y pendiente de amortización bajo el Contrato de Financiación y el Contrato de Financiación BEI). A estos efectos, las Partes acuerdan que será de aplicación lo previsto en la Estipulación 14 del Contrato Marco, siendo considerado el BANCO como la Parte no Incumplidora. Los posibles costes incurridos o beneficios obtenidos por el BANCO como consecuencia de la cancelación anticipada parcial de dichas Operaciones, serán, respectivamente, soportados, en caso de costes, o trasladados, en caso de beneficios, a la CONTRAPARTIDA.

Y en la estipulación Decimocuarta del CMOF intitulado “Cálculo de la Cantidad a Pagar”:

“14.1. Cantidad a Pagar por el Vencimiento Anticipado de Operaciones Motivado por las Causas de Vencimiento Anticipado por Circunstancias Imputables a las Partes.

14.1.1. Aplicando el Criterio de Valor de Mercado. La Cantidad a Pagar, será igual a:

a) la suma del Importe de Liquidación (calculado por la Parte no incumplidora) de todas las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado (con signo positivo si el importe de Liquidación es a recibir por la Parte no incumplidora y con signo negativo en caso de que la Parte no incumplidora tenga que pagar a la incumplidora dicho Importe de Liquidación) y el equivalente en la Moneda de Liquidación de los importes impagados debidos a la Parte no incumplidora menos

b) el equivalente en la Moneda de Liquidación de los importes impagados debidos a la Parte incumplidora.

14.1.2. Aplicando el Criterio de Valoración sustitutiva. En el supuesto de que no fuera posible determinar un Valor de Mercado, ó aun siendo posible, el resultado no fuera comercialmente aceptable, la Cantidad a Pagar será una cantidad equivalente a la Valoración sustitutiva de las Operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado, y respecto de las cuales se de la referida circunstancia.

14.1.3. Normas Comunes.

En el mismo COMF se definen:

.-la “Cantidad a Pagar” como “el importe expresado en la Moneda de Liquidación y calculado de conformidad con lo dispuesto en la Estipulación Decimocuarta, en caso de vencimiento anticipado de Operaciones, por cualquiera de las causas señaladas en las Estipulaciones Novena y/o Décima”.

.- el “Importe de Liquidación” como “el equivalente en la Moneda de Liquidación de la cantidad resultante de aplicar el criterio de Valor de Mercado o, en su caso, de Valoración Sustitutiva, para la/s Operación/es cuyo vencimiento se haya anticipado.

.- “Entidades de Referencia” significa “tres entidades financieras y/o empresas de servicios de inversión, valoradores o consultores financieros independientes que designe la Parte que deba determinar el Valor de Mercado, destacados por su volumen de negociación en el correspondiente mercado o por su reconocido prestigio en el campo del análisis y/o valoración de instrumentos financieros”.

.-el “Valor de Mercado”:

“significa, en relación con una o más Operaciones cuyo vencimiento se ha anticipado, una cantidad (en la Moneda de Liquidación) fijada por la Parte que, con arreglo a este Contrato Marco esté legitimada para determinarla, sobre la base de las valoraciones proporcionadas por las Entidades de Referencia que podrán venir expresadas en español o en inglés. Cada valoración expresara la cantidad que esa parte recibiría (en cuyo caso dicha cantidad deberá expresarse con signo negativo) o pagaría (en cuyo caso dicha cantidad deberá expresarse con signo positivo) por contratar una Operación con la Entidad de Referencia, que tuviera el efecto de mantener el valor económico que para esa Parte tendría cualquier pago o entrega que debiera haberse realizado a partir de la Fecha de Vencimiento Anticipado, en virtud de la Operación o grupo de ellas cuyo vencimiento se haya anticipado.

No se incluirán los importes impagados de las Operaciones o grupo de ellas cuyo vencimiento se haya anticipado, pero sí los pagos o entregas debidos después de la Fecha de Vencimiento Anticipado y que no se hayan efectuado por haberse fijado ésta.

La Parte que determine la cantidad, solicitará a las Entidades de Referencia que den sus valoraciones, en la medida de lo posible, en el mismo día y hora, en la Fecha de Vencimiento Anticipado o, en su caso, tan pronto como sea posible después de esa fecha. En el caso de obtener dos o más valoraciones, se calculará la media aritmética de todas ellas. Si se diera únicamente una valoración, el Valor de Mercado será dicha valoración. Si no se obtuviera ninguna valoración, se considerara que la determinación del Valor de Mercado no es posible.

Para el cálculo del Valor de Mercado, se tomarán como referencia las cotizaciones proporcionadas por las Entidades de Referencia en las 24 horas posteriores a su solicitud. Si pasadas esas 24 horas, no se hubiera obtenido ninguna valoración, se considerará que la determinación del Valor de Mercado no es posible. No obstante, si alguna de dichas Entidades de Referencia comunicara con anterioridad al término de ese plazo que no va a proporcionar su cotización, no será necesario esperar el resto de esas 24 horas.

A lo efectos anteriores, será suficiente para considerar como válidamente solicitada y emitida una cotización de las Entidades de Referencia cualquier medio de comunicación entre el solicitante y la Entidad de Referencia del que quede constancia, sea éste escrito (incluyendo, sin ánimo limitativo, el correo electrónico o el fax) u oral (siendo suficiente a tales efectos, con la grabación de la conversación en la que se solicita y/o emite la cotización)”.
.- y la “Valoración Sustitutiva”:

“significa la cantidad (en la Moneda de Liquidación) que una Parte calcule como sus pérdidas de cualquier tipo (expresadas en signo positivo) o ganancias (expresadas en signo negativo) en relación con este Contrato Marco o con una Operación o grupo de ellas

cuyo vencimiento se haya anticipado, según el caso, incluyendo cualquier lucro cesante derivado del Contrato, los costes de financiación y/o costes derivados del vencimiento anticipado, liquidación, obtención o restablecimiento de cualquier cobertura o posición relacionada con la misma (o cualquier ganancia obtenida en esos casos).

La Valoración Sustitutiva incluye las pérdidas, intereses y los costes (o ganancias) en relación con cualquier pago o entrega que, debiendo haberse realizado en o antes de la Fecha de Vencimiento Anticipado correspondiente, no se haya realizado.

La Valoración Sustitutiva no incluye los gastos relacionados en la Estipulación Decimonovena de este Contrato Marco.

La determinación de la Valoración Sustitutiva habrá de hacerse en la Fecha de Vencimiento Anticipado o en el momento inmediatamente posterior en el que sea posible. La determinación de la Valoración Sustitutiva podrá hacerse, por referencia a cotizaciones de tipos o precios de mercado de una o más Entidades de Referencia y podrá venir expresada en español o en inglés”.

Llegado a este punto y poniendo de relieve que los Anexos al CMOF no son sino contenido contractual que queda integrado en los mismos formando un todo, y, en concreto, el Anexo I cumple la función de adaptar las estipulaciones generales del contrato marco a la voluntad de las partes, es decir, en el que las partes negocian y acuerdan cláusulas específicas, se señalará que la lectura de la documentación contractual debe conllevar a la conclusión que no pueden sostenerse las afirmaciones que se realizan en el recurso de apelación en el sentido que GHK desconociera los supuestos en que se contemplaba el vencimiento anticipado de las permutas financieras, que en los COMF no se regula la cancelación anticipada total ó parcial y que no se establecen los parámetros ó bases de determinación de los costes de cancelación anticipada.

Antes bien, en la documentación contractual se contiene una regulación exhaustiva y detallada de los precitados supuestos y extremos, siendo de significar que tanto el documento estándar que constituye el COMF como el Anexo I al mismo fueron objeto de revisión por parte de Garrigues, asesoría jurídica contratada por GHK, habiendo introducido en el Anexo I aquellas modificaciones ó cambios que consideró procedentes, tal y como resulta no sólo de los e-mails cruzados con tal objeto (doc. nº 36 de la contestación de Banco Santander) si no de la declaración de la Sra. Maite Etxarri, lo que revela que desde luego las condiciones a las que se sujetaba vencimiento anticipado total ó parcial de las permutas financieras y forma de cálculo de costes (remisión a la estipulación decimocuarta), fueron individualmente negociados, y ello en directa correlación con las estipulaciones contractuales relativas a las consecuencias del vencimiento anticipado total ó parcial de los contratos de financiación.

Y aunque la causa de pedir que fundamenta la nulidad se entiende viene constituida por el error vicio del consentimiento contractual y no por la infracción del artículo 7 de la Ley de

Condiciones Generales de la Contratación no obstante su invocación en la fundamentación jurídica del escrito de demanda, asimismo se señalará que se cumple con los requisitos exigidos en dicho precepto para su válida incorporación al contrato.

La cláusula ó estipulación decimocuarta del COMF en la que se regulan las bases de determinación de la cantidad a pagar en relación a las definiciones de valor de mercado y valoración sustitutiva está redactada de forma clara y comprensible, respecto de lo que constituye el contenido de la información. La cantidad que se recibiría ó pagaría en la Fecha de Vencimiento Anticipado de acuerdo con los precios de mercado por contratar una operación con la Entidad de Referencia en las mismas condiciones económicas que las permutas contratadas por el plazo equivalente al que resta hasta el vencimiento pactado.

O como se alegare en el propio escrito de demanda el coste de cancelación de acuerdo con el criterio del valor de mercado, más allá de los importes pendientes de pago/cobro, es la suma de las liquidaciones futuras de los swaps.

El cálculo se realiza sobre los precios que se han de solicitar a las entidades de referencia con referencia, valga la redundancia, a la Fecha de Vencimiento Anticipado, y quienes han de facilitar las cotizaciones ó valoración en las 24 horas posteriores. Se regula asimismo el sistema para considerar válidamente solicitada y emitida una cotización por las Entidades de Referencia. Sobre tales datos, si existen varias valoraciones, se calcula la media aritmética, y sí únicamente se diera una valoración, el Valor de Mercado será dicha valoración, y si no se obtuviera ninguna valoración, se considera no posible la determinación del Valor de Mercado debiendo aplicarse el criterio de Valoración Sustitutiva.

En este punto, se estima de adecuada cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-2015, recaída en un supuesto en que se solicitaba con carácter principal la nulidad por error vicio de un swap de tipos de interés y, subsidiariamente, la nulidad y la no incorporación al contrato de su condición general sobre el coste de la resolución anticipada, y la resolución del contrato con efecto desde la presentación de la demanda, sin que la demandante tuviera que pagar ninguna penalización o coste de cancelación, con fundamento en que la cláusula estaba redactada en términos vagos e imprecisos (no menciona la fórmula o base de cálculo del coste de la cancelación anticipada del contrato), conforme a lo prescrito en los arts. 7.b y 8.1. de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en la que al Alto Tribunal dando respuesta al motivo de casación articulado con fundamento en la infracción de lo dispuesto en los arts. 7 b) y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en relación con la petición subsidiaria de nulidad de la condición general relativa a la cancelación anticipada, cuya redacción es muy similar a la que es objeto de la presente Litis, argumenta:

“En el desarrollo del motivo se argumenta que el coste de la cancelación constituye un elemento esencial para que el cliente pueda adoptar decisiones de inversión fundadas, de tal manera que la entidad bancaria falta a las exigencias de la buena fe a la hora de informar correctamente a su cliente sobre el alcance de dicha cancelación anticipada.

Por lo tanto, prosigue el recurso, a la vista de la vaguedad e imprecisión de la estipulación 8ª de las Condiciones Generales, «cabe afirmar que no puede exigirse lo que no está pactado, en tanto en cuanto no existe realmente consentimiento alguno por mi representada en este extremo tal y como exige el artículo 1261.1º del Código Civil, amén de que admitir abonar a la entidad demandada cualquier importe en concepto de gastos de cancelación sería dar carta de naturaleza a una actuación unilateral por parte de esta expresamente proscrita por el art. 1256 del mismo texto legal ».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

14.Desestimación del motivo segundo. El contenido de la cláusula 8ª es el siguiente:

«Declarado el vencimiento anticipado de la operación el saldo neto resultante será determinado por La Caja de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la permuta contratada. El adeudo o abono, según proceda, por el saldo neto así obtenido, que se verá incrementado con aquellas otras cantidades vencidas que permanezcan impagadas, se efectuará en la cuenta vinculada conforme a lo previsto en la estipulación tercera. Dicho cálculo lo realizará La Caja con dos días de antelación a la fecha de vencimiento anticipado determinada por la parte que haya instado el mismo, y será comunicado al Cliente por escrito, informándole sobre los medios utilizados y los cálculos realizados. El Cliente, dentro del día siguiente al de la recepción de la comunicación referida, podrá mostrar su disconformidad o reparos a la cantidad neta resultantes, a pagar o a cobrar comunicada por La Caja, entendiéndose que la acepta si en dicho plazo no remite comunicación escrita a La Caja haciendo constar su desacuerdo. De existir desacuerdo por parte del Cliente, La Caja, en cuanto hubiera recibido la comunicación del Cliente, solicitará a las entidades financieras de referencia señaladas más abajo, sus precios de cotización de demanda y de oferta para la operación hipotética a que se hizo referencia anteriormente. Obtenidos tales datos, la cantidad a pagar por La Caja o por el Cliente como consecuencia de la cancelación anticipada de la operación, será la calculada por La Caja, como medida aritmética de las cotizaciones recibidas de las entidades financieras de referencia que hayan contestado la solicitud de La Caja con anterioridad a la fecha de vencimiento anticipado. Dicha cantidad a pagar será comunicada por La Caja al Cliente, quedando obligada la parte que resulte ser deudora de la misma a hacerla efectiva a la otra parte, en la fecha de vencimiento anticipado que se hubiere determinado, en la cuenta vinculada. Las entidades financieras de referencia a que se refiere esta estipulación, son las indicadas a continuación, entendiéndose que las comunicaciones con las mismas se llevarán a cabo a través de sus respectivos Departamentos de Tesorería: Banco de Santander, BBVA, Societe Generale, City Group, JP Morgan.».

La demandante carece de la condición de consumidor, lo que no impide que la citada cláusula, que forma parte de un clausulado general, se halle sometida al régimen general de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, conforme al ámbito de aplicación de esta ley previsto en su art. 1. No resulta de aplicación el control de contenido, previsto en el art. 8.2 LCGC («serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por

tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», pero sí el de inclusión o de incorporación, tal y como se plantea en este caso.

Las exigencias de incorporación contenidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se encuentran en sus arts. 5 y 7. La sociedad mercantil demandante, ahora recurrente, entiende que en este caso resulta de aplicación a la cláusula transcrita el art. 7.b) LCGC. Conforme a este precepto, «(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.»

Como ha resaltado la doctrina, «estas condiciones de inclusión no deben considerarse requisitos para el consentimiento del cliente sobre el contenido de las condiciones generales sino sólo sobre su existencia».

De tal forma que para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa.

En nuestro caso, la demandante denuncia la vaguedad e imprecisión de la cláusula 8ª del contrato, en cuanto que no informa con claridad del método que se utilizará para determinar el coste de cancelación anticipada, ni tampoco ofrece una estimación aproximada de dicho coste.

En realidad, la cláusula está redactada de forma clara y comprensible, respecto de lo que constituye el contenido de la información: «el saldo neto (...) será determinado (...) de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento para una operación hipotética de las mismas condiciones económicas y de pago que la operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la permuta financiera contratada»; el cálculo será realizado por La Caja con dos días de antelación a la fecha de vencimiento y se comunicará por escrito al cliente, «informándole sobre los medios utilizados y los cálculos realizados», para que pueda mostrar su disconformidad en el plazo de un día; de existir disconformidad, La Caja solicitará a las entidades financieras de referencia (Banco Santander, BBVA, Société Generale, City Group, JP Morgan) sus precios de cotización de demanda y de oferta para la reseñada operación hipotética, y con estos datos, «la cantidad a pagar como consecuencia de la cancelación anticipada de la operación será calculada por La Caja como media aritmética de las cotizaciones recibidas de las entidades financieras de referencia (...) con anterioridad a la fecha de vencimiento anticipado».

Al llegar a este punto conviene matizar, para no confundir los parámetros a emplear en el presente enjuiciamiento de control de inclusión.

Por una parte, la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores.

Y por otra, tampoco se equipara al deber de información impuesto a la empresa de inversión por el art. 79 bis.3 LMV, respecto del conocimiento de los riesgos que entraña la operación.

Una cosa es que la información no sea clara y comprensible, y otra distinta es que sea insuficiente para comprender el riesgo que encierra la cancelación anticipada. Conviene advertir que, en la demanda, la petición de nulidad por vicio en el consentimiento, derivado del defecto de información conforme a las exigencias del art. 79 bis.3 LMV, no se refería a la cláusula de vencimiento anticipado. Motivo por el cual, no hemos podido valorar si el defecto de información al respecto pudo haber sido relevante para el error vicio.

La demanda, en relación con la cancelación anticipada, tan sólo ejercitó la acción de nulidad basada en el incumplimiento de las exigencias del art. 7 b) LCGC, a cuyo juicio hemos de ceñirnos, si no queremos alterar el objeto litigioso.

Con las precisiones anteriores, hemos de concluir que la cláusula pasa el control de incorporación. La cláusula informa de que el cálculo del saldo neto derivado de la cancelación, como depende de hechos aleatorios y por ello desconocidos en el momento de concertarse el contrato, se realizará en el momento de la cancelación, teniendo en cuenta los precios de mercado existentes en ese momento para una operación hipotética de las mismas condiciones económicas y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la permuta financiera contratada. Y, en última instancia, en caso de disconformidad, atendiendo a los precios de cotización de las entidades financieras de referencia (Banco Santander, BBVA, Société Generale, City Group, JP Morgan).

La exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida.

En este caso, si atendemos a lo que es objeto de contratación, un swap, y a la complejidad de lo que se pretende regular con la cláusula controvertida, la liquidación en caso de resolución anticipada, podemos concluir que la cláusula supera el control de incorporación. Es clara a la hora de informar que el coste de cancelación dependerá del saldo neto que resulte en aquel momento, que por depender de hechos aleatorios se desconocen en ese momento. Y explica quién realizará el cálculo y cómo, así como la posibilidad de mostrar la disconformidad al mismo, y los parámetros de referencia para verificar la procedencia del cálculo realizado.

Cuestión distinta es si la información es insuficiente para que el cliente pueda conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, lo que opera en otro plano, el de la

suficiencia de la información para que el consentimiento prestado no se pueda entender viciado de error”.

Y en cuanto a la invocada indeterminación del objeto por concreción del precio ó coste de cancelación ante la inexistencia de una fórmula que permita calcular ese coste, aunque tampoco se desarrolla en la demanda rectora del proceso como causa de nulidad independiente al error vicio del consentimiento, ha de citarse la STS de 1-6-2016:

“SEGUNDO.- Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1261.2º y 1273 del Código Civil acerca del requisito de la determinación del objeto de los contratos. El recurso insiste en que debía haberse apreciado la absoluta indeterminación del objeto del contrato respecto de la cláusula de cancelación anticipada.

Según el recurso, la cláusula que admite la cancelación anticipada, al prever sus efectos, afirma que el resultado económico de la cancelación «vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente». También se afirma que «Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas». Luego, cuando regula la cancelación a instancia del banco, se le faculta para resolver el contrato por «la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación». Y esta resolución unilateral dará lugar a una liquidación positiva o negativa para el cliente «en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. El motivo no cuestiona el posible defecto de información respecto del coste de cancelación, sino que, por la indeterminación de este importe, el objeto del contrato carezca de certeza y determinación.

Una cosa es la incidencia que pueda tener el desconocimiento de los riesgos que podrían suponer un coste muy elevado de la cancelación anticipada del swap, que difícilmente puede precisarse al tiempo de firmar el contrato en la cláusula que regula la posibilidad de cancelación anticipada, y otra distinta que esta falta de concreción a la firma del contrato afecte a la exigencia de determinación del objeto del contrato.

El objeto del contrato viene determinado, principalmente, por los elementos o características que configuran la permuta financiera de tipos de interés pactada en cada caso (el notional, los periodos de liquidación, los tipos fijos y variable de referencia...), con arreglo a los cuales se determinan las liquidaciones periódicas. Respecto de ellas no existe duda alguna sobre su determinación en el contrato.

En relación con la facultad de cancelación anticipada a instancia del cliente, que estaba convenida en el contrato (transcrita en el apartado 1 del primer fundamento jurídico), hemos advertido en otras ocasiones que podía llegar a constituir un elemento esencial del contrato, respecto del que, en alguna ocasión, podría darse un error que viciara el

consentimiento. Así lo justificamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre y en otras posteriores:

«Cuando un contrato de las características del Swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente».

Ahora bien, por las propias características del swap, como también advertimos en aquella sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, es natural que su coste efectivo de cancelación no pueda precisarse en el momento de la firma del contrato, y que su determinación dependa de eventualidades del mercado:

«Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle, pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

De tal forma que la exigencia de información sobre lo que podría costar la cancelación y el riesgo que se asume podría, en algún caso, incidir en el enjuiciamiento del error vicio, pero su ausencia no conllevaría, como , como pretende la recurrente, que el objeto del contrato no fuera determinado. La inicial imprecisión respecto del coste de cancelación, en atención a su conexión con el carácter aleatorio del contrato, afectado por las fluctuaciones de los precios de estos productos financieros en el mercado, no afecta a la exigencia de determinación del objeto del contrato. Razón por la cual procede desestimar el motivo”.

Sobre la base de lo precedente, y con la matización que en los contratos no se reconoce a GHK una facultad de desistimiento ó resolución anticipada e unilateral de las permutas financieras con desvinculación de la suerte de los contratos de financiación, podemos entender con la parte recurrente que los eventuales costes de cancelación anticipada de las permutas financieras podía tener la consideración de elemento esencial en cuanto afectante a uno de los riesgos asociados con la contratación de los derivados financieros y que se regula el vencimiento anticipado de los swaps (total ó parcial) e incluso el ajuste del notional al importe dispuesto y pendiente de amortizar de los créditos en caso de disociación de tales elementos con los consiguientes costes.

Sin embargo, a la vista de lo actuado en el presente caso se presenta difícil apreciar la concurrencia de un error vicio del consentimiento contractual sobre tal elemento determinante de la anulación contractual, estimándose que la recurrente pretende una aplicación automática de las normas de protección de los clientes minoristas, cuando como hemos razonado las circunstancias concurrentes en el caso concreto determinan la inexistencia de asimetría informativa con la que se contrata haciéndose GHK tributaria de la calificación de cliente profesional en cuanto para llevar a cabo la búsqueda de la financiación necesaria para las infraestructuras y en dicho marco la contratación de las permutas acude y actúa a través de profesionales con la experiencia, conocimientos y capacidad suficiente para discernir los riesgos de un IRS, por lo que no resulta exigible de las entidades bancarias demandadas el rigor informativo propio del cliente minorista.

En primer lugar, reiterando que el contenido contractual en los términos que han quedado reseñados más arriba fue convenido por las partes contratantes y que el mismo informa sobre el sistema de determinación del coste de cancelación y que el resultado económico viene determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación, la Sala ha de compartir con el Juzgador de Instancia que la circunstancia de que no se incluya una fórmula matemática-financiera para efectuar el cálculo del coste de cancelación anticipada no puede considerarse deficiencia de información contractual, ya que la indeterminación del coste de cancelación es consecuencia de la aleatoriedad vinculada a la situación del mercado en el momento de la resolución por lo que la inclusión de una fórmula de cálculo no hubiera vislumbrado en nada sobre la magnitud ó entidad del riesgo de cancelación anticipada cuantitativamente hablando.

Dicho ello, a juicio de este Tribunal, lo relevante para apreciar la concurrencia ó no al tiempo de concertar los swaps del error vicio del consentimiento contractual que se invoca, es si la Sra. Maite Etxarri y a través de ella GHK pudo representarse los riesgos asociados a la cancelación anticipada, la magnitud a la que podían ascender, ya que como se ha dicho es la persona que por su condición de directora o responsable de la gestión financiera de GHK intervino directa y activamente en la negociación con las entidades bancarias, no así el Sr. Ormazabal y el Sr. Etxezarreta, y la que luego informaba al Consejo de Administración de GHK, en cuyo seno se adoptaban las decisiones. A lo que se estima debe darse respuesta positiva por lo que a continuación se argumenta.

Como ha quedado dicho más arriba la Sra. Maite Etxarri es licenciada en Económicas y Empresariales, especialidad financiera, teniendo además una larga trayectoria en gestión y dirección de empresas de renombre y experiencia previa en un swap que es una variante del IRS, por lo que se le presume un conocimiento elevado de la terminología bancaria así como de los conceptos clave en ese tipo de contratos.

Su preparación ó cualificación y conocimientos en este caso además se evidencian del iter negocial, negociaciones con las entidades demandadas que fueron más allá de las correspondientes a la financiación, y en las que intervino activamente, sin perjuicio de contar con el apoyo de los servicios de PwC y Garrigues, pactándose como ella mismo declara todos los elementos esenciales de los contratos (valor nocional, duración, spread), en el inmediatamente previo al cierre de los swaps, solicitando información sobre tipos implícitos y curvas IRS para su estudio o análisis, indicando horas aproximadas de cierre de los swaps en función de la situación del tipo de interés, etc., y posterior, solicitando mensual o trimestralmente la valoración de los swaps.

Por tanto discrepando de la parte apelante se ha de considerar que la cualificación y experiencia de la Sra. Etxarri cumple el estándar que se exige por el Tribunal Supremo para comprender el sentido y alcance de las consecuencias financieras de los swaps, constituyendo las alegaciones realizadas en el recurso al respecto del resultado de la prueba testifical de la Sra. Etxarri una síntesis muy apretada, ya que la misma fue objeto de un amplio interrogatorio en el acto de juicio oral y del análisis de su testimonio, mediante el visionado del soporte videográfico del acto de juicio, y su valoración en los términos del art. 376 LEC, en una valoración conjunta con la documentación contractual, lleva a este Tribunal a concluir que tenía perfecto conocimiento de los riesgos patrimoniales asociados a la cancelación de los swaps.

En el recurso se alega que la Sra. Etxarri que afirmó que no sabía cómo se calculaba el coste de cancelación y por tanto, que no era capaz de calcularlo, añadiendo que nadie le explicó cómo se calculaba dicho coste ni le hicieron simulaciones, y que solo entendía lo que suponía el coste de cancelación como concepto (traer a fecha de hoy liquidaciones del futuro).

De su declaración en el acto del juicio sin embargo resulta que era perfecta conocedora no sólo del funcionamiento de las permutas financieras y del riesgo en sus distintos escenarios, subidas o bajadas del euribor respecto al tipo fijo pactado; si no asimismo de los parámetros que se emplean para el cálculo del coste de cancelación, ya que si manifiesta que ella no sabe calcularlo y que no recuerda que se hiciera una simulación cuantitativa, igualmente declara que la indeterminación del coste de cancelación es consecuencia de la aleatoriedad vinculada a la situación del mercado en el momento de la resolución y que su importe está en función de la evolución del tipo de interés, del momento en que se produzca tal vencimiento anticipado y del tiempo que quede de vigencia al contrato, pudiendo ser positivo ó negativo para GHK, al igual que las liquidaciones durante la vigencia contractual.

Teniendo en cuenta ello y reiterando que el perfil de la Sra. Etxarri no es precisamente el de persona ignorante y ajena a la materia financiera, se estima que con tales parámetros y a la vista del nocional de los swaps no precisaba de una simulación numérica para representarse que los costes de cancelación pudieran ser de importancia en caso de bajada del Euribor por debajo del tipo fijo.

Si a todo ello se une el contenido contractual más arriba analizado cuya concreta redacción fue objeto asimismo de estudio y negociaciones a través de los asesores jurídicos ó legales de GHK con antelación bastante a su suscripción, la conclusión que se alcanza es que GHK prestó su consentimiento con conocimiento del alcance que pudieran llegar a representar las consecuencias económicas de la cancelación.

En este sentido elemento que coadyuva a dicha conclusión es la actuación de la sociedad demandante mientras estuvo gestionada y dirigida por los miembros integrantes del anterior Consejo de Administración, el mismo que adoptó la decisión de la contratación de las permutas financieras en liza, ya que nos encontramos con que siendo conocedora de la valoración de los swaps (doc. nº 37 de la contestación de Banco Santander y doc. nº 12 de Banesto, basta observar las cuantías para apreciar su magnitud) no consta queja o reparo alguno como asimismo declara la Sra. Etxarri. Así explica que ella pedía las valoraciones de los swaps a las entidades bancarias mensual ó trimestralmente y tras ser revisados por otra entidad filial del grupo PricewaterhouseCoopers (“PricewaterhouseCoopers Auditores S.L.” contratada con tal objeto), utilizando la metodología de cotizaciones de traer al día de la valoración, la sociedad decidía si la valoración era de cobertura ó no, y que mientras ella estuvo allí era de cobertura, explicándose la valoración no sólo con ocasión de la aprobación de las cuentas anuales, si no en la PIG y el balance que se aportaban trimestralmente al Consejo de Administración. Significar que dicha valoración es la que toma como referencia el perito Sr. Lamothe en su informe y que no existe constancia que la demandante haya solicitado previo a la interposición de la demanda la cancelación de los swaps y se le haya informado del coste en un momento concreto.

Pero es que ello viene además refrendado por la actuación del nuevo Consejo de Administración de GHK, (en todo caso, su disconformidad al respecto se presentaría irrelevante, ya que el error en su caso se produce en el momento de la contratación y no a posteriori). Y se expresa ello por cuanto la primera y única objeción hasta la fecha de interposición de la demanda rectora de las presentes actuaciones en cuanto al coste de cancelación es la formulada por el nuevo Consejo de Administración de GHK, contenida en el Acta del Consejo de 29-11-2012 (doc. nº 120 de la demanda), ocho meses después de la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio económico 2011 (en el informe de auditoría donde se advierte de la posibilidad de liquidación de los contratos de cobertura con coste significativo para la sociedad) y tres meses después de la comunicación mostrando disconformidad con las liquidaciones por razón del valor nocional, y si en la precitada Acta se recoge que se ocultó por las entidades bancarias durante el proceso de

comercialización el coste de cancelación del derivado, los acuerdos adoptados nuevamente sólo hacen relación al cálculo de las liquidaciones sobre el valor nominal y no sobre el importe principal dispuesto y pendiente de amortizar del crédito.

En cuanto al **valor inicial de los swaps**, en el informe pericial del Sr. Lamothe (pericial de la parte demandante) se concluye que el producto se vende de forma engañosa a un “coste cero” cuando realmente tenía un importante valor negativo para el cliente en la fecha de las operaciones. Que al inicio de ambas operaciones, la comisión implícita imputada por ambos bancos, es excesiva alcanzando la cifra de 5.769.580,60 euros.

En el apartado relativo a la valoración de los swaps (página 60 y ss), se recoge que en el ámbito del mercado de valores el precio de los instrumentos financieros se determina en función del valor razonable que éstos tengan en el mercado. Que el valor razonable nos permite averiguar el valor de los instrumentos derivados en el momento de la contratación y en cualquier momento durante la vida de la inversión, así como estimar las comisiones implícitas asociadas a la operación. Que a los márgenes obtenidos por el banco en las operaciones por los diferenciales de precios entre lo contratado con el cliente y lo vigente en el mercado los podemos denominar también como comisiones implícitas. Que para determinar las comisiones implícitas lo que hacemos, es obtener el valor razonable del derivado en base a las condiciones obtenidas por el cliente y los valores en el mercado en la fecha de contratación de los parámetros relevantes que explican su precio. Por ejemplo, si un swap tiene un valor negativo de -10.000 euros para el cliente, sabemos que debió contabilizar esta minusvalía como un gasto y que el banco obtuvo un beneficio o margen próximo a 10.000 euros. El hecho de que el banco posteriormente se quede la operación en su balance o realice una operación en sentido inverso para materializar inmediatamente el beneficio de la operación es irrelevante. A esta pérdida para el cliente, margen de intermediación para el banco, la podemos conceptuar como una comisión implícita ya que se cobra implícitamente en las condiciones del derivado.

Es importante conocer las comisiones implícitas que internalizan estos contratos dado que si el valor razonable del derivado es ab initio negativo al cliente adquiere una posición negativa en el contrato. No es realmente una operación a “coste cero” o de equidad entre las partes, sino un derivado en el cual, “de partida”, el cliente asume un mayor riesgo que el banco y cuyo valor razonable es igualmente negativo para el cliente y positivo para el banco.

Si esta información se oculta al cliente se le priva de una información esencial que afecta tanto a la propia decisión de invertir como a la evaluación del riesgo de la operación.

Debemos explicar que la práctica de que los bancos obtengan dinero y márgenes de beneficio en su operativa es totalmente lícito. Lo ilícito es que no comuniquen los costes incurridos a sus clientes. Tampoco es lícito y está en contra de las buenas prácticas

bancarias, el cobro de márgenes “excesivos” aprovechándose de la falta de información y conocimientos financieros del cliente.

A continuación se aborda específicamente la valoración de los swaps en el caso concreto, indicando que la metodología de valoración se expone en el anexo IV, en el que figuran también los datos individuales utilizados para la valoración.

Se explica que el precio de este tipo de productos se obtiene mediante el descuento financiero de los flujos que debe pagar el banco (FLUJO VARIABLE en nuestro caso) y el cliente (FLUJO FIJO) en base a la estructura temporal de tipos de interés cupón cero vigente en cada fecha de valoración. Se señala que esta es una de las técnicas más utilizadas de valoración de swap pero que existen otras alternativas posibles de cálculo. Y que de hecho hay varias alternativas de descuento financiero y la construcción de la estructura temporal de los tipos de interés cupón cero presenta varias alternativas.

Y a continuación se recoge una tabla con la valoración de los swaps a diferentes fechas, concluyendo que al inicio de ambas operaciones, la comisión implícita imputada por ambas bancos es excesiva, alcanzando la cifra de 5.769.580,60 euros incluso si se siguen los parámetros y modelos utilizados por los bancos (no se desarrolla en esta resolución la explicación del informe acerca del riesgo de contrapartida en el que se justifican los márgenes en relación al rating de la Diputación Foral de Guipuzcoa como accionista del 33,33 % de GHK, y la falta de información a GHK, dado que como se ha señalado en este caso se negoció y pactó el margen o diferencial de 25 puntos básicos).

En la página 77 del informe al tratar sobre la mala praxis en el proceso de comercialización, se incide en este aspecto de venta “engañosa” de los swaps a un coste cero cuando el valor inicial de la posición del cliente en el swap tenía un valor inferior a la posición adoptada por el banco, señalando que ello implica una estructura simétrica donde una de las partes asume más riesgo que la otra y por tanto deberá ser compensado por ello. Y que cuando se vende un derivado a coste cero y tiene un valor negativo para el cliente se está ocultando implícitamente el riesgo mayor que asume el cliente con relación al banco.

En la página 85 nuevamente y en relación a los principios de mejor ejecución y transparencia en los mercados de valores, se señala que las entidades bancarias demandadas en connivencia colocaron estos instrumentos financieros en unas condiciones que no eran de mercado, ya que el desfase de precios en relación al valor razonable, es excesivo alcanzando la cifra de 5.769.580,60 euros. Margen que en opinión del perito no puede considerarse en armonía con los precitados principios, constituyendo un sobreprecio injustificado y un abuso de mercado en la ejecución de ambas operaciones.

En el acto del juicio el perito Sr. Lamothe a preguntas de la dirección letrada de la parte actora y en relación a que el análisis de los tipos forwards o implícitos demuestran que las

operaciones estaban desequilibradas a favor de los bancos desde la fecha de firma, señala que las curvas forwards, las del 30-6-2011, porque los tiene estimados, salía que hasta el año 2017 en el caso del primer swap lo que iba a ocurrir es que el cliente iba a estar pagando liquidaciones, por eso ojo sale un valor razonable negativo para el cliente porque el inicio por mercado los flujos que va a pagar son mayores que los flujos que va a ingresar. Preguntado sobre el exceso que tenían los tipos fijos contratados sobre los de mercado, señala que es curioso porque su colega el profesor Sr. Mascareñas, en la página 48 estima unos diferenciales del 0,66 % y del 0,40 % sobre los tipos de mercado, para mí son algo superiores, 0,80 % mínimo en el primer caso y 0,60 % en el segundo, y dice que no es mucho, pero cómo no es mucho, tomando como válido el 0,66 % durante un montón de años sobre montones de millones de euros, calcule, sale un montón de dinero, y por cierto además es que esos diferenciales son es un tema de ejecución de la orden y dónde viene que se podía cobrar un 0,66 % ó un 0,80 %. Señalándole el Letrado que en todos los documentos contractuales que hay venía establecido entre 20 y 25 puntos básicos y que al final quedan en 25 puntos, el perito indica que no, peor, es que en algunos documentos contractuales que son muy importantes desde el punto de vista financiero, que son las confirmaciones de las operaciones, pone que los diferenciales son 0, entonces cómo te cobran un 0,66 %, y repite que para él es más.

A preguntas de la dirección letrada de la Caixa manifiesta el perito que no contiene en su informe lo relativo a los márgenes de 0,80 y 0,60 %, que lo ha sacado a raíz del informe del Sr. Mascareñas, ampliando su informe y que tiene los cálculos pero no los ha traído. Planteándole que tanto PwC y GHK verificaron el ajuste de los tipos a los tipos de mercado, señala que él ha sacado lo tipos que tenía Bloomberg de swap a 18 años y en el swap de 9-2-2011 le da un cálculo del 3,93 % y si te cobran un 4,39 %, en plan burdo esto, sin ajustes de evolución de nocionales, y esto le sale a él y al Sr. Mascareñas un 0,66 %. Plantéandole en relación a la afirmación que realiza en el informe sobre incumplimiento grave de la obligación de información por no haberse dado información de curva de implícitos, si no ha visto que se dio esta información, responde que no, que no ha visto que se diera esa información.

En el informe pericial de Sr. Jiménez y Sr. Martínez-Pardo del Valle (pericial la Caixa) sobre la valoración del swap (páginas 27 y 28) se recoge que cuando la negociación es entre una entidad financiera y su cliente, la rama que percibe el banco es algo mayor como consecuencia de añadir una prima de riesgo por la calidad crediticia de la contrapartida, una prima por la iliquidez del producto y una prima por la remuneración de los recursos propios que el banco destina a la operación, y que en las operaciones analizadas el conjunto de estos tres factores supusieron 0,25 puntos porcentuales anuales. Y se explica que calcular el valor actual de la rama fija es sencillo ya que se conocen todos los flujos que se va a liquidar y lo único que hay que hacer es actualizarlos a los tipos vigentes en el

mercado en cada momento. Que la dificultad está en el cálculo de la rama flotante ya que se hace en función de las expectativas de mercado de tipos de interés para el índice de referencia de dicha rama flotante. Que para ello, se utilizan los tipos de interés implícitos que se deducen de la curva de tipos de interés cupón cero. Y que en función de cual sea el nivel de los tipos de interés de la curva podremos deducir cómo se espera que sean los tipos de interés en el futuro. Que existen diversos métodos para calcular los tipos implícitos partiendo de los tipos de interés de la curva cupón cero.

Que en el momento de la contratación de un IRS el valor actual de los flujos fijos y flotantes deben ser muy parecidos con independencia de las primas que repercutan los bancos como se ha mencionado.

En la página 41, apartado en el que específicamente se aborda la cuestión relativa al valor de las permutas financieras en el momento de su contratación, se señala haber realizado el ejercicio de valoración de la cobertura al igual que el perito Sr. Lamothe en su informe, poniendo de relieve que este tipo de valoraciones son complejas, especialmente en este caso con disposiciones aplazadas que eran mensuales hasta diciembre de 2014 y semestrales a partir de entonces y con un nominal creciente durante unos años y decreciente después, así como la dificultad de determinar la curva de tipos de interés que existía en el mercado en el momento de la contratación de las permutas financieras, partiendo de la base que no existe acuerdo ni en la industria financiera ni entre los investigadores académicos sobre la mejor determinación del cálculo de los tipos de interés implícitos de la curva de tipos de interés, y que no solo es relevante la fórmula sino también determinar cuál es la curva de tipos de interés vigente en cada momento.

Y teniendo en cuentas dichas limitaciones, se explica que ha estimado la curva de tipos de interés facilitada por Bloomberg a 9 de febrero y 12 de mayo de 2011, fecha de contratación de los swaps (se adjunta como anexo 3 los tipos implícitos calculados). Y que la valoración arroja un mayor valor de la rama fija de aproximadamente 7,5 puntos básicos, que teniendo en cuenta las limitaciones anteriores y la volatilidad intradiaria del mercado en aquellos momentos, en el contexto de esta operación con un plazo de 19 años y una vida media de 15 años, un nominal variable (creciente al principio y decreciente después) y un importe de 240 millones de euros, les parece razonable.

En cuanto a la valoración realizada por el perito Sr. Lamothe se señala que con la información que facilita en su informe no es posible contrastar la valoración que ha realizado que arrojaría un valor inicial a favor de los bancos de 5,7 millones de euros, al no aportarse información suficiente de la metodología utilizada. Y que del contrato con su valoración, se deduce que no habría tenido en cuenta el spread de 25 puntos básicos acordado entre las partes.

Que por otra parte los tipos de interés implícitos que ha utilizado para la valoración presenta deficiencias como se puede observar en la página 49 de su informe donde se

repite todos los implícitos a un mes durante varios años enteros. De haber sido estos tipos los utilizados por el Sr. Lamothe para la valoración de los productos, ésta sería errónea y no válida a todos los efectos. Y que si por el contrario, no han sido estos tipos los utilizados, no alcanzan a entender la razón de haberlos incluido en su informe, pues provocan una tremenda confusión.

Y que por otro lado, sólo el efecto de considerar 25 puntos básicos de margen acordados por las partes, supone un menor valor de 5.050.000 euros según los cálculos efectuados. Esto es, si los descontáramos la diferencia sería de 719.580,60 euros, cifra que no parece relevante en el contexto de esta operación (aproximadamente 3,5 puntos básicos), y que, además, podría ser consecuencia de la volatilidad intradiaria del mercado en aquellos momentos.

Y que en cualquier caso, debe reconocerse que las valoraciones de estos instrumentos (tanto los IRS como el Cap y el Swaption) realizadas cuando ha transcurrido tanto tiempo no son del todo exactas.

En el acto de juicio, además de señalar que les consta el pacto de 25 puntos básicos como margen de intermediación, en relación al contenido del informe del perito Sr. Mascareñas, preguntados que al parecer habla de un precio de mercado con un margen de 0,66 euros, explican que en su opinión técnica consideran erróneo el planteamiento del perito ya que, por un lado, ha tomado como referencia los tipos de interés del 31-5-2011, cuando lo correcto es tomar de referencia los tipos de interés de la fecha de contratación, por tanto de 9-2-2011 para la primera mitad de la cobertura y el 12-5-2011 para la segunda mitad, y, por otro, ha hecho un cálculo muy grueso porque ha considerado que todo el nominal se dispusiera desde el momento cero y sobre eso ha calculado la diferencia entre el 3,79 % y el 4,39 al que se hizo la operación y eso es lo que dice que tiene una comisión de 0,6, y eso no es correcto porque está claro en contrato que los nocionales en principio eran ascendentes y luego un periodo de funcionamiento del proyecto descendente y por tanto debían haberse tomado los tipos de interés en cada momento, de toda la curva, y no haber tomado el tipo de interés del plazo de 19 años, que es lo que ha hecho en su informe

Y reiteran la dificultad de replicar transcurridos tres años las condiciones de mercado en el momento de la contratación, teniendo en cuenta además que estos productos están sometidos a mucha volatilidad intradiaria y que hablando de un tipo de interés a muy largo plazo, una curva a 20 años, las fluctuaciones en ese día pueden ser significativas. Y añaden que sí han comprobado que había equilibrio entre las dos ramas de la permuta financiera, con excepción de los 25 puntos básicos, y que el resultado es un diferencial un poquito más alto que lo achacan a lo precedente, es decir, a la dificultad de retrotraer el cálculo a una fecha concreta, día y hora exactos.

A preguntas de la dirección letrada de la parte actora sobre si el precio del swap viene determinado de alguna forma por el nominal, explican que sí, ya que hay que tener en cuenta que aquí hay un periodo ascendente de los principales previstos a disponer y por tanto nominales de la permuta y luego descendiendo, por tanto para calcular el coste de esa operación tenemos que tener en cuenta en cada fecha los flujos previstos a intercambiarse, tipos fijos y flotantes, y acompararlos a la curva de tipos de interés que había en cada plazo. Y reiterando la pregunta en el sentido si según su parecer a efectos de determinación del precio del swap no es lo mismo contratar un nominal de 1 millones de euros que de 10 millones de euros, si el precio es distinto, reiteran que como los importes nominales sobre los que vamos a girarnos tipos fijos y flotantes no están todos dispuestos desde el primer momento sino que varían, tenemos que tener en cuenta el perfil de la curva, eso es lo que decimos.

Planteándolos sobre la base de la diferencia de pareceres entre los peritos, como el perito Sr. Lamothe son 60 y 80 puntos de spread, según el perito Sr. Mascareñas 44 y 66 puntos básicos y los peritos declarantes 25 puntos básicos, que hablar en el mercado el precio de los swaps en un determinado momento no es algo tan fácil, es decir que según la curva de implícitos e imputs que se manejen unos y otros especialistas en finanzas pueden alcanzar conclusiones diversas de forma legítima, responden que lo difícil es ponerse en el instante en que la operación se cerró, matizando que a salvo en el acto de juicio el perito Sr. Lamothe haya manifestado otra cosa, consideran que en su informe el Sr. Lamothe considera que hay un spread de 28.5 puntos básicos, no de 60 y 80, ya que señala una minusvalía de 5 millones y pico de euros que es equivalente a 28,5 puntos básicos, de los cuales 25 son el margen de intermediación pactado.

En el informe pericial de los peritos Sr. Sicart y Sr. Jiménez (pericial de Banco Santander) sobre la consideración del perito Sr. Lamothe acerca de la comisión implícita imputada por importe de 5.769.580,60 euros, señalan en la página 29 del informe, que debe tenerse en cuenta que el importe indicado representa un margen del 0,29 % repartido sobre el nominal de la permuta financiera a lo largo del periodo de vigencia de la misma, y en relación a la proporción del spread del 0,20 % y 0,25 % de las condiciones de la carta mandato, señalan que la diferencia se debe a que no resulta posible calcular la posterior de manera exacta, sino simplemente aproximada, las condiciones que existían en el momento del cierre de la operación en el mercado, pues las fluctuaciones durante el día pueden ser significativas. A título ejemplificativo, y por no disponerse de estadísticas significativas sobre los tipos de interés de swaps contratadas cada día en el mercado del euro, se menciona la información del mercado de deuda pública española a más de 20 años, señalando que la oscilación media entre el tipo de interés máximo y el mínimo contratados en cada sesión fue de 0,18 % en 2011 y que como muestra de la liquidez de dicho mercado debe tenerse en cuenta que el volumen total de contratación en el año fue de 20.341 millones.

En el acto de juicio, los peritos Sr. Sicart y Sr. Jiménez (pericial de Banco Santander) manifiestan que han hecho los cálculos del margen o diferencial y les sale un 0.29, muy similar al cálculo efectuado por el perito Sr. Lamothe, y en cuanto a la pericial del Sr. Mascareñas en línea con los peritos Sr. Jimenez y Martínez-Pardo del Valle (pericial la Caixa) señalan que el análisis que hace tiene dos problemas, la primera que la valoración no está hecha a la fecha en que se hace la operación sino fecha valor y lo que importa es el día que se contrata que es cuando el mercado está operando y se cierra la operación, y la segunda y es muy importante es que toma como referencia el índice de referencia del tipo de interés a 19 años pero con un nominal constante y este es el problema porque en este caso el nominal no es constante, sino un nominal denominado creciente.

En el informe pericial del Sr. Mascareñas (perito de PwC) las conclusiones que se recogen al respecto de los tipos fijos de los swaps del 4,29 % y 4,22 %, son las siguientes (páginas 51 y 52, folios 2131 vuelo y 2132):

.- que representan los precios imperantes en el momento de su inicio en el mercado de swaps en euros, más la prima de riesgo y los costes de transacción.

.-que en los swaps de interés fijo-variable es normal que al comienzo del mismo el pagador fijo tenga flujos de caja negativos porque el tipo fijo suele ser superior al tipo variable al comienzo de la vida del swap. Entre otras razones porque la curva de rendimientos o estructura temporal de los tipos de interés es creciente con el tiempo (si lo normal es que fuera decreciente entonces ocurriría exactamente lo contrario).

.-y que no es válido comparar el tipo variable del swap y su posible evolución durante los primeros semestres o años con el tipo fijo a 19 años con objeto de señalar que el swap está desequilibrado a favor del pagador variable (como hace el perito Sr. Lamothe). El swap hay que contemplarlo en su totalidad no en la parte que interesa al perito. El swap está equilibrado por el propio mercado de swaps en euros si hacemos abstracción de las primas de riesgo (que son inherentes al Proyecto).

Dichas conclusiones se asientan en las consideraciones periciales que se desarrollan en las páginas 44 a 51, y que podemos resumir como sigue:

Tras explicar en qué consiste la volatilidad del Euribor y efectuar un análisis de la volatilidad media del Euribor entre enero de 2000 a septiembre de 2013 a efectos de tomarlo como referencia de la volatilidad media futura y hacer variar el valor del Euribor en la fecha de inicio de los swaps con este dato, para a su vez obtener los posibles valores que, semestre a semestre, puede alcanzar el Euribor hasta llegar al final de los 37 semestres que duran los swaps (contiene un gráfico), para concluir que si plazo del préstamo/crédito a tipo variable es corto (uno o dos años) se puede esperar que los tipos de interés no asciendan mucho pero que conforme se vaya ampliando el plazo el riesgo de aumento del Euribor va en ascenso, añade que esto lo sabe el mercado y por ello cuanto

cotiza la “pata fija” del swap (el tipo de interés fijo) tiene en cuenta tanto el plazo como el riesgo, y que de resultas de ello el tipo fijo del swap va creciendo en el plazo, incluyendo una tabla de cotizaciones de los swaps de tipos de interés en euros el 31-5-2011 (fecha de inicio de los swaps contratados por GHK), del que resulta que, a un año de plazo, el tipo de interés fijo (la media aritmética entre el precio comprador-bid- y el vendedor-ask) es de 1,905 % nominal anual (un 0,9525 % semestral), mientras que a 20 años es del 3,745 % nominal anual (1,8725 % semestral).

Y concluye que por tanto a mayor plazo mayor riesgo y mayor tipo de interés. Esto es lo que ocurre en la estructura temporal de los tipos de interés creciente, que es la habitual y que es la que estaba vigente el 31-5-2011.

Como “pequeño comentario” antes de continuar, señala que si en la tabla de cotizaciones el tipo de interés fijo a 19 años es aproximadamente del 3,729 % mientras los swaps contratados tienen unos tipos fijos del 4,39 % y 4,22 % nominal anual, su explicación se encuentra en cómo se calcula el precio final del swap que se compone de : los tipos de interés futuros (la tabla), los costes de transacción y el riesgo crediticio de la operación (a mayor riesgo de crédito de la operación mayor prima de riesgo). Y concluye por ello, no se puede comparar el tipo Euribor a 1 mes o a 6 meses de los diversos meses del año 2011 con el tipo fijo de un swap que se extiende a lo largo de 19 años (páginas 58 y 59 del informe del profesor Lamothe).

A continuación el informe sigue analizando lo relativo al valor de los tipos de interés a plazo implícitos a 19 años (a contar desde el 31-5-2011), es decir, de los tipos de interés a un año de plazo que se prevé existirán en cada uno de los próximos 19 años, discrepando del parecer del perito Sr. Lamothe sobre que las operaciones estaban desequilibradas a favor de los bancos desde la fecha de su firma (páginas 49 y 50), incluyendo una figura ilustrativa sobre los valores de los tipos anuales a plazo implícitos calculados según la expresión matemática estándar de la página 47 del informe del perito Sr. Lamothe en relación al tipo fijo del swap más alto (4,39 % anual) y al tipo fijo del swap sin riesgo (3,729 % anual), explicando que la línea que representa los valores de los tipos anuales a plazo implícitos es creciente hasta el semestre 30 (año 2026 mas o menos) y que apenas rebasa la línea representativa del tipo fijo del swap más alto, y que esto es lo que resalta el perito Sr. Lamothe cuando afirma que las operaciones están totalmente desequilibradas a favor de los bancos desde la fecha de su firma. Pero que el perito Sr. Lamothe compara el tipo fijo del swap que lleva incorporada la prima de riesgo de la operación con los tipos anuales implícitos sin riesgo, y que si se compara el tipo fijo sin riesgo del swap a 19 años de la tabla de cotizaciones a 3-5-2011 (3,729 %) con la línea de los tipos a plazo implícitos, se ve cómo el swap está equilibrado entre ambas partes (en los primeros años este tipo fijo supera al tipo de interés anual implícito mientras que en el resto ocurre al revés). Y señala que esto es lógico, porque es el mercado el que pone los precios y no Banesto y la Caixa. Y que éstos ponen la prima de riesgo de la operación (no se desarrolla

este punto del informe que tiene por objeto fundamentar que queda justificado en relación a la naturaleza del Project finance sin recurso a los accionistas de GHK y que no cabe tener en cuenta el rating de la Diputación Foral, como lo hace el perito Sr. Lamothe, dado que como se ha señalado en este caso el margen o diferencial pactado fue puntos básicos).

El perito Sr. Mascareñas en el acto de juicio declara que el objeto del análisis que se contiene en la página 48 de su informe no era efectuar un cálculo exacto sino demostrar que las dos partes o ramas del swap están equilibradas el día que se firma el contrato. Y a continuación explica que podía meterse en un montón de cosas de matemática financiera y podía valorarlos en la fecha de contratación de cada uno de ellos, tener en cuenta los días reales, etc, pero que eso liaba demasiado la explicación, y su idea fue coger en lugar de la fecha de contratación, la fecha de inicio de los swaps, 31-5-2011, que el valor que le sale no es exacto, que el exacto sería el calculado en la fecha de contratación. Que luego ese valor es la prima de riesgo, los costes de transacción y la variación de los tipos de interés, entre los 111 días del primer swap y los 19 días del segundo swap, pero que lo importante de eso es el gráfico ó sea la curva de tipos donde se ve que una parte está por debajo y otra por encima y aproximadamente el objetivo es que está equilibrada la parte que está por encima y la parte que ésta por debajo.

Preguntado específicamente por la dirección letrada de Caixa en relación al margen de intermediación o diferencial aplicado, además de señalar que no sabe que en las coberturas se hubiera pactado el margen del 0,25 ó 25 puntos básicos, planteándole si su análisis de 0,66 y 0,49 es correcto teniendo en cuenta que no ha tenido en cuenta fecha de contratación ni nominales contratados, responde que esto es un poco avanzado decirlo así, explicando que en los días anteriores los tipos de interés estaban bajando con lo cual eso hace que su cálculo es más grande del normal, es decir, que probablemente en 111 días del primer swap hayan comido la mitad por lo menos de lo que él dice, que sea exactamente 0,25 no lo sabe, que tendría que hacer el cálculo y sobre todo teniendo en cuenta que los dos primeros años y medio hay que hacer pagos mensuales, no tanto los nominales que es un tema de tipos, luego ya está como se aplica el tipo al nominal, y otro tema es la base de cálculo.

A preguntas de la dirección letrada de Banco Santander en el mismo sentido, planteándole si lo que dice es que no se atreve a decir que el margen fuera 0,25, pero que en su informe no afirma que el margen aplicado el día de la formalización de los swaps fuera el 0,66 y el 0,44, responde no no, el 31-5-2011 es la fecha de inicio y a esa fecha saben cuál es el tipo de interés fijo y 19 días antes saben el tipo de interés del 2º swap, pero lo que no saben a 31-5-2011 es el tipo de interés variable, entonces yo tomo esa fecha para hacer mi calculo y digo que más o menos está equilibrado. Reiterándole la pregunta de si en su informe está diciendo ó no que el 0,66 es el margen de intermediación, responde que obviamente no, porque estoy hablando de la fecha de inicio, no de la fecha de contratación, y los tipos han cambiado, si no hubieran cambiado los tipos sí sería. Y que no ha hecho el cálculo de

los tipos a la fecha de contratación, añadiendo que aunque lo hubiera hecho no puede asegurar qué parte es prima de riesgo, que desconoce que hubieran pactado algo, y qué parte es coste de transacción. Y planteándole finalmente otra vez, o sea que el 0,66 y 0,44 no es el margen de intermediación, responde no, no.

Y a preguntas de la dirección letrada de la parte actora, reitera que él no ha tenido en cuenta la fecha de contratación, sino la de inicio. Y preguntado si atendiendo a que el segundo swap se contrata el 12-5-2011 y la tabla de su informe es a 31-5-2011, en el segundo swap no habrá mucha diferencia en el diferencial del 0,44, responde que un 0,10 ó 0,7, y preguntado cuánto podría ser el diferencial señala que a lo mejor 0,35.

Teniendo en cuenta el resultado de lo actuado, la primera consideración que ha de hacerse es que el Juzgador de Instancia asienta su convicción poniendo en combinación fundamentalmente el resultado de las cuatro pruebas periciales practicadas en las presentes actuaciones, con las aclaraciones y explicaciones de los mismos en el acto de juicio, esto es, la decisión de instancia encuentra fundamento en una valoración conjunta del resultado que arroja la totalidad de la prueba pericial practicada, y esta Sala tras el nuevo examen de las actuaciones no puede sino concluir que no hay motivo para considerar que el Juzgador de Instancia no haya observado y aplicado correctamente los postulados doctrinales en orden a la valoración de las pruebas periciales practicadas en los presentes autos para terminar rechazando el criterio del perito Sr. Lamothe frente al de los peritos de las entidades codemandadas (por todas, cabe citar la STS de 21-7-2016 que compendia la jurisprudencia sobre la prueba pericial y su valoración), no estimándose como se afirma en el recurso que se haya atendido a que los peritos de las demandadas sean más en número, y sin que las alegaciones que se esgrimen en el recurso gocen de la habilidad material necesaria para modificar la decisión de instancia en estos puntos, por lo que a continuación se argumenta.

Primero, el perito Sr. Lamothe en su informe pericial al calificar el importe de 5.769.580,60 euros como comisión implícita no tiene en cuenta el diferencial ó Spread de 25 puntos básicos pactado. De hecho como resulta de sus propias manifestaciones en el acto de juicio ignoraba este dato, señalando incluso que en los contratos de confirmación no se indica spread alguno. Y el porcentaje del margen de intermediación que en el acto de juicio expone del 0,80 y 0,60, según declara lo calcula a raíz del contenido del informe del Sr. Mascareñas.

Segundo, si bien en directa relación con este último extremo, tal y como resulta de la lectura del informe del Sr. Mascareñas y lo explica el perito en el acto de juicio, el objeto del informe en la página 48 no era realizar un cálculo del margen de intermediación, si no evidenciar frente a la postura del perito Sr. Lamothe en su informe que la posición de las partes al momento de contratación de los swaps era equilibrada (más concretamente cabe decir apartado 8 del informe del Sr. Lamothe sobre análisis de los tipos forwards ó

implícitos donde que afirma que las operaciones estaban totalmente desequilibradas a favor de los bancos). Y matizando en este punto la resolución recurrida, el Sr. Mascareñas en el acto de juicio no declara ó admite error alguno en sus cálculos, si no que y en directa relación con lo anterior, lo que explica es que para un cálculo exacto lo correcto es atender a la fecha de contratación, declarando asimismo que no ha realizado un tal cálculo y que sería aventurado responder cuál sería en la precitada fecha. Y es en este contexto de sus explicaciones donde deben incardinarse las respuestas del perito a la parte actora sobre si habría ó no mucha diferencia en el diferencial, de hecho se obvia en el recurso que el mismo perito señala que respecto de las permutas suscritas el 9-2-2011 el tiempo transcurrido de 111 días hayan comido la mitad por lo menos de lo que él dice.

Tercero, los peritos Sr. Jiménez y Sr. Martínez-Pardo del Valle (pericial la Caixa) y los peritos y los peritos Sr. Sicart y Sr. Jiménez (pericial de Banco Santander, sí calculan el margen de intermediación que supondría el importe en que el perito Sr. Lamothe en su informe cifra como comisión implícita, llegando a la conclusión que supondría 28,5 ó 29 puntos básicos, ofreciendo una explicación razonada y razonable para sostener su criterio en el sentido que la diferencia respecto de los 25 puntos básicos pactados quedaría justificada por la dificultad de replicar exactamente las condiciones vigentes del mercado en el momento de la contratación teniendo en cuenta además que las disposiciones eran mensuales hasta diciembre de 2014 y semestrales a partir de entonces y con un nominal creciente durante unos años y decreciente después. La objeción alegada en el recurso sobre la no inclusión del cálculo en los informes no puede determinar se tenga por no puesta su opinión técnica, cuando no sólo dicha objeción sería igualmente predicable respecto a la opinión expuesta por el perito Sr. Lamothe en el acto de juicio que sin soporte alguno afirma que el margen de intermediación es el 0,80 y 0,60 % en cada una de las permutas, si no que aquellos toman como base la cifra cuantificada por el perito Sr. Lamothe como comisión implícita.

Cuarto, y fundamental, la propia GHK previamente a la suscripción de los swaps y sobre la base de las cotizaciones y curvas de implícitos facilitadas por las entidades demandadas (obran en autos los e-mails cruzados entre la Sra. Etxarri y las empleadas de las entidades demandadas) realizó las comprobaciones oportunas al objeto de constatar que los tipos se ajustaban a mercado. Así lo declara la Sra. Etxarri que días antes de cerrar las operaciones de permuta financiera fue pidiendo a los bancos le remitieran las cotizaciones así como las curvas de los tipos, que se pasaron tanto a PwC como a la Diputación Foral y a que todo el mundo le pareció razonable. El Sr. Guillermo del Barrio preguntado al respecto del cierre de las operaciones de cobertura y sus comunicaciones con la Sra. Etxarri, declara en línea con ésta, que le dieron el soporte o apoyo que les requirió en cuanto al margen que se vinculaba la cobertura y que comprobaron que las cotizaciones y los tipos a los que se cerró la operación eran tipos de mercado y que la propia GHK lo comprobó porque pidió por su cuenta cotizaciones a otra entidad ajena a la de la financiación. Es

fácil inferir se refiere a la Diputación Foral, siendo que la Sra. Isabel Espinosa confirma también que la Sra. Etxarri se planteó a la Diputación si las cotizaciones eran de mercado ó no en función de que nosotros tenemos acceso a información financiera sobre cotización de un IRS a 20 años y que la Diputación tiene a su vez un asesor propio en este tema al que se le trasladó la pregunta, y preguntada si concretamente los tipos de 4,39 % y 4,22 % eran tipos de mercado en el momento de la contratación, responde que eran tipos de mercado más un diferencial que estaban incorporando las entidades financieras por la intermediación que realizaban en el mismo.

Por todo lo cual, no puede considerarse probado que el tipo de interés fijo pactado en las permutas financieras era alto por relación a los que por entonces ofrecía el mercado de financiación, y, por ende, el cobro por parte de los bancos de una comisión superior a la pactada que pudiera calificarse de comisión implícita.

Se alega asimismo por la parte recurrente error en la valoración de la prueba y consiguiente error en la aplicación del Derecho al respecto de la situación de **desequilibrio ó asimetría estructural** que el perito Sr. Lamothe informa en relación al hecho de que en el momento en que se comercializaron los swaps la **tendencia de los tipos** era de estabilidad a medio y largo plazo, lo que implicaba una inadecuación objetiva del producto contratado por GHK, y falta información de los tipos implícitos a plazo, lo que sin embargo no puede tener favorable acogida a la vista del resultado probatorio y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En lo que respecta a la obligación de informar del comportamiento futuro del tipo variable referencial, el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras muchas, en las Sentencias 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, que lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía. La Sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre, añade que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado, poniendo de relieve que es muy difícil apreciar un tal error cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, y es que la incertidumbre acerca de la evolución del mercado es connatural al componente aleatorio del contrato de Swap , en el que las liquidaciones a favor o en contra del cliente van a depender de la evolución de los tipos de interés escogidos como referencia. En Sentencia de 5 de Octubre de 2016 el Tribunal Supremo tiene dicho que los bancos no están obligados a informar al cliente de su previsión sobre la evolución del índice de referencia del swap (en este caso, determinados tipos de

interés), ya que no se trata de que los bancos puedan adivinar la evolución futura de los tipos de interés, si no sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap en cuanto determinante del riesgo que asume el cliente. Todas las precitadas resoluciones han sido dictadas en supuestos de productos swaps concertados con clientes minoristas

En el presente caso, además de matizar que no nos encontramos ante un supuesto en que el cliente contrata la permuta financiera por ofrecimiento de la entidad bancaria que traslada a aquél un escenario económico de subida de tipos de interés, de lo actuado lo que se concluye es que GHK fue concedora de las previsiones de tipos de interés conforme a los tipos forwards, debiendo reiterarse que la Sra. Etxarri solicitó dicha información y le fueron facilitados por las entidades bancarias demandadas, y siendo GHK concedora de que las previsiones para los primeros años eran de bajada de tipos (así se reflejan en los tipos implícitos y curvas IRS remitidos. Nada se ha alegado ni acreditado sobre que la información facilitada fuera errónea) y consiguientes posibles liquidaciones negativas, lo que se ha de concluir es que se asumió dicho riesgo (riesgo correspondiente a la aleatoriedad propia de la permuta financiera) porque obvia la parte recurrente en el recurso que como explicara la Sra. Maite Etxarri y también el Sr. Ormazabal, la necesidad de transformar el tipo variable de la financiación a tipo fijo a través de los IRS, evitando así la exposición al riesgo de las variaciones de tipos de interés y dotando estabilidad económico financiera del proyecto (se trataba de que los costes financieros derivados de la financiación fueran asumidos por los ingresos ó flujos de caja calculados ó estimados en el caso base), se consideró en atención a la larga duración de vigencia del contrato de financiación (2031 y swaps 2029) y la falta de certidumbre de la evolución de los tipos de interés a tan largo plazo. Y es que habrá de convenirse que cualesquiera que sean las previsiones sobre la evolución del Euribor en un momento dado, dichas previsiones no pueden mantenerse respecto a los 18 años de duración de las permutas.

Todo lo argumentado, impide apreciar que hubo error en el consentimiento que funda la pretensión de anulación contractual en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC.

NOVENO.- INIDONEIDAD DEL PRODUCTO

Resuelto más arriba que GHK se hace tributaria de la calificación de cliente profesional y en la suscripción de los IRS en Litis no medió recomendación personalizada por parte de las entidades bancarias demandadas, se haría innecesario analizar desde la perspectiva de las acciones ejercitadas frente a las mismas la cuestión relativa a la

idoneidad ó inidoneidad de los swaps al perfil de GHK a la finalidad perseguida que constituye el motivo segundo de recurso.

Pero teniendo en cuenta que la tesis defendida en la demanda en tal sentido y que se reitera en el recurso, se presenta asimismo fundamento de la responsabilidad contractual que se exige a PwC como asesora económico-financiera, se aborda en este momento para seguir un orden de lógica jurídica en la argumentación y dada su estrecha relación con el motivo tercero de recurso se analizan sendos motivos de forma conjunta, pudiendo anticiparse que aún en la consideración de haber mediado tal prestación de servicio de asesoramiento por parte de los bancos, como se argumenta a continuación no cabe concluir la inidoneidad de la permuta de tipos de interés ó IRS para el perfil de GHK y a la finalidad perseguida en los términos que la apelante sostiene, encontrando prácticamente respuesta en la argumentación expuesta en el razonamiento jurídico primero de la presente resolución.

El planteamiento de la inidoneidad de los swaps tal y como están estructurados y la existencia de otras alternativas más adecuadas de cobertura se presenta sustentada en el informe pericial del Sr. Lamothe.

En la página 7 del informe pericial del Sr. Lamothe se señala que en una decisión técnica errónea de cobertura de un presunto riesgo de tipo de interés, la Caixa y Banesto suscriben cuatro swaps con GKH que suponen una cobertura del 90 % de los importes dispuestos sobre un calendario “hipotético” de disposición total de ambos créditos. Que esto implica asumir un riesgo, ya materializado, de desfase entre las disposiciones de los créditos y el incremento del nocional de las coberturas que supone por ejemplo que en la actualidad el nocional de los swaps sea un 794 % de los importes dispuestos por ambos créditos. Que es absurdo plantear ejecutar una cobertura sobre un riesgo de tipos de interés hipotético pendiente de materialización. Que el formato de la póliza de crédito ya indica que no hay certeza de las disposiciones, y por ello, la empresa concierta una póliza de crédito y no un préstamo. Y que otras alternativas de cobertura financiera del riesgo teórico más eficientes técnicamente y mucho más prudentes, como la contratación de Swaption y/o la adquisición de Caps, habrían solucionado en gran medida esta problemática. Se añade que por otra parte las perspectivas de los tipos de interés en febrero de 2011 no exigían una contratación rápida de las coberturas por lo que se podría haber establecido un calendario de contratación de las mismas de acuerdo con las disposiciones de los créditos.

Inciendo en la misma idea en la página 11, se señala que como se desprende de los análisis de efectividad de las coberturas realizadas por PwC el calendario de variación de los nocionales de los swaps sólo tiene sentido si las disposiciones de los créditos siguen una pauta predeterminada que obviamente no se está verificando. Hay que insistir en la modalidad del soporte jurídico de la financiación elegida, y otorgada por los bancos: póliza de crédito. Otra cosa diferente fuera el haber cerrado un calendario de compromisos de préstamos que son irrevocables su disposición, y que por tanto, hay certeza sobre la existencia del riesgo. No tiene sentido financiero cubrir un pasivo de tipo contingente en lo que respecta a su disposición con derivados con estructuras de

amortización bien determinados. Los peligros de desajuste de las coberturas son evidentes y el resultado final como en el caso que nos ocupa son pérdidas muy graves para la empresa que “supuestamente” está cubriendo riesgos. Y que en una correcta interpretación de los compromisos adquiridos, este producto debería ajustar su nocional al crédito realmente dispuesto.

Continúa el informe con transcripción de las cláusulas contractuales 3.2.1. y 14 del contrato de crédito suscrito con Banesto y la Caixa, y se señala que es obvio que lo que se estipula es que los swaps deben suscribirse según se dispone el crédito y no por el principal que hipotéticamente se va a disponer. Esto se ha incumplido por parte de ambos bancos y ha generado un perjuicio enorme al cliente.

En la página 28, tras explicar las características generales de los swaps y su clasificación, y señalar que el producto objeto del dictamen es un swap no genérico y complejo por tener un nominal creciente en general, aunque también hay períodos con nominal decreciente, expone las características de los Caps, Floors y Swaption, como instrumentos que se podían haber utilizado en este caso obteniendo mejores resultados, para concluir que el riesgo de tipos de interés derivado de la financiación contingente de un proyecto de inversión que podía realizarse o no, debería haberse cubierto con la adquisición de un CAP con un nocional de estructura creciente o con la compra de un swaption de pagador fijo con un nocional que replicase la hipotética disposición de los créditos concedidos para financiar el proyecto. La opción de contratar simplemente un swap de tipo acreting nunca se debería haber contemplado.

En la página 34 del informe se recoge que lo que es más grave en el diseño de la cobertura es que los swaps tiene una estructura “rígida” de variación de los nominales en función de un plan hipotético de disposición de los fondos de los créditos del BEI, CAIXA y BANESTO, la cual no se puede ajustar a la disposición real de la financiación. Es decir, por definición existirán defectos o excesos de cobertura.

En la página 44 a 45 bajo el título “Los swaps como instrumentos de cobertura”, señala como requisitos que deberían reunir los swaps contratados para calificarlos como una cobertura altamente efectiva:

1. Se ha realizado una designación formal de las coberturas, documentándose en fichas de cobertura que evalúan de forma periódica la eficacia o efectividad de las coberturas.
2. El tipo de referencia a cubrir, EURIBOR seis meses es el mismo que al tipo variable sobre el que se articulan los swaps o permitas financieras de tipos de interés.
3. Las fechas de disposición posible y liquidación de los créditos objeto de la cobertura y de los swaps de tipos de interés son concordantes. El problema que hemos ya expuesto es que la disposición de los créditos es opcional mientras que los swaps están contratados de

forma irrevocable si aceptamos la interpretación de los acuerdos asumida por los bancos. Esto supone que si los créditos no se disponen en su totalidad o lo hacen con un calendario diferente, GHK tendría una posición especulativa en swaps por el nocional de los swaps que supere el crédito dispuesto.

4. El importe nocional de los swaps supone un 90 % del nominal de los créditos bajo denominado calendario temporal de disposiciones. Reiteramos que esta es la principal debilidad técnica de la operación analizada. La pauta a cubrir con los swaps es de la modalidad “transacción prevista altamente probable”. La transacción altamente probable es la disposición de los créditos según un determinado calendario que se ajustaba al desarrollo de un plan de inversiones para la modernización de la gestión de residuos urbanos sólidos. En un primer momento el plan se atrasa, generándose un desajuste dramático de las coberturas. Si el plan de inversiones se aplazada de forma indefinida o se cancela la transacción prevista no será ya altamente probable.

Este fue el problema de la cobertura planteada. Se diseña un instrumento de cobertura con un nominal creciente en base a un “hipotético” plan de disposición de los fondos sin tener elementos que nos permitan con una elevada certeza que dicho plan se va a cumplir. La consecuencia es muy grave y se ha materializado en el caso si aceptamos el criterio de los bancos en el diseño de las operaciones. Los swaps contratados, bajo la normativa contable son instrumentos especulativos y no derivados de cobertura.

Técnicamente las entidades de crédito deberían haber realizado diferentes simulaciones de escenarios de tipos de interés y de ritmo de disposición de las pólizas de crédito para poder haber evaluado los riesgos y la procedencia de hacer técnicamente este tipo de coberturas a través de un swaps.

La consecuencia de este mal diseño, es que GHK ha debido imputar 54.158.209,30 euros contra la cuenta de resultados del ejercicio 2012 para reflejar las minusvalías sufridas en estos instrumentos especulativos.

Y en las páginas 89 a 91 analiza los resultados que se habrían obtenido a 31-10-2012 con las alternativas de cobertura a las que se hace mención en la página 28, esto es, un swaption pagador fijo o con un cap, en comparación con los swaps contratados, reiterando que el error de base de la contratación de los swaps en Litis es que se suscriben para cubrir el riesgo de operaciones de crédito cuyo importe dispuesto en diferentes fechas no se puede conocer a priori con exactitud.

En cuanto a los resultados obtenidos con los cuatro swaps firmados hasta el 31-3-2013, señala que el mal diseño de la operación de cobertura le cuesta en estos momentos al cliente, la cifra de 58.062.916,40 euros. Importe que resulta de sumas las liquidaciones negativas abonadas, un total de 3.904.707,10 euros, y la valoración a 31-12-2012, la cual es equivalente al valor actual de las pérdidas futuras estimadas para GHK de

54.158.209,30 euros. Se añade que en base a la valoración de los bancos el valor de las pérdidas a 31-12-2012 sería de 56.153.776,12 euros.

Y continúa que la alternativa mejor habría sido contratar un swap que permita al adquirente un tipo máximo para una financiación a tipo variable. Y que habiendo supuesto que GHK podría haber adquirido o un CAP al 4,44 % o al 5 % sobre un nocional que replica el nocional de los swaps, y reflejar una tabla con las primas a pagar, señala que, bajo los parámetros utilizados por los bancos en el diseño de las transacciones:

.-el coste inicial de la cobertura habría sido de 21.962.013 euros para el CAP al 4,44% y de 19.022.817 euros para el CAP al 5 % del tipo de interés máximo.

.-estas primas se podrían haber aplazado, pagando intereses durante la vida completa de la operación para que no supusiesen un pago inicial excesivo.

.-en el caso de decidir cancelar, a 31-10-2012 los CAPS se revenderían en el mercado por 15.839.078 euros para el CAP al 4,44% y por 14.431.443 euros en el caso del CAP al 5 %.

.-es decir GHK podría haberse salido de la cobertura por un coste neto de 6.123.535 euros en el caso de haber contratados el CAP al 4,44 % y por 4.591.374 euros de haber optado por el CAP al 5 %.

Y concluye comparando costes de cobertura y rescisión de la misma, es evidente que la alternativa elegida sólo puede explicarse por un desconocimiento imprudente de la operativa de mercado de CAIXA y BANESTO o por la aparición de un importante conflicto de intereses en ambas instituciones. Nos inclinamos por la segunda explicación: Las entidades bancaras aconsejaron y presionaron para firmar unos instrumentos de cobertura que eran los que maximizaban sus beneficios potenciales, sin considerar los riesgos que asumía el cliente. El asesor financiero de la operación no actuó por falta de conocimientos profesionales, por desidia y/o por no enfrentarse a dos bancos que son y pueden ser buenos clientes.

Que otra alternativa habría sido la adquisición de dos Swaption de pagador fijo (o cuatro si lo dividimos entre las dos entidades) con inicio de los swaps subyacentes al año de firmar los swaps vigentes. Asumimos que los swaps nocionales empezarían en 2012 con la estructura de nocional fijada en los derivados. Con esta alternativa se pagaría una prima y al año GHK decidiría si le interesa o no ejercer el swaption y seguir con el swap. Se añade una tabla con el coste. Y continúa en este caso, GHK habría adquirido el swaption y si al año no interesase ejercerlo sólo se habría soportado el coste de la prima. Obviamente habría sido la alternativa más barata pero no es directamente comparable con el CAP ya que esta última opción nos proporciona cobertura durante 18 años y el swaption solo

durante un año hasta que tenemos que decidir si entramos o no en un swap pagando el fijo.

Y añade en cualquier caso, es evidente que dada la incertidumbre que existía sobre la realización o no de la inversión y la consiguiente utilización de la financiación objeto de cobertura, habría sido una alternativa más aconsejable.

Concluyendo no hemos visto análisis de este tipo de alternativas u otras equivalentes por parte de los bancos contratados y/o PwC. De no haberse realizado un análisis similar tanto las entidades bancarias como el asesor de la operación habrían incurrido en una mala praxis profesional de carácter muy grave.

En el acto de juicio, a preguntas de la dirección letrada de la parte actora, viene a reiterar prácticamente su criterio señalando que es un caso de mal diseño en origen ya que en una línea de crédito contingente no se tiene un calendario prefijado de disposiciones de los fondos y se está cubriendo con un swap que tiene la estructura del nocional totalmente rígida, con unos riesgos importantísimos de que parte del swap sea especulativo, y que el cap ó el swaption son productos más flexibles y más adecuados a la operación en concreto, ya que en los casos de riesgos que tienen una estructura muy contingente la cobertura es con opciones. Que el cap ó el swaption no se trata de instrumentos que se puedan usar en un Project Finance sino que se usan. Y en cuanto a las objeciones al respecto de estos instrumentos de cobertura en los informes periciales de las partes codemandadas sobre el coste inicial de estos productos, señala que si hablamos del swaption a un año la prima inicial sería de 3,5 millones y que digas que tienes un proyecto que son casi 400 millones de euros , que tú digas que no puedes financiar 3,5 millones de euros me parece un insulto a la inteligencia, tu puedes disponer del crédito y te dan de sobra para pagar ese importe , es que no es nada, y en el caso del cap es que no tienen que pagarse al inicio , se pueden pagar la prima al inicio o aplazar el pago con intereses y pagarlo a 2 años y que en el Caso Base a partir del 2015 hay caja excedentaria por lo que no había ningún problema con que se pagara con el flujo de caja y además con un cap o swaption no habría pagado liquidaciones negativas que son 3,5 millones el primer año con lo que ya está pagada la prima del cap. Y en el caso de Cap señala que con estados financieros a 31-12-2012 podías vender el cap y ya veo yo que hago y obtendrías 10-11 millones y tendrías una pérdida 10, y mire perder 10 en vez de 54 millones de euros (liquida negativa y valor razonable)

A preguntas de la dirección letrada de la Caixa, planteándole dada la afirmación por el perito que el calendario de disposición de fondos es hipotético, si cambiaría de opinión si se tiene un calendario cerrado al milímetro porque se había licitado y cerrado las obras, manifiesta que un calendario cerrado de un tema de ingeniería es por definición un calendario que se puede alterar , es que el problema de los proyectos es que una cosa es lo

que tu pones , lo que te dicen los ingenieros, y otra cosa lo que pasa al final , entonces hay ahí incertidumbres. Preguntado si sabe que esas incertidumbres se valoraron por PwC, responde que no recuerda si se valoraron. Preguntado si sabe que se analizaron los riesgos, por ejemplo retraso, y su mitigación, responde pero que si hay retraso en disposiciones automáticamente tienes un desfase entre tu cobertura y tu financiación. Preguntado si sabe que esos riesgos se trasladan al contratista, responde qué contratista, los contratos con el contratista no los ha visto. Preguntado en relación a la afirmación de que el caso base soportaba la prima del Cap, dónde ha analizado en el informe el caso base, responde que no lo analiza en el informe pero que vio que había flujo de caja suficiente para pagarlo , que no se metió a encajarlo exactamente porque le encajaba en grandes números. Preguntado si el swaption otorga la cobertura a un año, responde que no, que no lo cubre a un año, que tú tienes el derecho a entrar en un swap dentro de un año pero lo cubres para toda la vida ,que ejercitas el swaption cuanto te interesa ejercerlo, claro que lo tienes coberturado desde minuto uno, mucho mejor. Preguntado si ha visto algún Project finance que se cierra con un swap, responde que claro que lo ha visto. Preguntado como se cierra el swap en ese caso, responde que con un calendario de disposiciones pero más definido. Preguntado si en este caso no estaba bien definido el calendario, responde que en el que hace referencia estaban mejor definidos los hitos, había menos incertidumbre, que a las pruebas se remite, se verifico mucho más la inversión con lo que estaba proyectado, aquí no se ha verificado en absoluto que él sepa, porque no se ha realizado la inversión.

A preguntas de la dirección letrada de Banco Santander, preguntado en relación a su afirmación en el informe del diseño de los swaps con un nocional con base a un plan hipotético de disposiciones, si es conocedor de la fecha de licitación de la construcción, responde que sabe que algo hubo pero que no ha entrado en la parte técnica. Preguntado si sabe el plazo de construcción previsto, responde que no sabe. Preguntado sobre las diferencias entre el Project Finance al que ha hecho alusión como menos incertidumbres que en éste, responde que el plan de ingeniería esta como mucho más claro en hitos. Preguntado sobre cuáles son esos hitos, responde algunas cuestiones medioambientales, problemas de licencias, es que el no ha hecho una pericia técnica. Preguntado sobre los problemas medioambientales en este caso, responde que no lo sabe. Preguntado si conoce que existen permisos de construcción, responde que no lo sabe. Preguntado si sabe que en este caso más del 70 % de las inversiones eran de maquinaria y apenas obra civil, responde que no lo sabe. Preguntado sobre los costes que se pueden disparar, responde no se acuerda ahora mismo del análisis técnico porque no es sustancial para su informe que es económico financiero. Preguntado sobre algún Project finance en que exista certeza absoluta y un IRS sea válido, sobre qué entiende por certeza absoluta, responde certeza absoluta no existe pero existen proyectos que son más claros, como por ejemplo proyectos de electricidad en que está más claro. Preguntado en qué está más claro, responde que hay un contrato con una empresa en que se compromete por un coste ya cerrado. Planteándole

el Letrado que aquí también, y sobre algo más, responde que luego tienes la tarifa. Planteándole el Letrado que aquí también, y sobre algo más, responde que no se acuerda. Planteándole si lo que llama riesgo es que GHK decide no realizar el proyecto, responde que en este caso por la razón que sea se decidió alterar el proyecto de inversión que estaba en marcha y automáticamente supuso que la disposición de crédito se iba a hacer de otra forma y automáticamente el derivado se convierte en especulativo. Que lo que él dice es que el banco tenía que haber hecho una cobertura que fuese siempre cobertura, de forma que debía ir ajustando los nocionales a los importes dispuestos y que no había certeza absoluta de cómo se iban a hacer las disposiciones de los fondos, haber hecho una cobertura que de la misma flexibilidad que la posible disposición de los fondos por parte de GHK.

A preguntas de la dirección letrada de PwC, preguntado si ha recomendado alguna vez un IRS en Project Finance, responde que sí. Preguntado si el hecho que el swap se convierta en especulativo fue consecuencia directa de paralización de incineradora, que el diseño inicial incluía ese riesgo, que ahí está el problema y si hubieran tenido otros instrumentos no habrían tenido el problema que tienen. Planteándole si la causa de inidoneidad es que el cliente ha decidido no hacer el proyecto, responde que vuelve a repetir en un proyecto con incertidumbre de disposiciones un swap con estructura fija de nocionales no es adecuada. Y preguntado si era consciente de la exigencia de obligación legal y contractual de tres años para la obras y que había un calendario de pagos a constructoras perfectamente diseñado y acompasada un calendario de los swaps, responde que es consciente de que esa estructura de swap se estableció en función de un calendario de disposiciones donde se pone literalmente que es estimativo y no vinculante, y es que le sorprendió.

Del informe de los peritos Sr. Jiménez y Sr. Martínez-Pardo (pericial de la Caixa), cabe significar lo siguiente:

1.-La cobertura mediante la contratación de permutas financieras era la única que de acuerdo a los contratos de financiación suscritos cabía efectuar, ya que con arreglo a la cláusula 6.12 del contrato de crédito del BEI la cobertura debe serlo “con un tipo de interés fijo” y “en todo momento” desde su contratación, lo que eliminaría la posibilidad de contratar ningún otro producto distinto del swap a tipo fijo, por lo siguiente:

.-opciones sobre tipos de interés (CAP, FLOOR o combinaciones de las mismas como un COLLAR), no serían viables porque en las mismas no se realiza una cobertura con un tipo de interés fijo, sino con un tipo de interés máximo (o máximo y mínimo si es un collar), por lo que dicho tipo podría fluctuar, no sería fijo en todo momento como requiere esta condición, y porque debiendo existir la cobertura en todo momento no se puede comprar la opción al principio y luego venderla, como propone el Sr. Lamothe en su informe.

.-opciones sobre swaps de tipos de interés (Swaptions), porque si quedaría fijado el tipo de interés lo que no se obtiene es una cobertura que cumpla el requisito “en todo momento desde entonces”, ya que durante el período de la opción, el tipo de interés quedaría flotante. Y en todo caso, para aceptar esta cobertura habría que establecer la obligación de contratar un swap llegado el vencimiento del swaption, si este no se hubiera ejercido, para que se cumpliera la condición de estar cubierto “en todo momento desde entonces”. Y esta nueva cobertura implicaría costes que no se están teniendo en consideración y que tendrían fuerte impacto en el modelo financiero.

2.-La permuta financiera era la única que podía tener encaje en el Caso Base, ya que de acuerdo con el modelo financiero el proyecto presentaba un saldo de caja nulo en los primeros años, al estar los cálculos muy ajustados de liquidez y no contar con Tesorería suficiente para asumir al inicio los pagos de las primas de los Caps o Swaption que cifra el perito Sr. Lamothe.

Atendiendo a la evolución del saldo de caja del proyecto si se hubieran tenido que pagar al comienzo de la operación las referidas primas (se incluye el correspondiente cuadro), el proyecto no generaría liquidez suficiente para pagar los Caps hasta el año 2019 y hasta el año 2016 para pagar los Swaption, lo cual hace imposible su suscripción cuando eran necesarios, y los desecha como posibilidad teórica.

La estrategia de cobertura a realizar no podía implicar el pago en el primer año de unas primas tan elevadas, de acuerdo con el Caso Base, y hubiera sido necesario:

.-Incrementar la Disposición de Deuda Senior en el Proyecto, algo a lo que los bancos comerciales ni el BEI hubieran accedido porque significaría aumentar la financiación aportada por su parte, lo que hubiera afectado:

.al Ratio de Cobertura del Servicio de Deuda (RCSD)

.al Ratio de Cobertura de la Vida del Crédito (LLCR)

.al Ratio de apalancamiento.

.a los gastos financieros anuales y a toda la estructura financiera del proyecto establecido en el Caso Base.

.-Alternativamente, aumentar las aportaciones del Consorcio al Proyecto (principalmente aportaciones de la Diputación Foral) en un momento en el que se estaría aún lejos (4 años) del inicio de la obtención de ingresos por las inversiones realizadas. Esto supondría una fuerte penalización en el arranque del Proyecto, a lo que entendemos que GHK/ y/o sus accionistas se hubieran opuesto.

Analizando los límites establecidos en los contratos de financiación, RCSD de 1,25 y LLCR de 1,30, se llega a la conclusión de que el modelo contemplado en el Caso Base se

hallaba muy ajustado de recursos ajenos en el momento inicial del Proyecto y no admitía un aumento de la deuda a financiar por los bancos, incluida la prima del Swaption de 3,5 millones de euros y con mayor motivo la del Cap de casi 22 millones de euros.

Para reforzar esta última idea, se ha analizado cuál sería el nivel de apalancamiento del proyecto de financiación incorporando al Caso Base solamente el coste de las coberturas mediante Caps que propone el Sr. Lamothe y no las coberturas mediante swaption que no se ajustaban al contrato ni al Caso Base (se incluye el correspondiente cuadro), llegándose a la conclusión de que se incumpliría el Ratio de Apalancamiento inicial de préstamo, que era una condición previa a la disposición. Esta ratio se calcula para el momento de máxima deuda previsto en el modelo (2014), y la alternativa del Cap hubiera representado una caída de entre 2 y 8 puntos porcentuales del Ratio de Apalancamiento y dejado el proyecto por debajo del mínimo establecido en el contrato de crédito, algo que los bancos financiadores no hubieran consentido de ninguna forma, a no ser que este ratio se recuperara mediante la aportación de fondos propios por los accionistas de GHK.

También se descarta la posibilidad que sugiere el Sr. Lamothe de financiar el coste de las primas, ya que supondría un aumento de la financiación por parte de los bancos, algo que no era posible de acuerdo con los contratos de financiación y con los límites financieros establecido en el Caso Base. Financiar la prima equivaldría a incrementar el principal de los créditos en el mismo importe pagado.

3.-Planteamiento inadecuado del swaption y no acorde con la financiación a cubrir.

Se señala que el swaption que se propone por el Sr. Lamothe es inconsistente con sus propios argumentos y no adecuado al propósito de cobertura del Crédito. Así si el swaption que se propone a un año hubiese significado un incumplimiento de Contrato, ya que los contratos de financiación exigían cobertura durante todo el período. Y si como argumenta durante el periodo de disposición no debería haberse contratado la cobertura mediante un swap sino mediante un swaption, debido a que el nominal de la cobertura no se conocía con exactitud por la heterogeneidad e incertidumbre de las disposiciones, por este mismo argumento, el único swaption que tendría sentido contratar sería aquel en el que la opción de convertirlo en un swap se pospusiese hasta Diciembre de 2014, que era cuando finalizaba el Período de Disposición y se conocería el Principal definitivo de la operación de financiación. Esta alternativa se ha valorado y tendría un coste de 11.454.000 de euros que haría aún más inviable la cobertura por esta vía.

En el acto de juicio los peritos a preguntas de las dirección letradas de las entidades codemandadas vienen a reiterar sustancialmente lo ya consignado en el informe, señalando que la suscripción de un IRS es la práctica habitual en las operaciones de Project finance y lo es por una razón muy sencilla porque es la más económica, la más barata, la única que no conlleva costes al inicio y como todos estos proyectos tienen su viabilidad muy tasada y muy medida, incorporar un coste adicional es algo que no es

deseado y no habitual, y que en este caso además era la única que cabía en el Caso Base y la única que cabía hacer conforme a términos de documentación contractual. Preguntados sobre si en su experiencia han conocido en un Project finance otro instrumentos de cobertura que no sea un IRS, responden que lo que han conocido es IRS como estándar, pero que evidentemente se pueden hacer otras coberturas, pero que deben estar contempladas en la documentación y aceptadas por las partes. Planteándoles que el Sr. Lamhote sostiene que un capó un collar tendrían amparo en la cláusula contractual de 6.12 que se invoca en su informe, señalan que no porque el cap lo que realiza es una cobertura con un tipo de interés máximo, que puede ser aceptado o no por las partes, pero no es fijo, y el collar determina un tipo que va a fluctuar entre un máximo y un mínimo. En cuanto al swaption se reitera lo recogido en el informe.

A preguntas de la dirección letrada de la parte actora, planteándoles si es posible hacer otros instrumentos de cobertura en un Project finance, responde que sí como se ha comentado antes, pero que en el Project finance el problema es que la certeza de devolución de principal e intereses viene corroborada por los flujos que genere el proyecto y ahí dejar abierto el tipo de interés es una temeridad, y caben otros en el plano teórico. Planteándoles en relación a la afirmación que el IRS es el más barato, que ello dependerá del tipo fijo que se establezca en el IRS, porque según el perito Sr. Lamothe parece que hubiera salido más barato un cap que deshacer ahora el IRS que podría tener un coste de 54 millones de euros, señalan que el problema es si el modelo financiero soportaba ese coste de 21 millones del cap, y que lo han estudiado y no lo soportaba. Planteándoles si visto hoy hubiera sido posible, responden que si el proyecto se hubiera ejecutado el IRS sería más barato. Y reiterando la pregunta, señalando que el proyecto no se ha hecho, si entre la prima del cap de 21 millones y el coste de cancelación de los swaps de 54 millones de euros, sería más barato el cap, responden que en teoría el IRS es más barato, señalando que lo que ha ocurrido después es el que tipo de interés ha bajado pero podía haber subido. Planteándoles en relación a su parecer sobre que el cap no cabe en el Caso Base, reiteran la explicaciones contenida en el informe en relación a los ratios para concluir que no soporte el importe de la prima y que por tanto los tendría que haber puesto el promotor. Planteando si cambiando el caso podría incluirse el cap, responde que esos ratios se recogen también en el contrato de crédito suscrito con el BEI. Y reiterando la pregunta, responden que sí, pero que esos ratios son los estándar del mercado, son los normales y desde el origen antes de que entren los bancos comerciales, en las negociaciones previas de GHK con el BEI ya se recogen esos ratios. Planteando la posible financiación de la prima del cap por los bancos, responde que no cabría porque la financiación del banco se sustenta en los recursos del proyecto y el proyecto no genera suficientes flujos futuros, por lo que no cree que los bancos lo hicieran. Preguntado si en caso de que el proyecto no se hubiera llevado porque el contratista entra en un concurso de acreedores y se paraliza todo, la cobertura sería igualmente ineficiente, responden que en la medida que el proyecto no se lleve a cabo la cobertura es ineficiente y nosotros no

entramos en las razones por las que no se ha llevado a cabo, simplemente que no se ha llevado a cabo. Preguntados si una adecuada estructuración de la financiación y de la cobertura debe tener en cuenta esa posibilidad de que no se lleve a cabo el proyecto, responden pues la verdad si hay dudas de que no se va a llevar el proyecto podríamos ahorrarnos muchísimo tiempo y costes, porque lo primero es tener claro que vas a llevar a cabo el proyecto porque si no empiezas a gastar dinero en asesores, etc. Planteándole que no se trata de dudas sobre si el proyecto se va a llevar a efecto ó no, sino de riesgos de no acometimiento, por ejemplo porque una Sentencia declara ilegal la normativa administrativa que ampara el proyecto, si en ese caso estaríamos también ante una cobertura ineficaz, responde desde luego si el proyecto no se lleva a cabo. Preguntados si un asesor financiero debería prever en una matriz de riesgos primero esas posibilidades y luego que para el caso de que si eso sucede no se tengan que pagar 50 millones de euros por ejemplo, se responde que en la matriz de riesgos está identificado ese riesgo, que es el riesgo político que conlleve que el proyecto no se lleve a cabo, lo que pasa que no está en la mano de los bancos financiadores e mitigarlo sino que está en la mano de los propios promotores el haberlo mitigado. Preguntados si en vez de un riesgo político lo que sucede es un riesgo de construcción por ejemplo, o un riesgo legal como el que le ha dicho antes, estaríamos con el mismo problema un producto especulativo, responde no no el producto no es especulativo, el producto deja de ser eficiente cuando el proyecto no se lleva a cabo. Y reiterando si un asesor financiero debe prever esa posibilidad, que un tribunal diga que todo se viene abajo oiga que va a tener que pagar 50 millones, se responde no no, es que en una financiación como ésta que requiere tanto esfuerzo el riesgo de que no se haga es un riesgo que es sorprendente.

Los peritos Sr. Sicart y Sr. Fernández (pericial de Banco Santander) señalan en su informe, sintéticamente:

.-Sobre la adquisición de un cap del tipo de interés Euribor, de nocional equivalente al de la permuta financiera de tipos de interés, el cap supone el coste elevado de los dos cálculos alternativos que realiza el Sr. Lamothe, y apostilla para remarcar su visión respecto de que se trata de una mejor opción, su venta en fecha 31.10.2012 por los importes que cifra en cada una de las alternativas, lo que implica valorar cuál habría sido la alternativa ganadora una vez conocida la evolución real del mercado, sin que a priori fuera afirmarse que la compra de un cap a n tipo superior al fijo del swap, mediante el pago de las elevadas primas de que se trata, sea una mejor opción de cobertura. El efecto del coste del cap es, por otra parte, demoledor sobre la rentabilidad del proyecto, reduciéndose dicha rentabilidad en el 1,75 % aproximadamente a lo largo de toda la duración del proyecto, lo que haría que el conjunto de la inversión dejara de ser atractiva.

.-Sobre la compra de un swaption que permita entrar en dos swaps pagando el mismo tipo fijo de los dos que fueron contratados, no merecer la consideración de cobertura distinta de la contratada pues simplemente permite, mediante el pago de una prima inicial de 3,5 millones de euros, aplazar un año (hasta la fecha de ejercicio del swaption) la decisión de entrar en los swaps de tipos de interés al mismo nivel en el que se han realizado en el año 2011. Obviamente entrar en los swaps de tipos de interés en los niveles indicados solamente resultaría atractivo si los tipos de interés al plazo contratado hubieran subido en aquel momento, sino supondrían una pérdida total de las primas y, además, debería adquirirse unas nuevas swaptions pagando las correspondientes primas. Lo que se estaría abriendo con la operación propuesta sería una posición especulativa sobre la subida de tipos de interés, que supondría la pérdida de dicha prima si dicha subida no llegara a producirse. Por otra parte debe considerarse que la swaption no es una opción viable dentro del Project Finance, pues representa que durante el año en el que se tiene contratada dicha swaption, y hasta el vencimiento de la misma, no se dispondría de cobertura frente a la variación de los tipos de interés variables, a los que están contratados las operaciones crediticias.

En el acto de juicio, a preguntas de las direcciones letradas de las partes codemandadas, los peritos vienen a reiterar sustancialmente lo consignado en el informe, y al respecto de la posibilidad de financiar el coste de la prima del cap, señalan que no se podría repagar probablemente dependiendo del nivel que se hubiese establecido el coste adicional que supondría sobre los costes del propio funcionamiento del proyecto que se hubiesen representado. Que los swaps no son especulativos porque la suma del crédito más el tipo fijo hace que la operación deje de ser especulativa puesto que la convierte en una operación a coste fijo, y que es la anulación o no ejecución realmente del crédito por que no se ha cumplido o no se ha ejecutado el proyecto para el cual estaba previsto lo que hace que sea especulativo, si la inversión se ejecuta la operación está perfectamente diseñada. Que el informe del Sr. Lamothe tiene un punto de vista ventajista porque critica lo hecho después de que ha pasado, y es que precisamente la cobertura se contrata por razón de la incertidumbre de lo que va a pasar mañana o pasado mañana. Que partiendo del abandono del proyecto todas las alternativas no ineficaces, pero si la operación se hubiera ejecutado el cap era tremendamente más caro, además de que si no se hubiera producido la crisis internacional y los bancos internacionales no hubieran inyectado dinero y el Euribor hubiera seguido más o menos estable no habríamos tenido la oportunidad de pasear por San Sebastián esta mañana. Que el IRS es el usual en un Project finance. Preguntados si hubiera posible valido contratar un swaption, se responde hombre posible sí pero el tema de las opciones es que son más caras cuanto más largo es el plazo y el plazo en este caso era muy largo por lo que hubiera valido un dineral, además que hubiera supuesto simplemente diferir a un año la opción de contratar el swap, por lo que al cabo de un año habría que haber decidido contratar el sea u otra swaption, de hecho para nosotros esto es especular con perder la prima para ver si al cabo de un año la

situación era mejor. Que un collar o un cap no cumpliría el requisito de que la cobertura lo fuera a tipo fijo, porque lo que sabes con un cap es un máximo o un collar es el precio que vas a pagar como mucho entre un máximo y mínimo, con lo que no puedes saber qué tipo de interés concreto vas a pagar dentro de 3 años, añadiendo que el cap supone un límite por arriba y el floor un límite por abajo, de modo que la suma de los dos puede llegar a ser casi lo mismo que un swap con la salvedad que la persona que contratara el collar está comprando una protección por arriba, un tipo de interés al alza, y vendiendo (por tanto en contra), una protección de tipos de interés a la baja, con lo cual deberían preguntar un diferencial respecto al swap deberían tener el alto un poco más alto y el bajo un poco más bajo porque hay volatilidades distintas en lo que está comprando y en lo que está vendiendo. por otra parte si se hiciese coincidir el tipo pagado del swap con el tipo del cap tendríamos un swap pero todas sus consecuencias, es decir, que la cancelación del collar le estaría costando a GHK exactamente lo mismo que le cuesta la cancelación del swap, porque lo que valdría dinero y sería en su contra sería el floor, el suelo, puesto que han bajado los tipos y lo no valdría nada sería el cap puesto que los tipos no han subido, por lo que para compensar la situación tendría que pagar exactamente, comprar el floor pero pagando exactamente lo mismo que le está saliendo con el IRS, es decir que al final del día la cobertura sería exactamente la misma hasta tal punto que el coste de cancelación sería el mismo

A preguntas de la dirección letrada de la parte actora, preguntados si atendiendo al importe de las liquidaciones negativas y al coste de deshacer a día de hoy el swap, el IRS es más oneroso que el cap, se responde que visto así sí, pero que hacer el cap como ha dicho invalidaba el proyecto por el coste que suponía, que perjudica la rentabilidad del proyecto, es decir, no se cumplirían los objetivos de cobertura del servicio de la deuda y otras condiciones, además que entrar en cap a más de dos años nadie lo suele hacer porque es tal la salvajada que hay que pagar que no tiene sentido. Planteándoles si podría haber puesto un tercero en este caso la Diputación el dinero de la primera, se responde que sí. Planteándoles si al garantizar el cap un tipo máximo el efecto práctico que se consigue es el mismo que en un swap, ya que no pago por encima del tipo máximo, por ejemplo un 4 %, se responde que del 4 % para arriba no paga, paga una prima al principio costosa y a cambio no paga los tipos que van por debajo, pero que un cap es una opción, con lo que meter un cap es meter una opción por cada pago que haya de realizar en el futuro. Planteándoles si en caso de que una sentencia diga que la normativa administrativa que la sustenta no es legal, estaríamos en el mismo caso de no realización del proyecto y el swap sería especulativo, se responde que si no se hace el proyecto sí. Planteándoles si aconsejarían a un cliente que va a hacer el aeropuerto de Berlín por 40 millones un swap con nociones rígidas, responden sin duda. Planteándoles si ello sería con independencia luego del calendario de disposiciones, responde no no, teniendo en cuenta el calendario previsto de disposiciones. Planteándoles si existiendo riesgo de no ejecución de proyecto, no es aconsejable cierta flexibilidad del instrumento de cobertura que se haga, se responde

el tema es cómo metería usted la flexibilidad , si decide que va a acometer algo que sabe lo que le va a costar y que va necesitar el dinero en una temporada que va subiendo. Planteándoles en relación a la diferencia entre préstamo y crédito, que el crédito es contingente es decir que se dispondrá o no se dispondrá, por lo que para un mundano parece lógico que como no sabe si va a disponer o tampoco el importe exacto , parece aconsejable que la cobertura se haga de forma flexible y que el nominal que se dé al instrumento de cobertura sea por ejemplo un máximo por ejemplo de 195 millones o el que fuera pero que luego las liquidaciones se circunscriban al importe que efectivamente se han dispuesto, se responde la cuestión es si sabe usted qué instrumento existe para eso, es como si me dice que yo contrato un seguro de vida y al año como no me he muerto digo que era de accidente es que eso no hay.

En el informe del perito Sr. Mascareñas (pericial PwC) al respecto de este punto recoge, de forma resumida:

.- tras enunciar lo que denomina evidencias de project finance, señala que el swap de tipos de interés es el instrumento financiero habitualmente utilizado y recomendado para mitigar o cubrir el riesgo de interés en los créditos y/o préstamos de interés variable que forman parte de la estructura financiera del Project Finance.

.-ello no quiere decir que sea el único, reseñándolas evidencias que mencionan, adicionalmente al swap de intereses, la posibilidad de utilizar otros instrumentos financieros derivados como las opciones, caps (techo) y collars (bandas) para cubrir el riesgo de interés.

.-esta posibilidad de utilizar otros instrumentos derivados se menciona tanto en la demanda como por el Sr. Lamothe como la posiblemente más adecuada porque podría haber sido menos onerosa para GHK de cara a la posibilidad de abandono de la operación, pero, por pura lugar, la utilización de dichos derivados no parece ser lo más idóneo porque si así fuese se utilizarían en todas las operaciones de Project finance, dado que siempre existe la posibilidad de abandonarlas, y por el contrario, el swap de intereses es el instrumento de cobertura elegido mayoritariamente. Luego, o son sustancialmente más caras (sobre todo su luego se abandona el proyecto), o sólo interesarían si ya se está pensando en abandonar el proyecto en el momento de diseñar la operación (algo absurdo porque entonces es mejor no realizarlo, sobre todo dados la complejidad y elevados costes de estructuración inherentes a una operación de Project finance).

.-de seguir adelante el proyecto, los caps y swaptions resultarían no sólo mucho más caros (poniendo en peligro el caso base o modelo de viabilidad de la operación) sino que no cubrirían adecuadamente los créditos contratados con el BEI, Banesto y La Caixa, algo

obligado por el BEI, reproduciendo los términos de la demanda sobre la condición 40 del Term Sheet remitido por GHK al BEI.

.-el uso de caps ó swaptions debe estar perfectamente engarzado en el Caso Base sobre el que se estructura el Project finance. Posiblemente la necesidad de pagar unas primas importantes iniciales pueden hacer inviable el proyecto. Es verdad que dichas primas pueden prorratearse a lo largo de un número de años prefijado pero ello conlleva en sí mismo un riesgo de impago por parte de GHK (si abandona prematuramente el Project finance puede dejar de pagarlas) que, o bien las elevaría, o bien no sería aceptado por las contrapartes.

.-tanto los caps como los swaptions son activos financieros que se negocian en mercados no organizados (OTC), lo que significa que en la transacción sólo hay dos partes y que el producto no está estandarizado o normalizado lo que implica que una parte pueda adquirir una opción cap a la otra pero luego no pueda revenderla si así lo desea. Por dicha razón no es válido afirmar como hace el Sr. Lamothe que en caso de decidir cancelar, a 31-10-2012 los Caps se revenderían en el mercado por los precios que se indican, porque el “mercado” sería la contraparte y ésta no tiene la obligación de recomprar el cap, además sería muy difícil encontrar un tercero que los adquiriera debido a las especiales condiciones del cap diseñado a medida de GHK (principal, tipos de interés, plazo, etc). Resumiendo este tipo de productos financieros están diseñados “a medida” por lo que su transmisión libre a otros compradores que no estén directamente implicados en su elaboración es muy difícil (lo que implica que en caso de hallarlos habría que rebajar su precio de venta suficientemente).

En el acto de juicio el perito Sr. Mascareñas a preguntas de las direcciones letradas de las partes demandadas viene a reiterar sustancialmente lo ya recogido en el informe, en el sentido ya expuesto por los peritos Sr. Jiménez y Sr. Martínez- Pardo y por los peritos Sr. Sicart y Sr. Fernández, que los IRS son los instrumentos de cobertura habituales en un Project finance y que las alternativas que plantea el Sr. Lamhote no se ajustarían a los contratos de crédito y no encajarían en el Caso Base si las primas hay que detraerlas del proyecto o si hay que financiar 20 millones con más intereses, lo que además no cumpliría ni el deseo de GHK de fijar el tipo de interés ni lo que dice BEI. Añade que en el caso de la swaption estás mandando un mensaje al resto de socios, porque en un Project finance todos son socios, de que no tengo claro que voy a hacer con mi deuda. Mi deuda es a tipo de interés variable , me obligan a hacerlo fijo pero no lo tengo claro y como no lo tengo tan claro voy a hacer una opción para pensármelo, claro el mensaje que está mandando es que no tiene mucha seguridad en su proyecto con lo cual el resto se pensaba si se embarca o no, y resto son no solo bancos sino constructor, suministradores, etc

A preguntas de la dirección letrada de la parte actora, señala al igual que recoge en el informe que el 68 % de los derivados del mundo son IRS y que en un Project finance es

el mas habitual, pero no es el único, hay casos para todos los gustos, un Project finance de 5 años que no obligado tipo fijo puede ser cap, o lo que sea. Preguntado si teniendo en cuenta que un cap garantiza un tipo máximo , es decir, que no vas a pagar más allá de un tipo fijo, produce el mismo efecto que un swap, me garantizo un tipo fijo, responde que no exactamente, porque el swap te garantiza que pagarás un tipo fijo siempre y no existe riesgo de interés, el cap te dice un tipo máximo, pero puede estar por debajo, que puede ser que a la larga que con el cap pagues menos que con el swap pero con el cap al inicio debes pagar una prima y en swap no, y que en cap además con un tipo bajo la prima se sale. Preguntado teniendo en cuenta los múltiples riesgos que existen en Project finance no sería quizá conveniente que se hiciera un derivado un tanto flexible, responde es que vamos a ver es que derivados flexibles, el derivado cubre un riesgo que es el de interés, si quieres cubrir riesgo de catástrofe es otra cosa. Planteándole que lo que se le pregunta es que si no estamos seguros de que un proyecto financiero se va a hacer al ritmo inicialmente previsto quizá sería conveniente amoldar un poco la cobertura también, responde pero es que eso está hecho, la matriz de riesgo hace la mitigación que se llama, es decir, el constructor puede estar despistado , puede estar mal la materia prima y se tarda un año más en hacer la obra.

A la vista del resultado probatorio y de los argumentos desarrollados por la parte apelante en defensa de sus intereses, como se ha anticipado la Sala estima que no puede concluirse que en el caso concreto los swaps contratados fueran no idóneos, por los siguientes razonamientos.

De la lectura del informe del Sr. Lamothe, y más concretamente, del apartado relativo a los swaps como instrumentos de cobertura, así como sus explicaciones en el acto de juicio, es claro que la objeción que plantea a los swaps contratados puede resumirse en considerar que la propia naturaleza jurídica de los contratos de financiación, contratos de crédito (si bien los denomina póliza de crédito), determina que no existe certeza de que las disposiciones de los fondos se vayan a realizar conforme al calendario de disposiciones con arreglo al cual se fijaron los nocionales de los swaps, con el consiguiente peligro de desajuste, y que ello determina que la estructura del producto es especulativa en origen, al no poder ajustarse a la disposición real de la financiación.

Sin embargo, la premisa de la que parte el perito Sr. Lamothe queda desvirtuada por lo ya ha razonado más arriba acerca que la instrumentación jurídica de financiación mediante contratos de crédito no obedece a la falta de certeza de las disposiciones de fondos ni determina incertidumbre al respecto, la íntima correlación de los nocionales de los swaps con el calendario de disposiciones de los fondos de los contratos de crédito y que este calendario no es un calendario al azar ó basado en hipótesis sin soporte fundado, si no un calendario ajustado a las obligaciones de pago derivadas para GHK de la ejecución de las

infraestructuras. Recordar que del total de la financiación bancaria se suscriben coberturas por el 90 % durante la fase de construcción y el 80 % durante la fase de explotación, y como explica la Sra. Etxarri en mayo de 2011 de 262 millones de euros se conocen los plazos de pago de 223 millones de euros, esto es, un 85 %, y el resto previsiones muy ajustadas. De forma que utilizando “sensu contrario” los términos del propio perito Sr. Lamothe en su informe, podemos afirmar que los swaps se suscriben para cubrir el riesgo de operaciones de crédito cuyo importe dispuesto en diferentes fechas se conocía casi con total exactitud, y el nocional de los instrumentos de cobertura se fija en base a un plan de disposición de los fondos con elementos que permiten considerar una elevada certeza que dicho plan se va a cumplir. En cuanto al ajuste del nocional a la disposición real de la financiación basta estar a las cláusulas de los contratos tanto de financiación como al Anexo I del CMOF y la Side Letter.

Si lo precedente sería suficiente para evidenciar que la pericial del Sr. Lamothe parte de un planteamiento que no puede compartirse, no se hará abstracción tampoco de las respuestas del perito Sr. Lamothe a las preguntas de las partes codemandadas en el acto de juicio, ya que no obstante la rotundidad de sus consideraciones en el informe sobre que la opción de contratar simplemente un swap de tipo acretng nunca se debería haber contemplado, por el contrario admite la existencia de swap de tipos de interés en Project Finance cuyos nocionales se fija en base a un calendario de disposiciones, señalando que incluso él como asesor económico-financiero ha recomendado, si bien matiza que el calendario en tales casos estaba más definido que en este caso, a continuación manifiesta que desconoce todo lo relativo a los hitos del presente proyecto que ha determinado el calendario de disposiciones de fondos y su traslación a los swaps. Lo que conlleva que habrá de estimarse que su criterio técnico desde la perspectiva económico-financiera sobre la idoneidad o no adecuación de los swaps contratados como instrumentos de cobertura, se emite considerando únicamente el dato de que en la Side Letter suscrita con La Caixa se recoge que el calendario es estimativo y no vinculante, sobre lo que ya nos hemos pronunciado.

Dicho lo anterior, siguiendo los criterios señalados por el perito Sr. Lamothe en su informe sobre los requisitos que habían de reunir los swap contratados para calificarlos como una cobertura altamente efectiva, y que ni en la demanda ni en el informe pericial del Sr. Lamothe al que el escrito rector se remite, se pone en cuestión la directa relación del resto de los elementos de los swaps con las operaciones de créditos, duración, bases de cálculo, períodos de liquidación de intereses, estimamos que no puede cuestionarse la idoneidad de los IRS contratados sobre la base de que la exposición al riesgo de tipo de interés era contingente en relación a la falta de certeza sobre las fechas e importes dispuestos y pendientes de amortizar de los créditos, y que, por ende, los swaps contratados fueran especulativos en su estructura en los términos que sostiene el perito Sr. Lamothe.

Antes bien, ya ha quedado dicho más arriba que existe una íntima correlación ó sincronía entre las condiciones estipuladas entre los contratos de crédito y los swaps, y sobre la base de ello como declarara la Sra. Maite Etxarri, la cobertura en su estructura habría de considerarse era 100 % perfecta. Y que cuestión diversa es que desde que se deja en suspenso el proyecto de infraestructuras, en Diciembre de 2011, no se hayan hecho más disposiciones de los fondos de los créditos y por desajuste con los nocionales de los swaps, éstos dejan de ser eficientes como instrumentos de cobertura adquiriendo carácter especulativo. Riesgo éste perfectamente conocido por GHK, tal y como resulta de la testifical de la Sra. Etxarri, previéndose contractualmente los mecanismos para evitar dicha circunstancia, como son el ajuste del nocional a la disposición real de la financiación en los contratos de financiación (siempre que ello no suponga incurrir en una causa de vencimiento anticipada regulada en el Contrato de Financiación), el vencimiento anticipado de las permutas financieras en caso de vencimiento anticipado del Contrato de Financiación (causa de vencimiento anticipado por causas imputables a las partes) y su amortización anticipada (causa de vencimiento anticipado por circunstancias objetivas), previo abono de los costes de cancelación ó ruptura que pueden ser positivos ó negativos para GHK ó para los bancos aquí demandados.

Llegados a este punto, la Sala quedaría excusada de cualquier consideración acerca de la existencia ó no de otras alternativas de cobertura más adecuadas al caso en litis, ya que el tema decidendi desde cualquiera de las perspectivas jurídicas planteadas por la actora en el escrito rector del proceso tenía como eje central que los swaps contratados eran inidóneos en sí mismos para el propósito para los que se contrataron por el carácter rígido de los nocionales frente al carácter contingente de la financiación y los múltiples riesgos que pudieran determinar que se dispusiera ó no de los fondos financieros ó no se dispusieran de forma acompasada al calendario previsto que se califica como meramente estimativo y falta de previsión de dichas circunstancias al estructurar el producto, y hemos concluido la falta de los presupuestos ó premisas de los que parte la demandante ahora apelante.

No obstante, a efectos de agotar el razonamiento y dar respuesta a los alegatos de la recurrente, si como se argumenta en el recurso son múltiples los riesgos que concurren en un Project finance y puede considerarse que el riesgo principal para todos los partícipes, es que el proyecto no se complete, lo que pudiera ocurrir por diversas causas, legales, técnicas, políticas, etc., igualmente lo es que la determinación de riesgos y su mitigación, repartición ó asignación, esto es, la determinación contractual de cuál de las partes del mismo debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto, juega un papel preponderante en la estructuración de un Project Finance, por lo que discrepando de la parte recurrente se estima que en el marco en que se integran los swaps en Litis su idoneidad no puede ponderarse tomando como base los menores costes a soportar por GHK con otros instrumentos de cobertura ante el riesgo de no completarse la ejecución el proyecto de infraestructuras haciendo abstracción del riesgo materializado que ha conllevado que no se complete el proyecto.

Asumir un tal planteamiento se considera supondría obviar la importancia de la identificación y análisis de los riesgos del proyecto, así como repartición ó asignación y mitigación en la tipología de la financiación del Project finance.

Y es que aunque constituya una obviedad decirlo los instrumentos de cobertura tienen por objeto mitigar el riesgo financiero de las variaciones de tipos de interés, esto es, que desde el punto de vista de los costes financieros no va a existir riesgo para el proyecto, y no el riesgo político ni ninguno de los otros riesgos que de una u otra forma puedan afectar a que el proyecto se complete, para lo que se previenen otros mecanismos de protección. Como gráficamente expresara el perito Sr. Mascareñas el derivado cubre un riesgo que es el del interés, si quieres cubrir riesgo de catástrofe es otra cosa no el derivado.

En todo caso siguiendo el planteamiento de la parte recurrente de hacer abstracción de la causa de la no realización del proyecto, si teniendo en cuenta que la operación de financiación y de los instrumentos de cobertura se configura desde su génesis en su conjunto, ciertamente como se aduce en el recurso no pudiera descartarse el planteamiento de otras alternativas de instrumentos de cobertura como el cap, el swaption ó el collar, ya que ello entra del ámbito de la libertad de contratación y autonomía privada (art. 1255 CC), y cosa diversa es que un análisis de dichas alternativas sobre la base de las cláusulas ó condiciones de financiación ya pactadas no admitan encaje en las mismas y/ó en las estimaciones financieras y/o ratios del Caso Base elaborado sin tener en cuenta el coste de las primas que conllevan dichos instrumentos, que es lo que en definitiva resulta de las periciales de las entidades codemandadas, de lo actuado no puede concluirse que los instrumentos de cobertura que contempla el perito Sr. Lamothe como alternativas al IRS sean más eficientes desde la perspectiva de la cobertura del riesgo de variaciones del tipo de interés que los swaps contratados, y ni siquiera desde el punto de vista de los costes puede sostenerse que resulten menos onerosas que los IRS contratados.

El perito Sr. Lamothe en su informe señala que el cap ó el swaption son productos más flexibles y más adecuados a la operación en concreto, ya que en los casos de riesgos que tienen una estructura muy contingente la cobertura es con opciones, pero ya hemos dicho que en este caso no puede hablarse de riesgos contingentes en los términos que sostiene el Sr. Lamothe, que pese a ser repetitivos es considerar la falta de certeza de fechas e importes de disposiciones de los créditos. De hecho el perito Sr. Lamothe el análisis comparativo que hace de unos y otros productos (significar partiendo de los mismos nocionales que los swaps contratados) lo es no desde la función de cobertura a cumplir por los mismos, que no se olvide lo era protegerse del riesgo de variaciones del Euribor durante la práctica totalidad de la vida de la operación de financiación (pactándose las coberturas por un período temporal inferior en dos años) , si no de los costes de contratación y rescisión de los instrumentos de cobertura.

Y si desde este punto de vista de los costes en la situación del estado de las cosas contemplado por el perito Sr. Lamothe y tomando como base los parámetros de cálculo tenidos en cuenta por el mismo, y muy especialmente el coste que supondría cancelar los swaps contratados a 31-12-2012, puede decirse que es cuestión de pura matemática que el cap ó swaption hubieran resultado más económicos, no puede olvidarse que con arreglo a la propia aleatoriedad del producto el resultado de los swaps contratados (liquidaciones negativas y valoración contable) no sería el mismo si en el lapso temporal contemplado por el Sr. Lamothe los tipos en lugar de la bajada drástica sufrida hubieran subido, tal y como señalan los peritos de Caixa Sr. Jiménez y Sr. Martínez Pardo y los peritos de Banco Santander Sr. Sicart y Sr. Jiménez. Como tampoco puede obviarse la dificultad de venta del cap (perito Sr. Mascareñas) y que en el caso del swaption si implica facultad de ejercicio de una opción, es decir, contratar ó no un swap llegada la fecha de un año, en este caso la contratación de la cobertura de tipo de interés no sólo era exigencia para la financiación si no como ya se ha señalado precedentemente decisión ponderada por la propia GHK y de un tipo fijo, por lo que llegada la fecha de ejercicio de la opción, habría de contratarse el swap u otro nuevo swaption con el consiguiente coste de nueva prima.

Es decir, ni siquiera desde el punto de vista de los costes puede sostenerse que aquellas otras alternativas que contempla el perito Sr. Lamothe resulten menos onerosas que los IRS contratados, ya que por la propia aleatoriedad vinculada a la situación del mercado el resultado económico no es estático.

Y, desde luego, obvio es decir que de haberse llevado a cabo la ejecución del proyecto y, por ende, dispuesto de los créditos con arreglo al calendario definido, los swaps contratados seguirían cumpliendo la función de cobertura para la que se contrataron sin que éste conlleve coste de prima alguna a diferencia del cap (que se cifra en 21 millones de euros) y del swaption (que se cifra en 3,5 millones de euros con opción a un año).

En definitiva, todo lo razonado lleva como consecuencia que no puede cuestionarse la idoneidad de los swaps contratados como instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, ni puede afirmarse que las alternativas de cobertura planteadas fueran más eficientes ni como tales instrumentos de cobertura ni menos onerosas.

Y pese a ser reiterativos los swaps contratados en los términos contractuales en que se hizo se acoplan perfectamente a los contratos de crédito a fin de que operen durante su vigencia como una auténtica cobertura.

En el escenario de no realización del proyecto al margen ó con independencia de su causa y en lo que hace al objeto del presente pleito (que no lo es si la decisión ó causa de no ejecución del proyecto se incardina ó no en un supuesto de vencimiento anticipado de los contratos de crédito por incumplimiento contractual de GHK), la pervivencia de las permutas financieras y que las liquidaciones sigan devengándose en las condiciones

contractuales pactadas no lo es por su configuración como contrato autónomo e independiente ó desconexión de los contratos de crédito.

Añadir dadas las alegaciones de la recurrente que la prueba documental remitida por GHK no permite a la Sala tener por probado que la decisión de no ejecución del proyecto se encuentre objetivamente amparada en razones técnicas ya una tal ponderación y valoración exigiría una prueba pericial al ser precisos conocimientos técnicos de los que el Tribunal carece, y desde luego, no lo avala ó corrobora la testifical del Sr. Grau, quien fuera gerente técnico de GHK, que a preguntas de la dirección letrada de la parte actora sobre ciertos aspectos técnicos muestra claramente su criterio discrepante ofreciendo respuesta razonada a cada uno de dichos puntos.

DECIMO.- PEDIMENTOS SUBSIDIARIOS DEL APARTADO A-2 DEL SUPPLICO DE LA DEMANDA.

En dicho apartado, lo que se solicita es:

- 1.- Se declare que el importe de las liquidaciones de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés debe ser el que resulte de tomar como referencia el valor nominal de 9.700.000 euros, que es el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, declarándose asimismo que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunta a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y
- 2.- Se declare que la actora puede cancelar anticipadamente los contratos anteriormente referidos a coste cero, y
- 3.- Se condena a las demandadas a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos declarativos, a devolver a mi mandante las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, así como a proceder a la cancelación anticipada de los citados contratos a coste cero si así fuese requerido por la actora, todo lo cual se verificará en ejecución de Sentencia.

El fundamento o causa de pedir de tales pedimentos se asienta en la perspectiva interpretativa del contexto negocial establecido por las partes, y habiendo efectuada la Sala la labor de interpretación contractual en el razonamiento jurídico tercero, a cuyo contenido nos remitimos, la pretensión declarativa que las liquidaciones han de practicarse sobre el importe dispuesto y no amortizado de los créditos y consiguientes

pretensiones de condena asociada a dicho pedimento no pueden merecer favorable acogida.

En cuanto a la pretensión que se declare que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial aportado con la demanda y emitido por el Sr. Lamothe, en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y consiguiente condena a devolver a la actora las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, si asiste razón a la parte recurrente cuando alega que el Juzgador de Instancia ha incurrido en cierta confusión al identificar este aspecto con el margen de intermediación aplicado en las operaciones de permuta financiera, por el contrario ello no conlleva el acogimiento de la pretensión revocatoria de la resolución recurrida tampoco en este punto.

El perito Sr. Lamothe en su informe (página 66) lo que indica es que los swaps se cotizan y negocian sobre un tipo de interés efectivo anual que por pura lógica financiera debe ajustarse si las liquidaciones se realizan con una periodicidad diferente a la anual, ya que si no se realiza dicho ajuste el cliente paga un tipo de interés efectivo superior al fijado en el contrato, y que verificadas las liquidaciones realizadas por Banesto y La Caixa no se ha realizado el referido ajuste, por lo que han cobrado un exceso de liquidaciones de 82.359,94 euros hasta el mes de marzo de 2013. Que realmente están liquidando con tipos fijos del 4,54 % en vez del 4,39 % y del 4,36 % en vez del 4,22 % considerando además los efectos de aplicar la base ACTUAL/360 ambas ramas del swaps, lo cual no es una práctica de mercado. Y concluye que cree que esto es una mala práctica por parte de las entidades demandadas.

En la página 85 del informe (punto 15 “Proceso de comercialización de la permuta financiera” apartado 3 sobre “Insuficiencia de información pre-contractual y contractual: confirmación de la operación”), vuelve a incidir en este extremo si bien desde la perspectiva de la deficiencia de información, al señalar como una de las omisiones en que se incurre es la existencia de una indeterminación en cuál es el tipo nominal, si anual o trimestral, y añade que en los mercados mayoristas de profesionales el tipo fijo es nominal anual, y por tanto, si se liquida semestralmente, el tipo de interés equivalente es más bajo. Hay que calcular el equivalente semestral del tipo anual. En caso de utilizar otro período habría que hacer la misma conversión. En este caso hablamos de mensual durante parte de la vida del swap. Esto debe quedar perfectamente reflejado en la confirmación, y en caso, de no figurar nada, hay que aplicar las convenciones de mercado.

Pues bien, si como hemos dicho los pedimentos deducidos en este punto del suplico encuentran fundamento ó se asientan en la interpretación de las cláusulas contractuales, se ha de concluir que el criterio del perito Sr. Lamothe al que se remite la parte demandante encierra una modificación de las cláusulas contractuales de los swaps, debiendo

recordarse el art. 1256 CC que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Examinando las confirmaciones de permutas financieras y anexos nos encontramos con que quedan determinados los elementos esenciales del contrato: nocionales, tipos a pagar por GHK (tipo fijo) y los bancos (tipo variable), base de liquidación (actual/360) para ambas partes, períodos de liquidación (un mes hasta el 31-12-2014 y seis meses desde el 30-6-2015 hasta el 31-12-2029), y fechas de pago. Como disposiciones comunes se establecen como días hábiles para euro el del sistema financiero europeo (TARGET) y convención día hábil día siguiente hábil modificado.

Y el perito Sr. Lamothe no cuestiona que las liquidaciones se han practicado y se practican conforme a las condiciones contractuales (por lo demás los peritos Sr. Jimenez y Martinez-Pardo en su informe indican verificadas las liquidaciones han constatado se corresponden exactamente a los términos pactados) por cuanto y si señala que existe indeterminación en cuanto a si el tipo fijo es anual o trimestral, parece que este punto no ofrece mayor consideración siendo que al propio perito Sr. Lamothe no le asiste duda que es anual, como tampoco la base de liquidación. Lo que se aduce es mala práctica por no ajustar el tipo nominal anual al período de liquidación, ya que ello determina un tipo de interés efectivo superior al tipo fijo pactado y que aplicar la base act/360 a ambas ramas del swaps no es una práctica de mercado, que en todo caso no puede estimarse probada.

Dada la correlación mala praxis bancaria ó práctica no de mercado y aplicación de las convenciones de mercado con carácter supletorio a las cláusulas contractuales, se señalará que al inicio de cada de las confirmaciones de permuta de tipos de interés se previene que será de aplicación supletoria lo establecido en las 2006 ISDA Definitions publicada por la Internacional Swaps and Derivatives Association, y como informan los peritos Sr. Sicart y Sr. Fernandez en su informe (página 32 folio 2208 de las actuaciones, pericial de Banco Santander) en dichas definiciones se establecen como directamente aplicables los tipos nominales tanto en las liquidaciones de la parte a tipo fijo como en las liquidaciones a tipo variable, e igualmente en cuanto a la base de cálculo en el modelo de contrato propuesto por dicha Asociación resulta que lo es la base ACT/360 para ambas partes (se adjunta como anexo 1 al informe).

A todo ello, además que se han de añadir dos aspectos que se presentan relevantes en este caso.

Por un lado, en línea con lo argumentado más arriba acerca de la íntima conexión de las condiciones estipuladas en los contratos de swap con los contratos de financiación en atención a la función de cobertura, lo que asimismo es puesto de relieve por los peritos Sr. Jimenez y Martinez-Pardo en su informe (página 43 del informe pericial aportada por la Caixa, folio 2089 de las actuaciones, señalando además que verificadas las liquidaciones

han constatado se corresponden exactamente a los términos pactados), y que no es otro que la base de liquidación (actual/360) para ambas partes y períodos de liquidación (un mes hasta el 31-12-2014 y seis meses desde el 30-6-2015 hasta el 31-12-2029), se corresponden con unos tales términos ó condiciones contractuales en el contrato de crédito concertado con las entidades bancarias demandadas, (Cláusula Quinta Devengo y Tipos de Intereses). La base de liquidación (actual/360) también con la cláusula 5.01 Convención de cómputo de días del contrato suscrito con el BEI.

Esto es, en atención a la base negocial entre las partes, nuevamente se produce correspondencia entre las cláusulas contractuales de los contratos de permuta con los contratos de financiación sobre los elementos contractuales de que se trata.

Y por otro, además que el conocimiento de la aplicación de estos elementos contractuales y efectos ó consecuencias económicas ninguna complejidad ofrece para quien es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales como la Sra. Etxarri con quien se negocian las permutas, que la propia actuación de la actora desvirtúa la infundada denuncia, no siendo admisible pretender se acoja la postura de GHK sobre este punto en el pleito, cuando le han sido notificadas todas y cada una de las liquidaciones desde la fecha de inicio ó vigencia de las permutas, de suerte que tuvo pleno conocimiento de las mismas y asumió sus resultados después de comprobar que se correspondían con los términos previstos en el contrato para la liquidación y sin formular el menor reparo u objeción.

En este sentido, la testigo Sra. Maite Etxarri declara que en el tiempo que ella permaneció desempeñando su función de directora financiera en GHK hasta Noviembre de 2012 las liquidaciones giradas se ajustaban a los términos contractuales pactados y fueron aprobadas por el Consejo de Administración hasta el mes de Agosto de 2012 en que se planteó la incorrecta liquidación por la discordancia del nominal con el importe de los créditos dispuesto, lo que implica como se ha señalado conocimiento y asunción también de estos elementos de las permutas financieras.

E incidiendo en este aspecto no se hará abstracción que de hecho como declara la testigo Sra. Etxarri, en las comunicaciones remitidas por GHK a partir de Agosto de 2012 (doc. nº 116 y ss de la demanda), la disconformidad con las liquidaciones se refería única y exclusivamente al importe nominal.

En cuanto al pedimento relativo a la cancelación anticipada de los contratos a coste cero que se deduce en este punto del suplico, la Sala no ha encontrado a lo largo de la demanda causa de pedir diversa al error vicio del consentimiento como fundamento bien de la nulidad de los contratos en su totalidad, ya analizada, bien de su nulidad parcial, lo que constituye el objeto del punto A.2 del suplico y en el que asimismo se esgrime este pedimento, y desde la perspectiva de interpretativa que sirve de soporte a este punto del suplico, si debiera entenderse como causa de pedir también de este pedimento, es claro

que una tal pretensión está abocada al fracaso, careciendo de amparo contractual lo que constituiría un desistimiento unilateral de los swaps sin abono del precio de la cancelación.

UNDECIMO.- PEDIMENTOS SUBSIDIARIOS APARTADO A.3.

En dicho apartado, lo que se solicita es:

1.- Se declare la nulidad parcial de los contratos referidos en el apartado A.1), en lo relativo a los importes nominales que constan en los Anexos de las Confirmaciones de Permuta Financiera y en las Side Letters suscritas con las demandadas, y

2.- Se declare que el importe de las liquidaciones de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés debe ser el que resulte de tomar como referencia el valor nominal de 9.700.000 euros, que es el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, declarándose asimismo que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunto a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y

3.- Se declare que la actora puede cancelar anticipadamente los contratos anteriormente referidos a coste cero, y

4.- Se condena a las demandadas a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos declarativos, a devolver a mi mandante las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, así como a proceder a la cancelación anticipada de los citados contratos a coste cero si así fuese requerido por la actora, todo lo cual se verificará en ejecución de Sentencia.

La desestimación del primero de los pedimentos y del contenido en el primer apartado del segundo de los pedimentos que integran este punto del suplico, constituye consecuencia necesaria de lo razonado en el fundamento de derecho tercero en el que se ha abordado la interpretación contractual, reiterando que la interpretación realizada por la Sala se corresponde con la propia intelección que de los contratos hicieron al tiempo de su negociación y perfección por quienes en aquél momento intervenían en nombre de GHK, lo que excluye el error en el consentimiento contractual que se erige en la demanda como fundamento de la nulidad ahora parcial de los contratos.

En cuanto a la petición declarativa deducida en el punto 2 de forma cumulativa a la petición de que se declare como valor nominal el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, consistente en que las liquidaciones han de practicarse con arreglo al tipo de interés efectivo y año de 365 días, su rechazo viene determinado porque no presentando interrelación ó conexión desde la perspectiva de la causa de pedir con las

anteriores la parte demandante aquí apelante no ha precisado en la demanda qué causa de pedir diversa de la aducida para justificar la misma pretensión deducida en el apartado A.2.1., y ya analizada en el razonamiento precedente, podía soportar su pretensión. Nos explicamos.

Las peticiones de declaración de nulidad parcial de los contratos en Litis en los respecta a los importes nominales y declaración que el importe de las liquidaciones de los Contratos de Permutas Financieras de Tipos de Interés debe ser el que resulte de tomar como referencia el valor nominal de 9.700.000 euros, que es el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, se fundamentan en la misma razón jurídica cual es el error en el consentimiento contractual sobre dicho elemento contractual en concreto (el segundo pedimento constituye consecuencia de la primera y tiene por tanto como presupuesto su estimación).

La petición deducida en el punto 2 de forma cumulativa a la petición de que se declare como valor nominal el importe dispuesto y no amortizado de los contratos de crédito, consistente en que las liquidaciones han de practicarse con arreglo al tipo de interés efectivo y año de 365 días, no constituye consecuencia de la petición de nulidad parcial del contrato por error en el consentimiento en cuanto al elemento contractual del nocional y además de que ninguna petición de nulidad respecto de dichos elementos se deduce en el suplico de la demanda, habiendo llevado a cabo una lectura pausada y detallada del escrito de demanda, la Sala ha de concluir que nada se alega sobre un posible error en el consentimiento respecto a estos elementos de los contratos.

Significaremos el punto 11 de la fundamentación jurídica del escrito de demanda, páginas 142 a 146, donde se argumenta sobre el error y/o dolo contractual invalidantes del consentimiento otorgado por GHK, se alega que el error en el consentimiento habría recaído sobre los siguientes elementos de las permutas:

.-el coste de cancelación anticipada.

.-los importes nominales de los contratos, si prima la interpretación de los bancos.

.-el pretendido valor inicial de los swaps que se presumía que era cero y tenía una minusvalía de más de cinco de millones de euros.

Respecto a la petición de declaración que la actora puede cancelar anticipadamente los contratos a coste cero, la primera consideración que necesariamente ha de hacerse es que si en la fundamentación jurídica de la demanda habría de concluirse que se sustenta en la nulidad de la cláusula que regula este aspecto del contrato sobre la base de un error en el consentimiento, en el suplico no se deduce ninguna petición de nulidad parcial de los contratos de permuta financiera, CMOF y Side Letters ni estricto sensu la anulación de

concreta ó concretas cláusulas contractuales que regulan los supuestos de vencimiento anticipado.

Efectuada dicha consideración previa, no obstante no cabría declarar la nulidad parcial que diera cobertura jurídica a la desvinculación de los contratos a coste cero y, por ende, acoger la pretensión en liza cuando se ha desestimado la petición de nulidad de los contratos en su totalidad por no apreciarse error vicio del consentimiento sobre este elemento del coste de cancelación en su consideración de elemento esencial (SSTS 380/2016, de 3 de junio, y 450/2016, de 1 de julio, citadas a su vez en la STS 82/2017 de 14 de Febrero).

DUODECIMO.- PEDIMENTO SUBSIDIARIO A.4

En este apartado se solicita:

1.- Se declare la resolución de los contratos referidos en el apartado A.1) y/o de la Carta Mandato suscrita en fecha 3 de agosto de 2010, por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de las demandadas, sin que la actora tenga que abonar nada a las demandadas por dicha resolución, y

2.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por el precedente pronunciamiento declarativo y a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos, y en tal sentido se condene a las demandadas a devolver a la actora los importes de las liquidaciones de las permutas financieras de tipos de interés ya devengadas y pagadas, en todo aquello que exceda de su cálculo según un importe nominal de 9.700.000 euros con sus respectivos intereses legales.

Su desestimación viene impuesta desde el momento que la base fáctica que hemos concluido acreditada a lo largo de los diversos razonamientos precedentes no permite afirmar que se haya incurrido en incumplimiento de obligaciones legales ni contractuales con trascendencia resolutoria de los contratos ni causante de los daños y perjuicios que se reclaman.

DECIMOTERCERO.- PEDIMENTOS SUBSIDIARIOS A.5.

En dicho apartado se solicita:

1.- Se declare que las liquidaciones deben seguir los parámetros de cálculo establecidos en el informe pericial adjunto a esta demanda en cuanto a tipo de interés efectivo y año de 365 días, y

2.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por el precedente pronunciamiento declarativo y a devolver a la actora las cantidades que las demandadas hubieran percibido de más en las liquidaciones ya devengadas y pagadas, con sus respectivos intereses

legales, y a calcular las liquidaciones venideras según los parámetros anteriormente señalados, todo lo cual se verificará en ejecución de sentencia.

Son extensibles las consideraciones señaladas más arriba en el sentido que la parte demandante aquí apelante no precisa en la demanda qué causa de pedir diversa de la aducida para justificar la pretensión deducida en el apartado A.2.1., y ya analizada, podía soportar su pretensión.

Por lo que dando por reproducido lo argumentado al resolver la citada pretensión deducida en el apartado A.2.1., se desestima.

DECIMOCUARTO.- EXAMEN DE LOS PEDIMENTOS FRENTE A PwC :ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA E INDEBIDA APLICACIÓN DEL DERECHO.

Se hace necesario partir de la acción ó acciones ejercitadas frente a PwC.

A la vista de la fundamentación fáctica y jurídica (página 157 de la demanda, folio 256 de las actuaciones) y del suplico de la demanda, la acción ejercitada frente a PwC sería la resolución del contrato de asesoramiento económico-financiero suscrito entre las partes el 1-4-09, con restitución del precio abonado por GHK, e indemnización de daños y perjuicios “ex art. 1124 CC”, ya que los pedimentos deducidos en los nº 1 y 2 del apartado B.2 no integran estricto sensu, en los términos del art. 5.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la modalidad de tutela jurisdiccional de las acciones declarativas que tienen por objeto poner fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate y como tal se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica puesta en duda o discutida de contrario, siendo precisamente la controversia al respecto lo que legitima el ejercicio de la acción. Antes bien, encierran la base fáctica necesaria de las peticiones de condena esgrimidos en el nº 3.). Y esta petición integraría el efecto resarcitorio que, como efecto distinto del restitutorio y añadido al mismo deriva del art. 1124 CC, aunque se deduzca para el sólo caso de no acogerse las pretensiones deducidas frente a las entidades bancarias.

Por tanto no podría justificarse ni ampararse un pronunciamiento de fondo sobre los referidos pedimentos del apartado B.2 del suplico al margen de la suerte del pedimento relativo a la resolución contractual.

El artículo 1.124 C.C concede, a la parte perjudicada por el incumplimiento de la obligación, el derecho a optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de «la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». Y en el presente caso, la demandante opta por la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, sin que las pretensiones indemnizatorias operen en su razón jurídica de forma autónoma e independiente a la que sirve de fundamento a la resolución del contrato, el incumplimiento contractual con alcance resolutorio del contrato. De forma que los pedimentos indemnizatorios tienen como causa necesaria o presupuesto la estimación de la resolución del contrato deducida en el punto B.1 del suplico, ó lo que es lo mismo carecen de sustantividad propia e independencia de la resolución contractual.

Y si en los folios 162 y 163 del mismo escrito de demanda se argumenta que la acción de resolución contractual es absolutamente independiente de la acción de indemnización de daños y perjuicios, lo cierto es que no se argumenta cuál sea el fundamento de que las pretensiones indemnizatorias operen en su razón jurídica de forma autónoma e independiente a la que sirve de fundamento a la resolución del contrato, el incumplimiento contractual con alcance resolutorio del contrato. Antes bien, cuando se alega que siendo la acción resolutoria absolutamente independiente de la segunda acción, “pero qué duda cabe que cobraría mayor vigor aún y su estimación sería indeclinable si se estimara la segunda acción...Y ello porque la estimación de la segunda acción que ejercitamos frente a “PwC” supondría el reconocimiento de que mi mandante no habría visto reparados los daños y perjuicio que se le han irrogado de mano de los bancos, lo que supondría la automática condena de “PwC” por las nefastas consecuencias de su asesoramiento”.

Señalado lo precedente, hay que dejar sentado que el éxito de la acción de resolución del contrato, que implica la ineficacia del mismo con efecto retroactivo, requiere el incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, lo que significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial. La jurisprudencia ha caracterizado el incumplimiento resolutorio como "verdadero y propio" (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995;RJA 8836/1994, 2149 y 5342/1995), " grave" (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero, y 19 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994), " esencial" (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994, y 11 de abril de 2003; RJA 7024/1994 y 3017/2003), que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1983 y 19 de abril de 1989;RJA 3241/1989), o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985,y 24 de septiembre de 1986;RJA 4787/1986) o bien que genere la frustración del fin del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995, y 15 de octubre de 2002; RJA 1106/1995 y 10127/2002),o la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones, o la quiebra de la finalidad económica, o la frustración del fin práctico del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995; RJA 8984/1990, 1518/1991, 4859/1995, y 6978/1995).

Por otro lado, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985, 2 de abril de 1986, 19 de febrero de 1987,y 8 de abril de 1992), que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, de tal suerte que se exige la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, sin excluir, en modo alguno, el clásico principio de responsabilidad por culpa, y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, por no haber revestido la objetivación de la responsabilidad caracteres absolutos, aún con todo el rigor interpretativo que, en beneficio del perjudicado, impone la realidad social y técnica, pero sin que ésta permita la atribución de responsabilidad a quien no incurrió en culpa alguna (Sentencias del Tribunal Supremo de

28 de mayo de 1992, y 20 de mayo de 1993), siendo preciso en todo caso el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, y lugar, para evitar perjuicios en bienes ajenos, en los términos del artículo 1104 del Código Civil, no siendo de generalizada aplicación a todos los supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989 y 24 de mayo de 1990), doctrina que deriva de la existencia de riesgos o situaciones de peligro beneficiosas para quien las crea, no siendo de aplicación la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, en concreto, en los supuestos de responsabilidad por la pretendida infracción de deberes profesionales (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990 y 23 de diciembre de 1992).

Partiendo por tanto de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al asesor interviniente, sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 217 LEC, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del asesor, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional.

E igualmente ha de señalarse que lo que asimismo es claro es que lo que genera la obligación de indemnizar, es la propia dinámica de la responsabilidad, esto es, la existencia de un daño, la culpa ó el incumplimiento de deberes contractuales y la relación de causalidad entre ambos. De forma que para el éxito de la acción resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos, no basta acreditar el daño y el incumplimiento de la obligación, sino que debe acreditarse asimismo la relación de causalidad entre el incumplimiento y el resultado antijurídico producido.

La reciente STS de 19 de febrero de 2014 resume los criterios a tener en cuenta en orden a la relación de causalidad diciendo: " Comenzando por el análisis del motivo quinto debe reiterarse que la necesaria vinculación causa-efecto entre la conducta negligente del agente y el daño cuya indemnización se reclama es un presupuesto de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, y cualquiera que sea el título de atribución. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando (entre las más recientes, STS de 18 de mayo de 2012, rec. num. 2002/2009): (i) que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998; 30 de junio de 2000; 20 de febrero de 2003), (ii) que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999, 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiera la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, y (iii) que le corresponde sentar dicho juicio al tribunal de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001, 7 de junio y 23 de diciembre de 2000, 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005; 19 de junio, 12 de septiembre, 19 y 24 de octubre 2007, 13 de julio 2010)."

En este caso, del conjunto orgánico de la documentación en la que se formalizó la relación contractual establecida entre las partes (pliego de prescripciones o de especificaciones técnicas, al pliego de cláusulas económico administrativas, proposición u oferta técnica de PwC del contratista y documento de compromiso de adscripción del equipo técnico) resulta que el contrato se enmarca dentro de un arrendamiento de servicios (artículos 1542 y 1544 del Código Civil), obligándose PwC a la prestación de servicios de consultoría y asistencia técnica que impliquen el apoyo económico financiero a G.H.K. y al Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, en la definición de modelos de relación jurídica y económica entre las diferentes entidades participantes en la competencia de gestión de residuos de Gipuzkoa, en la definición de una adecuada estructura de financiación, que permita cubrir las necesidades de inversión asociadas a las nuevas infraestructuras definidas en el proyecto de referencia, tanto desde la perspectiva de fondos a aportar por las Administraciones Públicas, como desde la potencial participación de entidades financieras, así como la articulación jurídica y económico financiera del proyecto de obtención de financiación para el proyecto. Y prestación de servicios encaminados a la consecución como objetivos fundamentales de los siguientes:

.-Intervenir, como asesor económico financiero de la sociedad en la negociación contractual económico financiera asociada.

-Analizar y delimitar todos aquellos aspectos que determinen el riesgo de que GHK y su endeudamiento asociado puedan llegar a computar, a efectos de deuda pública, como dentro del balance de la Administración, de acuerdo con los criterios de Contabilidad Nacional establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95).

-Analizar y definir todos aquellos aspectos que faciliten que el proyecto y el plan de negocio asociado resulte viable y atractivo para el sector privado-entidades financieras, empresas de construcción, empresas de servicios, etc.-, lo que se ha de confirmar mediante la elaboración de un modelo financiero del proyecto, que permita reflejar el futuro Plan Económico-Financiero, el análisis de riesgos, y el análisis de rentabilidad de GHK.

-Garantizar la eficiencia presupuestaria, mediante la implementación de supuestos fórmulas o mecanismo que, sin poner en riesgo los objetivos anteriores, supongan el mínimo coste de financiación y presupuestario para GHK y el resto de sociedad públicas o Administraciones implicadas en el proyecto de referencia.

-Definir y desarrollar todos aquellos pasos que se estimen más oportunos para alcanzar la cobertura eficaz de las necesidades de financiación inherentes al proyecto de referencia.

Igualmente se establece que la consecución de los precitados objetivos del contrato deberá realizarse considerando la existencia de los siguientes objetivos asociados a nivel jurídico:

-Analizar y definir, desde una perspectiva jurídica, la estructura administrativa vinculada a las entidades partícipes del consorcio, y los convenios y contratos que regulan sus relaciones.

-Analizar, desde una perspectiva jurídica, las distintas alternativas para el diseño de construcción, explotación y financiación de las infraestructuras inherentes al proyecto de referencia.

-Definir y desarrollar la estructura contractual que para el concurso y contratación de la construcción de las infraestructuras relacionadas con las actuaciones inherentes al proyecto de referencia, con participación en la redacción de los Pliegos, proceso de adjudicación y negociaciones para el cierre de los contratos.

Y que el asistente económico-financiero deberá cumplir en su asistencia con la máxima complementariedad con el equipo de asistencia jurídica que con los objetivos descritos contrate GHK (que lo fue Garrigues). Lo anterior resulta suficientemente ilustrativo sobre el objeto contractual sin que se estime necesario a la vista de los incumplimientos contractuales que se atribuyen PwC reproducir ó transcribir en su integridad los trabajos a realizar por PwC y que se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en la oferta técnica de PwC.

Y lo que se imputa a PwC como hechos constitutivos de incumplimiento contractual es:

.-no haber advertido a GHK del elevadísimo coste que tendría que asumir en caso de cancelar los swaps de manera anticipada en debido cumplimiento del deber de asesoramiento que le incumbía en la negociación de los contratos de permuta financiera.

.-de atender a la interpretación que realizan las entidades bancarias, no informó del diseño de la operación y de los riesgos y consecuencias económicas que supondría para GHK la no realización del proyecto, cuando en la matriz de riesgos se había previsto como un riesgo la no realización del proyecto.

.-no se informó de la evolución previsible del Euribor era claramente a la baja y que por ende las liquidaciones negativas estaban prácticamente garantizadas en los años venideros. Esto es, la cobertura era claramente ineficiente.

.-no advirtió de que los contratos de permuta financiera suscritos no suponían un coste cero desde un inicio sino que existía una minusvalía a ser asumida por GHK en favor de las entidades bancarias por importe de 5.769.580,60 euros.

Se alega asimismo que PwC incurrió en evidente y palpable conflicto de intereses al actuó como asesora económica-financiera de GHK en todo el proceso de obtención u firma de la financiación, a la par que hizo de asesore de los bancos al auditar el modelo económico financiero elaborado por Banesto, y que no advirtió de la existencia de ese conflicto de interés.

El Juzgador de Instancia ha concluido que no se ha producido por la demandante prueba de los pretendidos incumplimientos por la demandada y a mayor abundamiento razona sobre la actuación de GHK en contra de sus propios actos al haber emitido el 18-10-2012 certificación de la prestación de forma satisfactoria por PwC de los trabajos de asistencia en el proyecto.

La parte apelante en el recurso incide en su planteamiento denunciando error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del Derecho en relación con la responsabilidad de "PwC" en la contratación de los "IRS", sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el art. 456.1 y 465.5 LEC , la totalidad de los alegatos que vertebran este motivo de disenso han de decaer como corolario de cuanto se ha dejado razonado previamente en cuanto impide apreciar los presupuestos tanto de la acción resolutoria como de la acción indemnizatoria aún en su consideración de independiente de la resolución contractual.

Se recoge sintéticamente las conclusiones alcanzadas.

Los swaps contratados en los términos contractuales en que se hizo se acoplan perfectamente a los contratos de crédito a fin de que operen durante su vigencia como una auténtica cobertura. El nocional de las permutas se corresponde con el importe del crédito dispuesto y pendiente de amortizar previsto sobre la base de las obligaciones de pago que GHK tenía contraídas y contractualmente se articula un engarce detallado que no admite la desvinculación de los contratos de crédito y de cobertura de tipos en orden a evitar precisamente que las permutas financieras se conviertan en un producto especulativo, que no fue la finalidad querida ni perseguida por las partes, o lo que es lo mismo, en orden a que la finalidad para la que se contrataron persista durante toda la vida de las mismas. Tanto en los contratos de financiación como en las cláusulas incluidas en el Anexo I al CMOF se regula la forma de proceder en orden a evitar la desconexión entre los contratos para los supuestos tanto de vencimiento anticipado de los créditos, tanto total como amortización parcial, como de desajuste entre el importe dispuesto y no amortizado y el nocional de las permutas financieras, previo abono de los costes de cancelación ó ruptura que pueden ser positivos ó negativos para GHK ó para los bancos aquí demandados.

Cuestión diversa es que desde que se deja en suspenso el proyecto de infraestructuras, en Diciembre de 2011, no se hayan hecho más disposiciones de los fondos de los créditos y por desajuste con los nocionales de los swaps, éstos dejan de ser eficientes como instrumentos de cobertura adquiriendo carácter especulativo. Riesgo éste perfectamente conocido por GHK, tal y como resulta de la testifical de la Sra. Etxarri.

No puede cuestionarse la idoneidad de los swaps contratados como instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, ni puede afirmarse que las alternativas de cobertura planteadas fueran más eficientes ni como tales instrumentos de cobertura ni menos onerosas.

En el escenario de no realización del proyecto la pervivencia de las permutas financieras y que las liquidaciones sigan devengándose en las condiciones contractuales pactadas no lo es por su configuración como contrato autónomo e independiente ó desconexión de los contratos de crédito. Pese a ser repetitivos en los contratos están arbitrados los mecanismos necesarios para evitar dicho efecto.

Si el Sr. del Barrio declara que no se ponderó cuantitativamente el coste de cancelación, igualmente declara que sí se trató el tema de las consecuencias económicas y que en caso de que el tipo de interés en el momento de ruptura estuviera por debajo del tipo fijo resultaría una cantidad muy significativa, lo que ha de estimarse viene corroborado por la testifical de la Sra. Etxarri en los términos más arriba señalados, habiéndose concluido que GHK era conocedora que el importe del coste de cancelación de los swaps está en función de la evolución del tipo de interés, del momento en que se produzca tal vencimiento anticipado y del tiempo que quede de vigencia al contrato, y que en caso de ser negativo podría adquirir magnitudes importantes.

GHK fue también conocedora de las previsiones de tipos de interés conforme a los tipos forwards y siendo GHK conocedora de que las previsiones para los primeros años eran de bajada de tipos (así se reflejan en los tipos implícitos y curvas IRS remitidos) y consiguientes posibles liquidaciones negativas por un importe considerable, se asumió dicho riesgo porque como explicara la Sra. Maite Etxarri y también el Sr. Ormazabal, la necesidad de transformar el tipo variable de la financiación a tipo fijo a través de los IRS, evitando así la exposición al riesgo de las variaciones de tipos de interés y dotando estabilidad económico financiera del proyecto, se consideró en atención a la larga duración de vigencia del contrato de financiación (2031 y swaps 2029) y la falta de certidumbre de la evolución de los tipos de interés a tan largo plazo. Y es que habrá de convenirse que cualesquiera que sean las previsiones sobre la evolución del Euribor en un momento dado, dichas previsiones no pueden mantenerse respecto a los 18 años de duración de las permutas.

En las permutas financieras el interés fijo pactado incluye los 25 puntos básicos de spread y no ha quedado probado que el tipo fijo no se correspondiera con los que por entonces ofrecía el mercado de financiación ni que se haya aplicado un spread mayor.

Para finalizar, en cuanto a las alegaciones al respecto del conflicto de intereses en que se encontró PwC actuando, por un lado, como asesor económico-financiero de GHK en el proceso de obtención y firma de la financiación y, por otro, como asesora de los bancos en algunos de los estadios del proceso, actuación en pro de los bancos se aduce, por ejemplo, a la hora de auditar el Modelo económico financiero, constituyen reproducción literal de las esgrimidas en el escrito de demanda, y si la parte apelante sobre la base de las mismas pretende llevar al Tribunal a una convicción diversa, lo cierto es que la Sala en este punto a la vista de lo actuado poco más puede añadir a los razonamientos de la resolución recurrida, que propiamente no se combaten, y que pueden resumirse en la imposibilidad de concluir incumplimiento contractual alguno de PwC sobre la base del conflicto de intereses invocado, a salvo el dato que no puede calificarse precisamente de intrascendente en relación a la postura de GHK de atribuir a PwC haber incurrido en un conflicto de intereses, que fue la propia GHK quien tomó la iniciativa y realizó la propuesta de que fuera PwC quien realizara la revisión del modelo financiero.

Así resulta no sólo de la testifical de la Sra. Maite Etxarri, del Sr. Guillermo del Barrio y del Sr. Jaime Fariñas sino de la prueba documental.

En la propia propuesta de servicios profesionales de 26-3-2011 y del informe emitidos por PwC de 19-5-2011 (doc. nº 101 y nº 102 de la demanda), se recoge de forma expresa dicho extremo, y viene constatado por la valoración conjunta de los e-mails obrantes en autos como doc. nº 26 de la contestación de PwC y que se analizan en la resolución recurrida, emails cruzados entre la Sra. Etxarri y el Sr. Beck Arnd, del BEI, y los siguientes, y la testifical de la Sra. Maite Etxarri y del Sr. Guillermo del Barrio, cuyas manifestaciones permiten contextualizar el contenido de los precitados correos electrónicos.

En el e-mail remitido por el Sr. Carlos Bereciarto en fecha 24-9-2010 a las personas designadas por los distintos participantes en la operación de financiación dando cuenta de las conclusiones extraídas en la conference call del día anterior (doc. nº 63 de la demanda), se indica respecto al modelo financiero que “Será preparado por Banesto, de forma consensuada con GHK, a partir del modelo existente. Adicionalmente, Price preparara un informe validando el modelo financiero, sin que se precise una auditoria complementaria. Este informe se limitará a la validación de la metodología empleada en su elaboración pero no incluirá aspectos fiscales del mismo, que en su caso se determinaran en la Due legal”.

En el e-mail remitido por el Sr. Beck Arnd, del BEI, a la Sra. Maite Etxarri, el día 29-11-2010 (doc. nº 15 de la contestación de PwC), se indica que en el contexto de una llamada para aclarar alguno punto de los parámetros del modelo, por parte de PwC se ha planteado una duda en relacion a la auditoria del modelo, y se añade:

“Queremos confirmar que en su tiempo (Septiembre) dimos nuestro acuerdo que el modelo financiero se audite por PWC y que no era preciso involucrar otra auditoria- sólo en relación con temas fiscales el BEI se reservaría el derecho de pedir un informe a otra auditoria. Para no perder tiempo, agradecería su pudieses informar a PWC que ya pueden ir preparando su auditoria completa del modelo financiero”.

En fecha 8-12-2010 la Sra. Maite Etxarri remite un e-mail al BEI en relación a la auditoria del modelo financiero (doc. nº 15 de la contestación de PwC), tras indicar que en aras a clarificar la situación, ha pedido a PwC que escriba el tipo de documento que podrá emitir una vez realizada la revisión del modelo financiero, tal y como comentamos en la conferencia del 22 de septiembre, y que así entiende que todos van a tener claro que van a poder firmar como revisión del modelo, se añade:

“Como comentamos, os queremos pedir que este documento emitido por una empresa de reconocida solvencia como pwc, sea suficiente para validar el modelo. Como sabeis, para los bancos comerciales es suficiente. Realizar ahora una contratación adicional supondría

un largo plazo y coste adicional. Además, dadas las características del proyecto, en el caso poco probable de que hubiera un error en el modelo financiero no detectado no por Banesto i por pwc, funcionarían todos los mecanismos de garantía (entre otros, el ajuste de tarifa necesario que se calcula en cada proceso de presupuesto). También hay que tener en cuenta que el elemento fundamental son los costes e ingresos operativos considerados (input) y esto está dentro del alcance del asesor técnico.

En cualquier caso, quedamos a la espera de vuestra decisión final al respecto”.

A este e-mail le siguen otros dos del 8-12-2010 y 17-1-2011 del Sr. Beck Arnd solicitando a la Sra. Etxarri la versión de la carta de PwC.

Y finalmente nos encontramos con el e-mail remitido por la Sra. Etxarri al Sr. Beck Arnd, del BEI, en fecha 24-3-2011, donde se indica que “Dentro de las condiciones de primera disposición del contrato de crédito entre BEI y GHK figura que el Caso Base esté auditado y la emisión del informe del Auditor del Modelo.

Os envío la propuesta al respecto de Price para vuestra revisión, Por favor, decidme si el alcance es conforme”, y respuesta al misma por el Sr. Beck Arnd “Creo que la propuesto de PWC incluye los puntos requeridos para esta operación. Los colegas departamentos responsables en Lux no hicieron comentarios por lo cual podeis decir a PWC que empiecen con su trabajo”.

La Sra. Etxarri en el acto de juicio al ser preguntada sobre la revisión del modelo económico financiero por PwC , en concordancia con lo anterior explica que siendo esta entidad una asesoría de prestigio profesional el BEI, que era quien más interés tenía en la auditoría del caso base elaborado por Banesto (nutrido con la información suministrada por GHK) aceptó que PwC emitiera una revisión para que certificara que funcionaba adecuadamente y eso les fue suficiente tanto al BEI como a los bancos, y eso les pareció bien porque eso que se ahorran.

El Sr. Del Barrio en la misma línea y coherencia con lo que resulta de la documental, declara que es GHK quien establece la necesidad de firmar el contrato por el que PwC revisara el modelo financiero porque el BEI lo requería. El Excel de la financiación lo elaboro Banesto, Santander en la actualidad, con lo cual ellos no requerían esa revisión, en cambio el BEI digamos por sus órdenes internas requería meter dentro de su expediente que el modelo financiero de cualquier financiación en la que participen este reconocido por una firma de reconocido prestigio , y fue GHK quien sugirió fuera PwC quien lo realizara, nosotros le dijimos que en tanto en cuanto el BEI no pusiera ningún reparo no teníamos ningún problema en hacerlo en cuanto éramos una firma de prestigio, que pondríamos las medidas de independencia que las entidades financieras no requirieran.

Y el Sr. Jaime Fariñas a su vez declara fue el BEI quien exigió la revisión del modelo financiero, que ellos no tenían ningún problema porque el modelo financiero provenía de uno de los bancos que financiaba y la profesionalidad se da por sentada.

Por lo demás puede añadirse que el proceso de negociaciones entre GHK y el BEI en orden a la revisión del modelo financiero por parte de PwC se revela muy similar al que tuvo en relación a la Due Diligence Técnica por parte de “Idom S.A.” que trabajaba para GHK en temas de compostaje biometanización y/o del proyecto de la incineradora (véase el doc. nº 62 oferta técnico económica de IDOM apartado de presentación y el documento nº 61 de la demanda, emails de fechas 6 a 9 de Septiembre de 2010).

Y dadas las consideraciones que se contienen en el recurso en relación a las manifestaciones del Sr. Jaime Fariñas al respecto que el mercado de financiación estructurada y asesores económicos financieros es un mercado cerrado, en el e-mail de la Sra. Etxarri de 9-9-2010 precisamente, indica “dada la diversidad de instalaciones del proyecto (compostaje biometanización, pretratamiento, instalaciones de transferencia, valoración energética), GHK ha contratado y probablemente contratará en el futuro con la mayor parte de las ingenierías y asesores técnicos del área medioambiental del mercado. No aceptar a IDOM como asesor técnico por haber contratado con GHK supondría mantener ese criterios siempre y en la práctica tendría que eliminar casi todas las asistencias técnicas del mercado”.

En suma, lo que se pone de manifiesto es que GHK no sólo era concedora del eventual conflicto de intereses si no que consciente de ello consideró que no ponía en tela de juicio la profesionalidad de PwC en relación a los principios de objetividad e imparcialidad en orden a la revisión del caso base ó modelo financiero, y desde luego en los presentes autos no ha sido probado otra cosa, máxime cabe decir cuando ninguna objeción se ha planteado respecto del contenido de dicho modelo financiero elaborado por Banesto.

DÉCIMOQUINTO.- IMPUGNACIÓN

En cuanto a la impugnación formulada por las entidades bancarias demandadas la primera cuestión que debe analizar la Sala es la cuestión suscitada por la parte apelada relativa a su inadmisibilidad, y que ha de merecer respuesta negativa por lo que a continuación se argumenta.

Como antecedentes señalar que resulta de los autos y la parte apelante no suscita cuestión alguna al respecto, que las entidades bancarias demandadas formularon impugnación de la cuantía del procedimiento fijada en la demanda en relación a la procedencia del recurso de casación, tal y como previene el art. 255.1 LEC, que el Juez “a quo” en el acto de audiencia previa pospuso su resolución sobre dicha cuestión a Sentencia, a lo que todas las partes se aquietaron no obstante la previsión del texto procesal de su resolución en

aquél acto procesal (art. 255.2 LEC), habiéndose resuelto finalmente vía complemento de sentencia (art. 215 LEC), mecanismo procesal al que recurrieron las entidades bancarias codemandadas dada la omisión de pronunciamiento sobre dicha cuestión en Sentencia. La Sentencia de instancia desestima la totalidad de los pedimentos deducidos por GHK frente a las entidades bancarias codemandadas, por lo que no podían formular recurso de apelación frente al pronunciamiento que fija la cuantía del procedimiento como indeterminada.

Partiendo de lo anterior, la objeción procesal que aduce GHK como obstáculo a la admisibilidad de la impugnación no puede acogerse, ya que como establece la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, de 19/09/2013 "La objeción sobre la falta de gravamen para impugnar (el demandado no podría recurrir pues la demanda fue desestimada) resulta superada cuando el demandante formula recurso y el demandado puede verse afectado desfavorablemente por la desestimación de su excepción en primera instancia, si el tribunal de apelación considera fundado el recurso del demandante. La formulación del recurso por el demandante que vio desestimada su demanda hace surgir el gravamen del demandado que vio desestimada su excepción (de ahí que la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 108/2007, de 13 de febrero de 2007, recurso núm. 1884/2000 hablara de la existencia en tal caso de un "gravamen eventual ") y le legitima para formular impugnación en la que, valga la redundancia, impugne el pronunciamiento desestimatorio de la excepción". Criterio que se reitera en Auto de Tribunal Supremo de 6-5-2015.

Por lo que atañe al fondo, habrá de acogerse la impugnación ya que las partes apeladas cuestionan la cuantía en relación con el acceso a la casación "ex art. 477.2.2º LEC" y el art. 255.1 LEC viabiliza la impugnación, y es determinable la cuantía del procedimiento con arreglo a los arts. 251.8ª y 252.1ª y 2ª LEC, tal y como sostienen las impugnantes en el importe de las prestaciones cuya restitución se postula como consecuencia "ex lege" de la petición primera del suplico frente a la mismas, por ser la de mayor valor, siendo dicho importe el correspondiente a las liquidaciones abonadas por GKH (4.252.850,60 euros), no habiendo mediado pago alguna por las entidades bancarias a GHK, no siendo posible aceptar la posición de la parte apelante que defiende la indeterminación de la cuantía con fundamento en que el importe de las liquidaciones de las permutas financieras no se puede fijar a priori, ya que ello es predicable de las liquidaciones futuras no así de las devengadas al tiempo de interposición de la demanda.

DECIMOSEXTO.-En materia de costas procesales, no obstante la desestimación del recurso de apelación formulado por GHK y confirmación del Fallo de la resolución recurrida, los razonamientos contenidos en anteriores fundamentos jurídicos justifican que no se haga expresa condena en costas de esta alzada, facultad que confiere al Tribunal el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación asimismo a esta segunda instancia por la expresa remisión que al mismo hace el artículo 398 de la propia Ley, justificando esta excepción al principio del vencimiento objetivo, porque ha quedado justificado y exigido la labor interpretadora que ha postulado la parte y de cuestiones tales como la existencia de asesoramiento sobre las que incurre en un a modo

de incongruencia omisiva la resolución de la instancia , que la parte enuncia en sus alegaciones.

La estimación de las impugnaciones formuladas por la representación procesal de “Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona” y por la representación procesal de “Banco Santander S.A.”, implica la no imposición de costas procesales (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de “Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa S.A.U.” contra la Sentencia dictada en fecha 13 de Enero de 2.015 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de esta ciudad de San Sebastián en autos Juicio Ordinario 542/2013, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida de conformidad con los razonamientos de la presente resolución.

2º.- Estimar la impugnación formulada por la representación procesal de “Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona” y la impugnación formulada por la representación procesal de “Banco Santander S.A.” (sucesora de “Banco Español de Crédito S.A.”) contra la mencionada resolución, y revocando parcialmente la Sentencia de instancia, se deja sin efecto el contenido en el Auto de complemento a la misma de fecha 9-2-2015, que fija en indeterminada la cuantía del procedimiento, y se declara que la cuantía del procedimiento se cifra en 4.252.850,60 euros.

3º.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de esta alzada ocasionadas por la apelación formulada por “Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa S.A.U.” ni por las impugnaciones formuladas por “Caixa D’Estalvis y Pensions de Barcelona” y “Banco Santander S.A.”.

Transfiérase por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de recursos desestimados el depósito constituido para recurrir.

Frente a la presente resolución se podrá interponer recurso de **casación**, en los supuestos prevenidos en el art. 477 de la L.E.Civil y recurso **extraordinario por infracción procesal** de conformidad con lo previsto en el art. 469 de la L.E.Civil, en el plazo de VEINTE DIAS ante esta Sala (art.479.1 en relación al recurso de casación y en el art. 470.1º en relación al recurso de Infracción procesal) de conformidad con el art.

208.4º de la L.E. Civil.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2000 para la interposición de los recursos anteriormente mencionados será precisa la constitución de depósito en la cuenta de esta Sección num. 1895 0000 00 núm. de procedimiento.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.