

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 BEJAR

SENTENCIA: 00041/2011

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO 525/10.**

NOTIFICADA 16-5-2011

SENTENCIA

Béjar, a 20 de abril de dos mil once.

La Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Béjar (Salamanca) y su partido, D.^a M.^a Victoria Muñoz González, ha visto y examinado los presentes autos de Juicio ORDINARIO seguidos bajo el número 525/10, en ejercicio de acción de nulidad contractual y subsidiaria anulación contractual, a instancia de S.A., representado por la procuradora Sra. Muñoz Luengo bajo la dirección del letrado D. Carlos Arjona Pérez, contra Banco Santander Central Hispano representado por el procurador Sra. Asensio Martín y defendidos por el letrado D. Ramón Entrena Cuesta, sobre los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 28 de septiembre de 2010 se interpuso por la Procuradora Sra. Muñoz Luengo, en nombre y representación de S.A., demanda de juicio ordinario sobre nulidad contractual y subsidiaria anulación contractual contra Banco Santander Central Hispano en la que solicitaba que se declarara la nulidad tanto del contrato de “Swap de Tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock-Out”, como del contrato “Swap convertible con Cap” de fechas 21 de septiembre de 2007 y 16 de diciembre de 2008, así como del “Contrato Marco de Operaciones Financieras” de Septiembre de 2006, con sus consecuencias y efectos restitutorios. Subsidiariamente solicitaba que se declare su anulabilidad, igualmente con sus consecuencias y efectos restitutorios. Subsidiariamente sobre los contratos indicados, solicitaba que se declarara la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, que se tendrán por no puestas conforme a Ley, en especial las relativas a la determinación de la cuantía del contrato, su sistema de liquidación y los costes, así como posibles fórmulas para la cancelación del producto, declarándose además que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a la parte actora referidas a los fundamentos de derecho de la demanda. Por último solicita que en consecuencia de todo ello se condene a la demandada a que se proceda a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos de los productos desde el día de la formalización, devolviendo a la mercantil actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda. Que subsidiariamente se permita a mi representada la cancelación de ambos productos financieros con coste 0, con efectos desde el día 25 de noviembre de 2009, tal y como ya fue solicitado, o subsidiariamente desde el día 19 de mayo de 2010, o

aquella fecha que determine el Juzgador, pero en cualquiera de los dos casos con las consecuencias inherentes a dicha cancelación en cuanto a las cantidades a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos del producto desde el día que se decreta su cancelación, devolviendo a la mercantil actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda. Subsidiariamente, caso de no determinarse la nulidad o anulabilidad del producto, interesamos los siguientes pronunciamientos: Se condene a "Banco Santander" a resarcir los daños y perjuicios causados a la mercantil actora, debiendo reintegrarle las aportaciones realizadas, y en concreto, que se condene a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos de los productos desde el día que se decreta su cancelación, devolviendo la parte actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta según corresponda y que se anulen todos los cargos realizados a la mercantil actora por "Banco Santander" a consecuencia del producto de coberturas de tipos, al carecer los mismos de justificación y detalle, debiendo la demandada retrotraer todos sus importes a las actoras, interesando la condena a la demandada del abono de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada a fin de que procediera a contestar a la demanda. Mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2010 la parte demandada procedió a contestar a la demanda en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la demandante.

Evacuado el trámite de la contestación a la demanda se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa en la que se señaló día para el acto del juicio.

TERCERO.- Llegado dicho día comparecieron las partes debidamente representadas y asistidas y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida en la audiencia previa quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de éste procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, excepto el plazo debido a la tramitación preferente de asuntos penales y la complejidad del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece el art. 1089 CC que "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

De conformidad con el art. 1.254 del C.C., " Los contratos existen desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio".

Por su parte el art. 1.258 del C.C. dispone que " Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".



Asimismo el artículo 1261 CC establece que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. El artículo 1262 establece que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Por otra parte el artículo 1303 del CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

SEGUNDO.- Ejercita la parte actora la pretensión de nulidad de los contratos mencionados y subsidiaria anulabilidad basándose en que nunca se le explicó nada a la actora respecto de los productos financieros contratados ni se le entregó ningún tipo de documentación, folleto o información previa o posterior a la firma de éstos, por lo que señala que existió vicio del consentimiento. Los productos contratados fueron “Swap de Tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock-Out” y el “Swap convertible con Cap”. La falta de información se centra en la ausencia de la misma respecto al objeto de la contratación, su naturaleza y consecuencias.

Señala la parte actora que en septiembre de 2007, la demandada ofertó a la actora la cancelación anticipada sin coste alguno para ninguna de las partes de una permuta financiera de tipos de interés denominado “swap bonificado reversible medio limitado” que tenía concertado sobre un capital de 1.200.000 euros, contratada en el año 2006 y la simultánea contratación de otra por importe de 1.000.000 de euros, con efectos desde el día 21 de septiembre de 2007, productos que le fueron recomendados para evitar que los tipos de interés pudieran subir. Igualmente señala que al mismo tiempo la demandada le indicó la supuesta contratación de otro producto derivado por un capital de 300.000 euros, supuestamente concertado en diciembre de 2008 pero respecto al cual su representado nada recuerda ni tiene documentación. Para todos estos contratos la mercantil demandada hace referencia a un mismo “contrato marco de operaciones financieras” (CMOF) suscrito al parecer por su representado el 25 de septiembre de 2006.

Se alega como vicio del consentimiento que la demandada no cumplió con su obligación legal de informar sobre el objeto del contrato, su naturaleza y consecuencias por falta de información e incluso de formación del personal encargado de la comercialización, por lo que desconocía lo realmente contratado. Igualmente manifiesta que dichos productos enmarcados dentro de los productos de alto riesgo no se ajustan al perfil de su representada.

Señala que es en enero de 2009 cuando se produce la caída de los tipos de interés cuando a la vista de la repercusión financiera de los mismos constata la verdadera naturaleza de los productos supuestamente contratados, a la vista de los cargos derivados del mismo comunicando en fecha 25 de noviembre de 2009 su voluntad de cancelarlo sin obtener respuesta alguna por parte de la entidad financiera.

Manifiesta en dichos contratos los riesgos asumidos por el Banco Santander son muy bajos, mientras que el demandante asume importantes pérdidas señalando que además la entidad financiera contaba con un mayor conocimiento sobre la previsible evolución de los tipos a la baja. Igualmente el Banco saldría beneficiado con la facultad unilateral de optar por la conversión. Igualmente señala que el Defensor del Pueblo ha señalado que las personas que han contratado estos productos buscaban protegerse de las subidas de tipos de interés, afirmando de forma generalizada que se trataba de seguros o de productos que facilitaban una protección similar a los seguros sin conocer la operativa real y compleja de estos productos por falta de información en algunos casos. Igualmente señala que la

CNMV en resolución de fecha 24 de junio de 2009 frente al mismo demandado señala que en el contrato se establecen criterios generales con arreglo a los costes asociados a la cancelación anticipada sin ninguna referencia al valor neto de los flujos de pagos, concluyendo que existió una actuación incorrecta por parte del Banco Santander en cuanto a los términos y costes asociados al vencimiento anticipado del mismo. Igualmente manifiesta que las resoluciones del Banco de España citadas suceden supuestos relativos a la falta de información acerca de la cancelación así como referencia específica al criterio de cálculo de los costes, limitándose a señalar que la liquidación se efectuará en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos sin precisar más, así como que en algún caso no informó de las condiciones esenciales del contrato, de las condiciones necesarias para su cancelación de una manera clara, correcta, precisa y suficiente para evitar una incorrecta interpretación haciendo especialmente hincapié en los riesgos que la operación conlleva, especialmente en estos productos de alto riesgo.

TERCERO.- Por su parte la entidad demandada se opone a lo manifestado por el demandante por considerar que el contrato marco sobre el que se formalizaron los contratos, CMOF, es un contrato regulado y estandarizado creado por la Asociación Española de Banca, existiendo pues un doble consentimiento, al contrato marco y a los posteriores. Tras describir las diferentes cláusulas del contrato señala que existe en el contrato una cláusula adicional denominada conocimiento de los riesgos de las operaciones en la que las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación, así como que cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

Explica que el 21 de septiembre de 2007, antes de que se girara el cargo correspondiente a la última liquidación se reestructuró la Permuta financiera contratada cancelando la misma y contratando una nueva abonando el actor la cantidad de 33.186,22 euros. Posteriormente en fecha 16 de diciembre de 2008 se suscribió de nuevo una confirmación permuta financiera de tipos de interés sobre un principal de 300.000 euros con fecha de vencimiento el 22 de diciembre de 2011.

Se opone a la existencia señalada por el actor de vicio del consentimiento por entender que el importe neto de la cifra de negocio es elevado, teniendo contratados 24 trabajadores, teniendo cuatro marcas comerciales registradas y distribuyendo a toda España sus productos siendo el demandante asimismo administrador de otras tres sociedades, evidenciando que la actora tenía capacidad, formación y experiencia para comprender tales productos, señalando que en dichos contratos se expone de forma sucinta pero clara, precisa y correcta cuáles son las características, condiciones y riesgos de la operación además de señalar que los sucesivos directores y responsables de la oficina de la entidad bancaria de la localidad de Béjar expusieron detalladamente con exhibición de las presentaciones correspondientes las características, condiciones y riesgos de la operación. Asume que no se le entregó información complementaria, señalando que no se encuentra obligada al no referirse a ofertas públicas de venta de valores como señala el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores.

CUARTO.- El contrato de swap o permuta financiera es un contrato por el cual las partes contratantes se obligan al intercambio de ciertas cantidades de dinero en el futuro determinado con arreglo a una variable que suele ser los tipos de interés. Se encuentra dentro de la naturaleza jurídica de los contratos bilaterales y aleatorios, toda vez que la ganancia o la pérdida depende de las vicisitudes de la variable, que en éste caso son los tipos de interés. Igualmente son también productos financieros derivados que están vinculados a un valor subyacente o de referencia. Son productos derivados los futuros, las opciones, los warrants, las

opciones sobre futuros y los swaps. El principal objetivo de este tipo de contratos es la de cobertura frente a los riesgos derivados del cambio de los tipos de interés, precio de las materias primas o de los valores bursátiles.

El contrato está compuesto de un compromiso de cobro de dinero a futuro y compromiso de pago de dinero a futuro, denominándose también flujos de cobro o flujos de pago durante toda la duración del contrato, a cargo de una de las partes siendo incierto en el momento de celebración del contrato aquel de los dos que va a tener derecho de cobro u obligación de pago.

En el caso que nos ocupa el swap está referenciado con arreglo al tipo de interés. Forma parte de dicho contrato el notional o nominal que es la cantidad sobre la que se aplicará el tipo de interés. Son contratos que no se negocian en un mercado organizado con reglas específicas (OTC), y son de uso común entre las entidades financieras que utilizan un contrato marco y varos anexos (versión ISDA). La eficiencia de la utilización de un swap cualquiera que sea su uso, dependerá de conocimiento del mercado global de capitales y la eficiencia del mercado en la que estamos participando.

QUINTO.- El artículo 1261 del CC establece como uno de los requisitos de los contratos el consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y causa del contrato según el artículo 1262 CC, siendo nulo según el artículo 1265 si hubiera concurrido error, violencia, intimidación o dolo.

Es pues esencial en el sistema recogido en el Código Español que en el *iter* contractual se produzca la formación de una voluntad negocial de forma libre, informada claramente de los términos del contrato y de los derechos y obligaciones que conlleva, siendo pues relevante las negociaciones previas y la fase precontractual en la que se pone de manifiesto la información acerca del contrato, siendo en consecuencia plenamente consciente de aquello a lo que se obliga y los derechos que va adquirir en consecuencia.

Esta necesidad de formación de un consentimiento libre e informado lo es con mayor rigor en el ámbito de la contratación bancaria o con entidades financieras respecto de las que se ha puesto de manifiesto por el legislador la necesidad de transparencia en su contratación y adecuación de su conducta a las buenas prácticas bancarias, fundamentalmente por la desigualdad de condiciones en las que en muchas ocasiones se encuentran consumidores, Pymes, y otros comerciantes que contratan con una entidad con un alto grado de conocimiento en materia financiera, que gestiona sus productos financieros de forma estudiada y coordinada desde los respectivos órganos centrales de las entidades, y en las que generalmente existe poco margen de negociación, siendo más bien adhesión a productos ya creados, con un condicionado muy complejo adicionado en ocasiones con fórmulas matemáticas y financieras difíciles de comprender para al menos cierto número de la clientela que acude a los mismos, generando en la práctica la firma de los mismos sin una lectura exhaustiva, confiando en la información suministrada por la entidad respecto del producto contratado. La variedad de productos que ofrecen las entidades bancarias obliga a matizar la anterior afirmación toda vez que está generalizado el conocimiento de contratos sencillos y usuales como la apertura de cuenta bancaria, no siendo comparable con la complejidad de un contrato como el que nos ocupa de swap u otros productos de inversión. En consecuencia con ello la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores en su redacción vigente a la hora de celebrar el contrato de 2006 y 2007 declaraba incluidos en su ámbito de aplicación (art. 2 b) los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario oficial y por ende obligados ex art. 78.1 a respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o con habilitación de éste el Ministerio de Economía y en el artículo 79.1 que debían ajustar su conducta a la necesaria

diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollando una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesariamente sobre los mismos desarrollando tal previsión el RD 629/1993 de 3 de mayo entonces vigente cuando se celebró el contrato, que en su artículo 16 recogía la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones e incorporaba como Anexo un Código general de conducta en los mercados de valores en el que se establecía la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, suministrando a sus clientes toda la información de que dispongan relevante para la adopción de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, siendo la información a la clientela clara, correcta y precisa, siendo especialmente exhaustiva en los riesgos que cada operación conlleva, especialmente en los productos de alto riesgo de manera que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación y cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. (Vid Stc Jdo 1ª Inst nº 6 Guijón 21 enero 2010)

La actora señala que no se le entregó ningún folleto informativo. Con respecto a ello es exigible únicamente en los instrumentos de cobertura de tipos de interés asociados a operaciones de préstamo hipotecario (Memorias del Banco de España de 2007 y 2008), vulnerando en caso contrario los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias.

En el presente caso a la hora de determinar la existencia de vicio en el consentimiento por error en sus elementos esenciales invencible e inexcusable procede tomar en consideración las siguientes circunstancias del caso concreto:

-Se trata de un producto financiero derivado de alto riesgo que requiere una información igualmente completa, y detallada de sus condiciones y requisitos de cancelación.

-No se realizó por parte de la entidad bancaria test ni perfil de inversor que pudiera valorar el ajuste de tal producto a las necesidades del demandante más allá de su cobertura genérica de la subida de tipos de interés.

-No se entregó folleto informativo alguno que pueda constituir soporte informativo documentado que pueda justificar la información entregada, señalando la entidad bancaria que consistió únicamente en la información dada verbalmente por la entidad.

-Determinado clausulado concreto de dichos contratos que beneficia particularmente a la entidad bancaria requiere especial información sobre tales particulares con el fin de que el cliente pueda aceptar algo que es más arriesgado para una parte que para otra, o al menos le beneficia en su desenvolvimiento. Ello sucede en relación con la opción unilateral de conversión del banco que le permite unilateralmente, y se supone en función de sus intereses económicos, cambiarlo a variable, opción que no tiene la otra parte. Igualmente sucede con las sucesivas contrataciones que cancelan productos anteriores y que parecen tener como fin

fidelizar siempre al cliente a una duración de tres años, que en conjunción con lo anterior, es más arriesgada para el cliente en caso de que la situación económica le perjudique, manteniendo para el banco la opción de modificar el tipo de interés. A modo de ejemplo en el contrato celebrado en fecha 21 de septiembre de 2007 se fija como tipo fijo el 5%. De modo y manera que en el caso de que el tipo de interés baje hasta 4,48 % el cliente paga la diferencia de tipos hasta el 5% sobre el capital contratado y no puede variar ese tipo de interés fijo durante todo el contrato, pero si el tipo de interés sube o cuando el banco quiera, en teoría según el contrato el banco paga hasta un 5,75%, pero no se obliga a ello puesto que en cualquier momento puede cambiar el tipo a variable de manera que siempre obtiene o puede obtener el interés del dinero estipulado en el momento (variable) en el caso de que suban los tipos y en el caso de que bajen las cantidades pagadas por el cliente. A todo lo anterior hay que añadir que es el Banco quien determina las cantidades a satisfacer por el cliente en caso de cancelación y que en el contrato firmado de fecha 21 de septiembre de 2007 la única referencia a ello es que las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer en su caso, el pago por el Cliente del coste correspondiente. Igual referencia a la cancelación es la que se establece en el contrato de 2008 en el que se mantiene la opción de conversión unilateral fijando como tipo fijo 3,03%. La única referencia al procedimiento de cancelación del producto se encuentra en el contrato marco de 2006 en la cláusula novena que establece que *cualquiera de las partes podrá anticipar el vencimiento de la totalidad de las operaciones y por tanto del contrato con arreglo a lo dispuesto en las estipulaciones undécima a decimocuarta, cuando la otra parte, alguno de sus garantes o alguna de sus entidades especificadas, incurra en alguna de las siguientes causas de vencimiento anticipado*, remitiendo en cuando a la cancelación a voluntad del cliente al apartado 11.1 que establece que en tal caso *la parte no incumplidora podrá notificar a la parte incumplidora el vencimiento anticipado de todas las operaciones que en esos momento estén en vigor entre las partes al amparo del presente contrato marco fijando al efecto una fecha de vencimiento anticipado*. La cantidad a pagar se determina en la estipulación decimocuarta que señala que será la siguiente:

-Aplicando el criterio del 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 la 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 el equivalente en la moneda de liquidación de los importes impagados debidos a la parte incumplidora.

En el supuesto en que no fuera posible determinar un valor de mercado, o aún siendo posible el resultado no fuera comercialmente aceptable, la cantidad a pagar será una cantidad equivalente a la valoración sustitutiva de las operaciones, cuyo vencimiento se haya anticipado, y respecto de las cuales no sea posible determinar un valor de mercado.

A la cantidad a pagar resultante de aplicar lo dispuesto en los apartados anteriores se sumaran en su caso las cantidades pendientes de pago por la parte incumplidora (incluyendo los intereses devengados al tipo de interés aplicable) y se le restará las cantidades pendientes de pago por la parte no incumplidora (incluyendo los intereses devengados al tipo de interés aplicable) por operaciones amparadas por el contrato marco, que vencidas por causas diferentes a las del vencimiento anticipado, estuviesen pendientes de pago a la fecha del vencimiento anticipado. Si la cantidad



a pagar resultante fuera positiva, la parte incumplidora pagará a la parte no incumplidora; por el contrario si la cantidad a pagar fuera negativa la parte no incumplidora pagará el valor absoluto de esa cantidad a la parte incumplidora.

De la mera lectura de lo anterior se evidencia que su redacción es confusa al menos para una persona no experta en tales operaciones, siendo únicamente claro que el que efectúa dichas operaciones es la entidad financiera y conforme al valor de mercado salvo que no fuera comercialmente aceptable.

-De la declaración del actor se deduce que su formación académica equivale a la de estudios primarios, que le explicaron que podía cancelar cuando quisiera, señalando que le explicaron que le iban a dar 12.000 euros cada trimestre a fondo perdido durante tres años y al año tenía que devolver 48.000 euros, que cuando canceló le dio 34.000 euros y se quedó a cero. Igualmente no tiene experiencia inversora.

En conclusión, de todo lo anterior puede extraerse que no se informó debidamente a la parte por la entidad financiera del contenido del contrato que firmaba y de lo que es más importante de los riesgos que asumía, bien mediante una redacción clara y transparente de los términos del contrato, que no es así, bien mediante la entrega de folletos, que aún no estando obligados a ello, favorecería la comprensión de los usuarios del sistema bancario de los términos de un contrato tan complejo o asegurándose que contratan tales productos con clientes que por su formación o experiencia inversora se encuentran en situación de comprenderlos. Dicha obligación de información es más exigible en los casos, como el que nos ocupa, en el que existe una clara desproporción de riesgo, y por ello de beneficios entre la entidad bancaria y la parte, siendo muy elevado el que adquiere el cliente en tales operaciones, estando por el contrario de cierta manera la entidad bancaria blindada con la cláusula de conversión limitando las posibles pérdidas. Además de todo lo anterior la descripción de los riesgos, que fundamentalmente van asociados a las estipulaciones acerca de la cancelación, no se recogen en ninguno de los contratos firmados al amparo del contrato marco, años después, siendo el principal contenido que debe ser asumido por el cliente. La jurisprudencia como la SAP (secc 9ª) de Valencia de 26 de abril de 2006 entre otras señala que la carga de la prueba del correcto asesoramiento recae en el profesional financiero, que tiene la obligación de informar, máxime como en el caso que nos ocupa en que de la documentación de la contratación ni de la declaración de la parte se deduce ello, sino todo lo contrario.

Es por ello que se estima que existe error en la prestación del consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 1266, esencial puesto que recae fundamentalmente sobre su esencia, puesto que el cliente piensa que obtiene un anticipo de efectivo, y se asegura frente a la subida de tipos, y sobre sus riesgos, esencial en los productos financieros de alto riesgo. Dicho error es igualmente invencible e inexcusable. Ello es así puesto que para ello la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca, que no es así toda vez que la parte debe informarse de las condiciones del contrato sólo en la medida en que la información le sea accesible, hecho que en el presente caso no es así, siendo además el error imputable a la falta de información de la entidad. Igualmente es invencible toda vez que la diligencia media tiene en consideración las circunstancias de la persona que carecía de estudios específicos y de experiencia inversora.

SEXTO.- La consecuencia legal de la declaración de nulidad del contrato por vicio de error en el consentimiento conlleva con arreglo al 1301 CC la restitución de las cosas con sus frutos e intereses, de modo y manera que las partes tengan la

situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, anulándose los cargos y abonos de modo que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra. No procede la resolución de las pretensiones

SÉPTIMO.- Respecto de las costas procesales, no procede su imposición a ninguna de las partes, toda vez que se aprecia en la presente cuestión dudas de hecho y de derecho atendiendo a la jurisprudencia contradictoria en estos casos.

Vistos los anteriores preceptos y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de S.A. frente a Banco Santander Central Hispano, y en consecuencia **declaro nulo y sin efecto alguno** los contratos de “Swap de Tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock- Out” y del contrato “Swap convertible con Cap” de fechas 21 de septiembre de 2007 y 16 de diciembre de 2008 así como el “Contrato Marco de Operaciones Financieras” de Septiembre de 2006 en relación con los anteriores procediéndose en consecuencia a la anulación de los cargos y abonos efectuados por la demandada en la cuenta asociada a dicho contrato de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra condenando en caso de que dicho saldo fuera positivo para la actora a Banco Santander Central Hispano a la devolución de dichas cantidades junto el interés legal desde la fecha del cargo o abono, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la anterior resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de Apelación que se preparará ante este Juzgado en el plazo de cinco días.

Así lo acuerda, manda y firma María Victoria Muñoz González, Juez del Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 2 de Béjar.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplir lo dispuesto. Doy fe