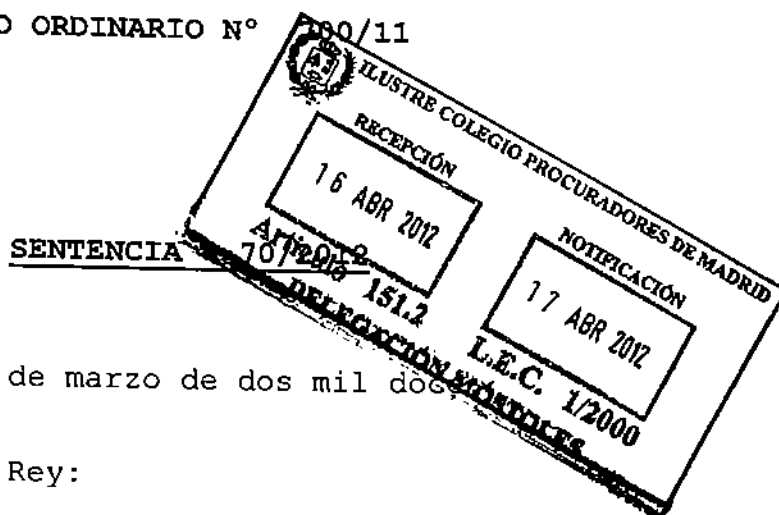


**JDO. PRIMERA INSTANCIA N.5
MOSTOLES**

SENTENCIA: 00070/2012

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO N°



En Madrid, a treinta de marzo de dos mil doce

En nombre de S.M. el Rey:

Vistos por la Sra. Dña. Beatriz López Frago, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de los de Móstoles, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO N° 700/11**, tramitados en este Juzgado a Instancia de

y representadas por el Procurador de los Tribunales D. Ernesto García-Lozano Martín, y asistidas por el Letrado D. Fernando Zunzunegui Pastor, contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Gómez García, y asistida por el Letrado D.

, sobre acción de nulidad contractual, y reclamación de cantidad, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. García-Lozano Martín, en la meritada representación, se interpuso demanda, que fue turnada a este Juzgado, en la que, tras alegar cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, terminaba suplicando, se dicte sentencia por la que se declare lo siguiente:

1.- Que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera relacionados en la tabla 3 de la presente demanda, y que de conformidad con el artículo 1303 del C.C. se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, con condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la Tabla 14, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, todo ello con los intereses legales que se hayan devengado, dejando, en su caso, sin efecto la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada.

2.- Subsidiariamente, se solicita que se declare el incumplimiento por parte de Banco de Santander de sus obligaciones contractuales esenciales en la venta-asesorada

de las permutas financieras relacionadas en la tabla 3 de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y de conformidad con el artículo 1124 y 1101 del C.C., se declare la resolución de los contratos que aún estuvieren vigentes y el resarcimiento de daños y abono de intereses que se concretan en la condena a Banco de Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por los clientes demandantes, según quedan expresadas en la Tabla 14, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, dejando en su caso, sin efecto las sumas exigidas en concepto de cancelación anticipada.

3.- Subsidiariamente se solicita que se declare que Banco de Santander ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de derivados en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, sobre los swaps relacionados en la Tabla 3 y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del artículo 1101 del C.C. se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada desde el momento en que debió avisar a los clientes, esto es, cuando las pérdidas ascendieran a más del 2% de sus fondos propios. A la indemnización determinada deberá añadirse los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, previa compensación con las liquidaciones abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, declarándose condonadas, en su caso, las sumas exigidas o que se pudieran exigir en concepto de cancelación anticipada y que excedan el indicado 2% de los fondos propios.

4.- De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha 24.05.11 se admitió a trámite la demanda declarándose este Juzgado competente para su conocimiento, y acordando sustanciar la misma por los trámites del Juicio Ordinario, emplazándose al demandado para que se persone y la conteste dentro del plazo legal. Con fecha 08.07.11 compareció en autos el Procurador Sr. Gómez García, en nombre y representación de la demandada, contestando a la demanda, y oponiéndose a la misma con base en los hechos y fundamentos de derecho en la misma contenidos y que se tienen por igualmente reproducidos en esta resolución, para terminar suplicando, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora. Por diligencia de ordenación de fecha 15.07.11 se tuvo por personado al Procurador Sr. Gómez García en nombre y representación de la demandada y por contestada la demanda, convocándose a las partes a la celebración de la Audiencia Previa prevista en el artículo 414 de la Lec, para el día 05.10.11. A dicho acto acudieron ambas partes con la representación y defensa designadas en el acta levantada al efecto. Abierto el acto, las partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba

por la actora se propuso la documental, más documental, el interrogatorio del legal representante de la demandada, el interrogatorio de testigos y la pericial de parte. Proponiéndose por la demandada la documental, el interrogatorio del legal representante de la actora, el interrogatorio de testigos y la pericial de parte. Admitida toda la propuesta, se señaló para que tuviera lugar el acto del Juicio el día 19.12.11 Llegado el cual, se procedió a la práctica de la prueba con el resultado que es de ver en los autos, acordándose conceder a las partes el plazo de cinco días para formular conclusiones por escrito, verificado lo cual, y expuestas por las partes sus conclusiones, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En autos se pretende por la parte actora con carácter principal, la declaración de nulidad de sendos contratos de permuta financiera suscritos por las actora con la demandada, subsidiariamente, la resolución de dichos contratos con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales, y subsidiariamente, acción de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los derivados objeto del presente procedimiento.

Alega en síntesis la actora, como fundamento de su pretensión los siguientes hechos:

1.- Las entidades actoras son mercantiles dedicadas a la construcción y promoción inmobiliaria, formando en la actualidad una unidad económica pues desde el 08.04.08

(en lo sucesivo) es propietaria del 100% de las participaciones sociales de (en lo sucesivo). En el ejercicio de dicha actividad acudieron en el año 2006 a la entidad bancaria demandado con el objeto de obtener financiación.

Suscribiendo al efecto un préstamo hipotecario con la demandada el 05.05.06 por importe de 3.300.000 €, fijándose un plazo de duración de tres años, debiendo ser devuelto el importe del préstamo en una única cuota que se pagará el día del vencimiento, esto es el día 05.05.09. El tipo de interés (remuneratorio) pactado fue el de 3,65 fijo anual durante un año, que se abonaría los días 05 de agosto y de noviembre de 2006 y febrero y mayo de 2007. A partir de ese primer año el tipo de interés nominal anual sería variable, y se determinaría mediante la adición de un margen constante de 0,65 puntos al interés de referencia (Euribor a un año).

En el curso de las negociaciones previas sobre las condiciones del préstamo, el banco recomendó al cliente una

cobertura de tipos de interés, siéndole remitida al Sr. (administrador de la mercantil actora) una presentación personalizada de dicha recomendación. Y posteriormente, en septiembre de ese año se entregó una nueva presentación sobre cobertura "Swaps Bonificados: Reversible Media". Producto que finalmente fue contratado en octubre de ese mismo año, en concreto el 20.10.06 con un nocional de 3.300.000 €. Suscribiéndose por la actora el correspondiente Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y el documento de confirmación. Con posterioridad y ante los problemas y consecuencias que la contratación de este producto generó a la actora, la demandada, en diciembre de 2007 le aconseja una reestructuración del mismo, procediéndose a la cancelación de swap contratado inicialmente y suscribiéndose otro denominado "Swap de tipo de interés con opción de conversión unilateral" que fue contratado el 21.12.07 en que la actora suscribió el correspondiente CMOF y el documento de confirmación. Procediéndose finalmente a una nueva reestructuración que determinó que el 05.06.08 la actora suscribiera el producto denominado "Swap flotador y convertible con Cap". Aún cuando firmó con la demandada una novación del préstamo por el importe pendiente de amortizar (2.700.698, 59 €) el nominal de los swaps colocados no reflejó esa disminución de riesgo de los tipos de interés .

2.- En el caso de , dicha entidad necesitaba contratar un producto que le aportara liquidez, un crédito, razón por la cual acudió igualmente a la entidad demandada, iniciándose una negociación para la suscripción de un crédito con un límite de 756.000 € en el curso de la cual el banco exigió la firma del primer swap como condición para la suscripción del crédito. Así con fecha 08.11.07 la actora suscribe el producto "Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral", con un nocional de 10.000.000 €, firmando el correspondiente CMOF y la confirmación, y el día siguiente se suscribe un crédito, con garantía hipotecaria, por un límite de 756.000 €, y 19 días después, esto es el 28.11.2007 se firma un nuevo crédito con garantía hipotecaria con un límite de 265.000 €. Posteriormente este producto es cancelado y sustituido por otro suscrito el 09.04.08 y denominado "Opciones de tipos de interés collar con barrera Knock-in en el floor".

3.- En ambos casos el banco aconsejó a las actoras la contratación de estos productos haciéndoles creer que se trataba de instrumentos de cobertura ante el riesgo de subida de los tipos de interés. Y los mismos fueron suscritos con el asesoramiento previo del Banco, sin que por parte de éste se realizara a los clientes un test de idoneidad sobre los objetivos de inversión. Pero en ningún momento se explicó a los clientes detalladamente en qué consistían los productos contratados, ni se detallaron los riesgos que entrañaban las operaciones, es más los propios comerciales de la entidad bancaria parecían no conocer bien los productos, por lo que difícilmente podían informar adecuadamente de los mismos. No se informó a los clientes del riesgo de liquidaciones negativas y el elevado importe de las mismas, como tampoco del astronómico importe del coste de cancelación anticipada, que en caso de ascendía a 979.110,17 € y en el de

a 292.700 €. Como tampoco se informó al cliente de las previsiones de evolución de los tipos de interés y de su concreción en un escenario de elevadas pérdidas. Instándoles en definitiva a suscribir un producto que no cumple la función perseguida por el cliente y que erróneamente se consideraba que cumplían los productos contratados, y que por el contrario a quien sí beneficia es a la entidad bancaria, quien se protege a costa de los clientes ante la bajada de tipos de interés y por otro lado cobra unas comisiones ocultas muy elevadas (en total 409.792€). Existiendo así un conflicto de intereses.

Concluyendo igualmente la parte demandante que para entender los documentos firmados hay que poseer unos importantes conocimientos sobre instrumentos financieros, conocimientos de los que sus administradores carecían.

4.- La contratación de los referidos productos ha supuesto unas pérdidas, hasta la interposición de la demanda y respecto a de 71.988,23 € y respecto a de 245.119,45 €. Ello una vez compensadas las liquidaciones positivas que hubo en un primer momento.

5.- Por lo anterior se pretende la nulidad de los referidos contratos por falta de consentimiento en los mismos, toda vez que las actoras suscribieron los swaps en la creencia que contrataban productos de cobertura frente a la subida de tipos de interés y en realidad los productos contratados no responden a esa finalidad. Porque en todo caso la entidad Bancaria (que actuó además como asesora en la venta de los productos) no informó correctamente a las actoras de las características de los productos y en particular de su complejidad, riesgos de los mismos, previsibilidad de resultados negativos, coste de cancelación anticipada.. Careciendo de otro lado las entidades actoras de las características y conocimientos para formalizar dichos contratos, incumpliendo la demandada las obligaciones legalmente impuestas y su propio código de contratación al ofrecer dichos productos a empresas del tipo de las actoras. Y para el caso de no estimarse la nulidad, se interesa subsidiariamente la resolución de los mismos ante el grave incumplimiento de la demandada en sus obligaciones en particular en las que debía haber observado en la venta asesorada, y subsidiariamente se reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones de diligencia lealtad e información.

Frente a dicha pretensión se opone la parte demandada, alegando en síntesis lo siguiente:

1.- En relación con los productos suscritos, y en general con los derivados, los mismos son instrumentos financieros cuyo valor deriva de la evolución de los precios de otros activos denominados subyacentes. Parte de los productos derivados se negocian en el mercado español de futuros y opciones financieras. Otra parte de los productos derivados (entre ellos los SWAP), no supervisados por la CNMV, se negocian en el denominado mercado secundario no oficial u OTC. Finalmente, otra parte ni se supervisan por la CNMV, ni se negocian en mercados regulados.

En España la práctica habitual en su contratación consiste en la firma, en primer lugar de un Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) elaborado por la Asociación Española de Banca (AEB), y posteriormente suscribir un documento de confirmación, con las condiciones particulares de cada operación. Siendo ésta la mecánica seguida en el presente caso.

2.- Un Swap o permuta financiera, es un contrato en virtud del cual las partes acuerdan intercambiar flujos de dinero durante un periodo específico de tiempo según una determinada regla, es decir, permuta los flujos de caja (cobros y pagos) generados en una operación financiera por los de la otra). Y dentro de estas estructuras las más comunes son las de tipos de interés, ligados a inflación, de divisas, materias primas, o de acciones. Siendo una de sus características principales que no existe transmisión de capitales, de forma que la cantidad principal sobre la que se calculan los intereses de un swap es puramente nocional, ya que los intercambios de principal nunca tienen lugar, y éste sólo se tiene en cuenta para el cálculo.

El swap de tipos de interés a su vez, es un contrato en el que dos partes acuerdan, durante un periodo de tiempo determinado, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. Y dentro de éstos, el más habitual es aquel en el que una de las partes paga intereses a un tipo variable en función del Euribor, mientras que la otra lo hace a un tipo de interés fijo.

Es un contrato especialmente diseñado para los casos en los que se espera que la tendencia de los tipos mantenga una determinada línea en el medio y largo plazo, siendo una de sus aplicaciones más comunes la gestión de los riesgos financieros y el control y reducción de costes de financiación, aunque también puede ser usado como producto de inversión sin relación con la deuda de quien lo contrata.

3.- En relación con las actoras, las mismas no pueden ser consideradas como consumidores. En concreto, por lo que se refiere a _____, su administrador D.

_____, participaba también en la administración de un elevado número de sociedades que operan tanto en el ámbito de la promoción inmobiliaria como el de los servicios financieros. Dicha entidad, junto con otras del mismo grupo constaba con una dirección general y una dirección financiera, y su cifra neta de negocios en 2006 ascendía a 17.732.982,43 €. Por lo que se refiere a _____,

_____, también es administrador de la misma el Sr. _____ y sus hermanas, y su cifra neta de negocios en 2007 ascendía a 15.754.873,30 €. Y en todo caso ambas sociedades, junto con otras formaban un grupo empresarial de relativa importancia en el sector de la promoción inmobiliaria.

4.- Incierto que la demandada condicionara la concesión del préstamo hipotecario a la suscripción de los swaps. Por el contrario, solicitada por parte de _____ la concesión de un préstamo hipotecario por importe de 3.300.000 €, la demandada, tras estudiar la operación y en cumplimiento de la normativa legal, ofreció a la deudora instrumentos de

cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, y ante el interés mostrado por , personal especializado de la demandada informó a los administradores de la actora sobre diversas propuestas de contrato. De forma tal que habiéndose suscrito el préstamo hipotecario en mayo de 2006, y ante la constante subida de los tipos de interés se plantea nuevamente en septiembre de ese año la posibilidad de suscribir un contrato de permuta financiera, el cual es finalmente suscrito el 20.10.06. Siendo en todo momento informada la actora de las condiciones y características de dicho contrato, así como de la posibilidad de que la rentabilidad final del mismo fuera negativa.

En cuanto a los contratos suscritos por , ésta entidad solicitó a principios de octubre de 2007 el estudio de la concesión de diversos productos financieros, entre ellos un crédito o préstamo con garantía hipotecaria por importe de 750.000 €. En el curso del estudio de dicha operación se informó igualmente a la actora de la posibilidad de suscribir un producto de cobertura del riesgo de subida de tipos de interés. Propuesta que fue aceptada por los administradores de la actora, quienes propusieron que el mismo se extendiera no solo al importe del principal objeto del préstamo solicitado, sino a la financiación contratada a tipo variable por dicha entidad con otras entidades financieras. En todo momento la actora fue debidamente informada de las características de la operación por el especialista de tesorería de la demanda, decidiendo la actora suscribir el 08.11.2007 el contrato de permuta sobre un nocional de 10.000.000 €.

Todo ello ya que según el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2003, de 25 abril, de medidas de reforma económica, la entidad bancaria estaba obligada a proporcionar a los clientes (deudores hipotecarios) fórmulas de cobertura sobre el riesgo de subidas en el tipo pactado.

5.- Una vez suscrito este último contrato por , la administración de consideró más apropiado, por sus flujos de caja, suscribir un tipo de permuta similar al suscrito por , lo cual dio lugar a la cancelación del primer swap suscrito por y la suscripción del contrato de 21.12.07.

A partir de abril de 2008 y ante la volatilidad de la situación del mercado las actoras plantean la posibilidad de cancelar anticipadamente ambos swaps y suscribir otros en los que el intervalo de tipos fuera más amplio, lo que da lugar a nuevas propuestas por parte de la demandada, debidamente explicadas a la administración de la actora, y que determinaron la cancelación de los contratos existentes y la suscripción de otros dos nuevos.

6.- Es a partir de marzo de 2009, y ante la situación de crisis financiera cuando se produce el desplome de tipos de interés que da lugar a que comiencen a girarse liquidaciones negativas. Habiendo sido informadas en todo momento por la demandada de la situación y evolución del mercado y de los contratos.

7.- Las demandantes consideradas individualmente y como integrantes de un grupo de empresas tienen la consideración

de profesional, por lo que no le resulta de aplicación la protección que la normativa otorga al cliente minorista. La contratación de los swaps no puede considerarse encuadrada dentro de una relación de asesoramiento, sino que la demandada ofreció a las actoras los contratos de cobertura en cumplimiento de la normativa vigente. No existiendo ningún condicionamiento para la suscripción de dichos contratos, y no adoleciendo el clausulado de los mismos de oscuridad determinante de nulidad.

8.- Tampoco existe conflicto de intereses. Por el contrario la previsión de la evolución de los tipos de interés en 2007 era alcista, y nadie podía prever la fuerte bajada operada como consecuencia de hechos tales como la quiebra de Lehman Brothers o Morgan Stanley. Resultando igualmente incierto que la demandada ocultara a las actoras información acerca de los riesgos de la operación.

Todo lo cual lleva a concluir que no ha existido vicio del consentimiento y que la parte demandante era conocedora de los términos del contrato y de los riesgos asumidos en el mismo. Se invoca, por último, la doctrina de los actos propios y del retraso desleal.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, de la documental obrante en autos se desprende lo siguiente:

1.- La entidad (representada por D. y D. en su condición de Consejeros Delegados mancomunados) formalizó el 05.05.06 escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad demandada. En dicho contrato se obligaban también como avalistas las entidades (representada por D. ; , (representada por D.), y , (representada por D.).

El referido contrato de préstamo hipotecario se formalizaba por un principal de 3.300.000 €. Estableciéndose como plazo de amortización del mismo el de tres años a contar desde la fecha de la escritura, debiendo ser devuelto el referido capital en una única cuota que se pagará el día del vencimiento del préstamo, esto es el 05.05.09 El interés ordinario quedó fijado, a contar desde el otorgamiento y durante un año en un 3,65% anual, que se liquidará y pagará al Banco con carácter vencido los días 05 de agosto y noviembre de 2006 y febrero y mayo de 2007. Transcurrido el plazo de devengo de interés fijo, el interés nominal anual aplicable al capital del préstamo dispuesto y pendiente de amortizar tendrá carácter variable, Euribor a un año + 0,65 puntos, comenzando el periodo de cómputo los días 05 de mayo de cada año, y debiendo ser abonados los mismos los días 05 de agosto, noviembre, febrero y mayo de cada año (documento nº 23 de la demanda).

2.- Con fecha 20.10.06, se firmó por (representada por D. y D.) y la demandada un "Contrato Marco de Operaciones Financieras" (CMOF), del que interesa destacar que su objeto era regular las condiciones en que se efectuarán las operaciones

financieras concretas que en lo sucesivo se pudieran convenir a su amparo, mediante la suscripción del correspondiente documento de Confirmación, que junto con el contrato marco constituyen una "relación negocial única". Este CMOF es elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB), según se refleja en el mismo. En el CMOF se enumeran, con carácter meramente enunciativo, una serie de operaciones que pueden convenirse, entre ellas las Permutas Financieras o SWAPS, enumerando sus distintas modalidades: de tipos de interés o IRS, de tipos de intereses o BASIC SWAPS, de divisa o CURRENCY SAWPS, mixta de divisa y tipos de interés o CROSS-CURRENCY RATE SAWAPS, de materias primas COMMODITY SWAPS, de acciones o de índices de acciones o EQUITY SWAPS/EQUITY INDEX SWAPS, y de cualquier tipo que se negocie en los mercados financieros. Operaciones de tipos de interés a plazo FRA; Operaciones de Opciones y Futuros, en mercados no organizados, sobre: tipos de interés (CAPS, COLLARS, FLOORS), divisas, materias primas, valores de renta fija, valores o índices de valores de Renta Variable; de cualquier tipo que se negocien en los mercados financieros; operaciones de compraventa de divisas (FX), al contado y a plazo; Cualquier combinación de las anteriores, operación similar o cualquiera de análoga naturaleza que se especifique en la correspondiente confirmación (documento 6 de la contestación de la demanda).

Y con esa misma fecha se suscribe el conocido como documento de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (SWAP BONIFICADO REVERSIBLE MEDIA), aportado como doc. 6 de la demanda. Su contenido y sistema de funcionamiento del producto explicado en el anexo del mismo, es el siguiente:

-Se trata de una permuta financiera de tipos de interés. En esta operación el Banco paga trimestralmente un tipo variable (Euribor 12 M) fijado al inicio de cada periodo de cálculo trimestral. Y el cliente paga anualmente: i) el tipo fijo correspondiente .-3,80%.- (si el tipo variable medio trimestral resulta ser igual o inferior al tipo barrera Knock-in correspondiente .- 4,20%.-), o ii) el tipo variable medio trimestral menos el diferencial correspondiente, en su caso (si el tipo variable medio trimestral resulta ser superior al tipo barrera Knock-in correspondiente .- 4,20%.-). Esto es, el cliente recibiría trimestralmente el Euribor 12 M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente el Euribor 12 M medio trimestral.

El tipo de interés variable media trimestral se define mediante la media aritmética de los cuatro datos del tipo de interés Euribor 12 M del inicio de cada uno de los trimestres que integran cada periodo anual definido en el contrato.

Según el anexo esta operación puede definirse como un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el Banco en el que el cliente recibe trimestralmente el Euribor 12 M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar anualmente el tipo fijo correspondiente, siempre y cuando la media aritmética de las cuatro fijaciones del Euribor 12 M al inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que se trate, no supere el valor de referencia (tipo barrera) correspondiente.

Si esto sucede, el cliente quedará referenciado, en ese periodo a tipo de interés variable: recibirá el Euribor 12 M y pagará al Banco la media aritmética a que se refiere el párrafo anterior.

En dicho anexo se reflejan también las siguientes consideraciones:

- a) el margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierta por este producto.
- b) la cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1/la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2/la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del presente producto.
- c) 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.

-Conocimiento de los riesgos en la operación: "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. 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".

El notional de este contrato se establece en 3.300.000 € y el vencimiento el 23.10.2011

3.- El 21.12.07 (representada por el Sr. como administrador de la misma) suscribe con la demandada Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral) por medio de la cual las partes acuerdan la cancelación anticipada de la operación anteriormente descrita y confirman la nueva operación (documento nº 7 de la demanda). *Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, siendo la contratación de la nueva operación condición necesaria para la cancelación de la operación existente.*

Esta nueva operación se define como Permuta Financiera de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral por parte del Banco, en la que el Banco paga trimestralmente un tipo variable (Euribor 3 M) fijado al inicio de cada periodo trimestral y, mientras el Banco no ejercite la Opción de Conversión Unilateral, el Cliente paga trimestralmente un tipo fijo. Si el Banco ejercitase la Opción de Conversión Unilateral, el Cliente dejará de pagar trimestralmente un tipo fijo y pasará a pagar trimestralmente el tipo variable (Euribor 3 M).

Esta nueva operación es un intercambio de tipos de interés entre el Cliente y el Banco en el que el Cliente recibe trimestralmente el Euribor 3 M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente un tipo fijo, inferior al que habría contratado en la versión no convertible de este producto, y en el que el Banco tiene la

posibilidad, en las fechas determinadas a tal efecto en la confirmación, de ejercitar la opción de conversión unilateral y convertir los términos de la operación de forma que el Cliente pasa a pagar un tipo variable.

La conversión unilateral prevista en la confirmación transforma la operación de modo que el Cliente deja de pagar el tipo fijo para pagar el Euribor 3 M fijado al inicio de cada periodo trimestral menos un diferencial y no afecta al periodo de cálculo en curso que se liquidará como si la conversión no se hubiera producido.

Al ser convertible unilateralmente por el Banco, el Cliente desconoce los periodos en los que la operación va a pagar tipo fijo. El cliente queda protegido ante subidas de tipos de interés al estar referenciado a tipo fijo, en tanto la operación no se convierta y a cambio asume el riesgo de perder la protección de producirse la conversión.

Este producto es adecuado para clientes que a cambio de estar referenciados a un tipo fijo durante los primeros cuatro periodos trimestrales, acepten el riesgo de quedarse referenciados a tipo fijo (aunque el tipo de interés de mercado esté por debajo de dicho tipo fijo) o de perder la protección y quedarse expuesto a tipo variable menos un diferencial a partir de que la operación se convierta (aunque el tipo de interés de mercado haya experimentado un incremento).

Por tanto el producto es consistente con una visión de estabilidad o subida moderada de los tipos de interés a corto plazo, asumiendo el riesgo de conversión, o si se produjera una bajada de tipos, asumiendo una posición de menor pérdida respecto del tipo de interés de mercado que en la misma permuta contratada en su modalidad no convertible.

Se describen en el anexo los siguientes escenarios:

1/Si no se ha producido la conversión a tipo variable:

-Euribor 3M < 4,48%, liquidación neta negativa para el cliente, que recibe Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga el 4,48%.

-Euribor 3 M = 4,48%, liquidación neta neutral para el cliente.

-Euribor 3 M > 4,48%, liquidación neta positiva para el cliente que recibe Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga 4,48%.

2/ Si se ha producido la conversión a tipo variable: En todos los escenarios el cliente recibe Euribor 3 M menos el diferencial, por lo que la liquidación para el cliente será positiva.

En dicho anexo se reflejan también las siguientes consideraciones:

a)el margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierta por este producto.

b)la cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1/la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2/la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del presente producto.

c) 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.

-Conocimiento de los riesgos en la operación: "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. 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".... El cliente reconoce que la presente Operación queda enmarcada en el ámbito del servicio de asesoramiento por el Banco Santander y se basa en el resultado positivo de la evaluación de la idoneidad realizada por el mismo de forma implícita en la Propuesta de Inversión puesta a su disposición con anterioridad, donde se han valorado sus objetivos de inversión, y en su caso, sus conocimientos y experiencia y su situación financiera. En este contrato se mantiene el nocional y el vencimiento tiene lugar el 27.12.12.

4.- El día 03.06.08, (representada por su administrador Sr.) y la entidad demandada suscriben un nuevo documento de Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés (SWAP FLOTADOR Y CONVERTIBLE CON CAP) por medio de la cual las partes acuerdan la cancelación anticipada de la operación anteriormente descrita y confirman la nueva operación (documento nº 8 de la demanda). *Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, siendo la contratación de la nueva operación condición necesaria para la cancelación de la operación existente.*

Esta nueva operación se define como permuta financiera de Tipos de Interés en la que el Banco paga trimestralmente el Tipo Variable de referencia fijado al inicio de cada periodo de Cálculo trimestral, y a cambio, el cliente paga trimestralmente: i) el Tipo Variable de referencia, si el Tipo Variable de Referencia es superior o igual al Tipo Barrera inferior correspondiente e inferior o igual al Tipo Cap correspondiente; o ii) el Tipo Cap correspondiente, si el Tipo Variable de Referencia es superior al tipo Cap correspondiente; o iii) el Tipo Fijo correspondiente, si el Tipo Variable de Referencia es inferior al Tipo Barrera inferior correspondiente.

Los flujos del swap flotador son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera Knock-in por parte del cliente, más la compra de una opción cap por parte del cliente.

Dicha operación consiste:

1.- Durante una primera fase un intercambio de tipos de interés entre el Cliente y el Banco en el que el cliente recibe trimestralmente el Euribor 3M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente el Euribor 3 M, con un máximo igual al tipo Cap, salvo que el Euribor 3 M sea menor que el tipo barrera inferior, en cuyo caso pagará tipo fijo; y

2.- Durante una segunda fase un intercambio de tipo de interés entre el cliente y el banco en el que el cliente recibe trimestralmente el Euribor 3 M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente un tipo fijo, inferior al que habría contratado en la versión no convertible de este producto, y en el que el Banco tiene la posibilidad, en las fechas determinadas a tal efecto en la confirmación, de ejercitar la opción de conversión unilateral y convertir los términos de la operación de forma que el Cliente pasa a pagar un tipo variable que nunca será superior a un tipo máximo determinado (tipo cap).

Si a partir de la primera fecha en la que el Banco puede ejercitar la opción de conversión y mientras el Banco no haya ejercitado dicha opción, el tipo variable de cualquier periodo resulta ser superior al tipo cap, el tipo a pagar por el cliente para ese periodo será igual al tipo fijo menos la diferencia entre el tipo variable y el tipo cap.

La conversión unilateral prevista en la confirmación transforma la operación de modo que el Cliente deja de pagar el tipo fijo para pagar el Euribor 3 M fijando al inicio de cada periodo trimestral o el tipo cap, si el Euribor 3 M es superior al tipo cap, y no afecta al periodo de cálculo en curso que se liquidará como si la conversión no se hubiera producido.

Al ser convertible unilateralmente por el Banco, el Cliente desconoce los periodos en los que la operación va a pagar tipo fijo. El cliente queda protegido ante subidas de tipos de interés al estar referenciado a tipo fijo, y si la operación se convierte no pierde la protección sino que sigue teniendo protección pero a un tipo superior, el tipo cap.

Este producto es adecuado para clientes que durante una primera fase quieran quedarse referenciados a tipo variable, a cambio del riesgo de pagar un tipo fijo (superior al tipo variable que recibirán) si los tipos de interés bajan hasta situarse por debajo del tipo barrera inferior; para posteriormente estar referenciados a tipo fijo. Dadas las características de la permuta financiera con opción de conversión, al riesgo habitual para el Cliente de bajada de tipos cuando se contrata una operación a tipo fijo, se suma el de que el nivel de protección se traslade a un nivel más alto si la operación se convierte.

Por tanto el producto es consistente con una visión de los tipos de interés de bajada moderada durante la primera fase, y de subidas moderadas durante la segunda fase, asumiendo el riesgo de conversión, o si se produjere una bajada de tipos, asumiendo una posición de pérdida respecto del tipo de interés de mercado, aunque menor que en una misma permuta contratada en su modalidad no convertible.

Se describen en el anexo los siguientes escenarios:

Durante la primera fase, siendo el tipo barrera inferior el 3,75%, el tipo fijo 4,48% y el tipo cap el 6,30% en cada uno de los periodos y en función de la evolución del tipo variable de referencia, pueden darse los siguientes escenarios:

-Euribor 3M < 3,75%, liquidación neta negativa para el cliente que recibe en Euribor 3m de las fechas de fijación y paga el 4,48%. En este escenario la liquidación negativa

mínima sería de 0,73% en contra del cliente. Tanto más negativa cuanto menor sea el Euribor 3 M

-Euribor 3 M $> \text{ó} =$ que 3,75% y $< \text{ó} =$ que 6,30%, liquidación neta neutral para el cliente.

-Euribor 3M mayor que 6,30% liquidación positiva para el cliente que recibe el Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga el 6,30% (tipo cap). Tanto más positiva cuanto mayor es el Euribor 3 M.

Durante la segunda fase, siendo el tipo fijo el 4,48% y el tipo cap el 6,30% en cada uno de los periodos y en función de la evolución del tipo variable de referencia, pueden darse los siguientes escenarios:

a) Si no se ha producido la conversión a tipo variable:

-Euribor 3M $< 4,48\%$, liquidación neta negativa para el cliente, que recibe el Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga el 4,48%. Tanto más negativa cuanto menor sea el Euribor 3M.

-Euribor 3M $= 4,48\%$, liquidación neta neutral para el cliente.

-Euribor 3M mayor que el 4,48%, liquidación neta positiva para el cliente, que recibe el Euribor 3M de las fechas de fijación y paga el 4,48%. Tanto más positiva cuanto mayor sea el Euribor 3M.

A partir de la primera fecha de conversión unilateral, si el Euribor 3 M es superior al tipo cap, el análisis sería el mismo pero comparando el Euribor 3 M con un tipo fijo inferior (tipo fijo menos la diferencia entre el Euribor 3M y el tipo Cap).

b) Si se ha producido la conversión a tipo variable:

-Euribor 3 M $< \text{ó} =$ que 6,30%, liquidación neta neutral para el cliente.

-Euribor 3 M $> 6,30\%$, liquidación neta positiva para el cliente, que recibe el Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga el 6,30% (tipo cap). Tanto más positiva cuanto mayor sea el Euribor 3 M.

En dicho anexo se consignan también las siguientes consideraciones:

a) La conversión a tipo variable viene determinada por las operaciones de mercado que el Banco necesita realizar para la contratación del producto. En este sentido, la conversión a tipo variable, una vez decidida unilateralmente por el Banco, es irrevocable ya que, en caso contrario, se producirían pérdidas para el Banco.

b) 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.

En dicho contrato se mantiene el nocional y su fecha de vencimiento es el 05.06.11.

Como consecuencia de los tres contratos de swap anteriormente descritos se han producido las siguientes liquidaciones:

23/01/07 liquidación positiva a favor de la actora por importe de 31.937,03 €

23/04/07 liquidación positiva a favor de la actora por importe de 33,594 €

23/07/07 liquidación positiva a favor de la actora por importe de 35.510,48 €
23/10/07 liquidación negativa contra la actora por importe de 88.424,24 €
27/03/08 liquidación positiva a favor de la actora por importe de 2.452,45 €
05/09/08 liquidación neutral
05/12/08 liquidación neutral
05/03/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 6.080,25 €
05/06/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 22.609,77 €
05/09/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 27.745,67 €
05/12/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 30.622,26 €

5.- La demandante , (representada por Dña. y Dña.), suscribió con la demandada el día 04.11.07 "Contrato Marco de Operaciones Financieras" (CMOF), del que interesa destacar que su objeto era regular las condiciones en que se efectuarán las operaciones financieras concretas que en lo sucesivo se pudieran convenir a su amparo, mediante la suscripción del correspondiente documento de Confirmación, que junto con el contrato marco constituyen una "relación negocial única". Este CMOF es elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEB), según se refleja en el mismo. En el CMOF se enumeran, con carácter meramente enunciativo, una serie de operaciones que pueden convenirse, entre ellas las Permutas Financieras o SWAPS, enumerando sus distintas modalidades: de tipos de interés o IRS, de tipos de intereses o BASIC SWAPS, de divisa o CURRENCY SWAPS, mixta de divisa y tipos de interés o CROSS-CURRENCY RATE SWAPS, de materias primas COMMODITY SWAPS, de acciones o de índices de acciones o EQUITY SWAPS/EQUITY INDEX SWAPS, y de cualquier tipo que se negocie en los mercados financieros. Operaciones de tipos de interés a plazo FRA; Operaciones de Opciones y Futuros, en mercados no organizados, sobre : tipos de interés (CAPS, COLLARS, FLOORS), divisas, materias primas, valores de renta fija, valores o índices de valores de Renta Variable; de cualquier tipo que se negocien en los mercados financieros; operaciones de compraventa de divisas (FX), al contado y a plazo; Cualquier combinación de las anteriores, operación similar o cualquiera de análoga naturaleza que se especifique en la correspondiente confirmación (documento 9 de la contestación de la demanda).

Y con esa misma fecha se suscribe el conocido como documento de documento de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (SWAP DE TIPOS DE INTERÉS CON OPCIÓN DE CONVERSIÓN UNILATERAL). Esta operación se define como Permuta Financiera de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral por parte del Banco, en la que el Banco paga trimestralmente un tipo variable (Euribor 3 M) fijado al inicio de cada periodo trimestral y, mientras el Banco no ejercite la Opción de Conversión Unilateral, el Cliente paga trimestralmente un tipo fijo. Si el Banco ejercitase la Opción de Conversión Unilateral, el Cliente dejará de pagar trimestralmente un tipo fijo y pasará a pagar trimestralmente el tipo variable

(Euribor 3 M), menos un diferencial (documento nº 4 de la demanda).

Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta por parte del Cliente de una Opción sobre una permuta financiera de tipos de interés ejercitable trimestralmente a partir del primer año (opción swaption bermuda). El importe de la prima de la opción vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la permuta financiera de tipos de interés.

Su contenido y sistema de funcionamiento del producto explicado en el anexo del mismo, es el siguiente:

Es un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco en el que el cliente recibe trimestralmente el Euribor 3M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente un tipo fijo, inferior al que habría contratado en la versión no convertible de este producto, y en el que el Banco tiene la posibilidad, en las fechas determinadas a tal efecto en la confirmación, de ejercitar la opción de conversión unilateral y convertir los términos de la operación de forma que el cliente pasa a pagar un tipo variable.

La conversión unilateral prevista en la confirmación transforma la operación de modo que el Cliente deja de pagar el tipo fijo para pagar el Euribor 3 M fijado al inicio de cada periodo trimestral menos un diferencial y no afecta al periodo de cálculo en curso que se liquidará como si la conversión no se hubiera producido.

Al ser convertible unilateralmente por el Banco, el Cliente desconoce los periodos en los que la operación va a pagar tipo fijo. El cliente queda protegido ante subidas de tipos de interés al estar referenciado a tipo fijo, en tanto la operación no se convierta y a cambio asume el riesgo de perder la protección de producirse la conversión.

Este producto es adecuado para clientes que a cambio de estar referenciados a un tipo fijo durante los primeros cuatro periodos trimestrales, acepten el riesgo de quedarse referenciados a tipo fijo (aunque el tipo de interés de mercado esté por debajo de dicho tipo fijo) o de perder la protección y quedarse expuesto a tipo variable menos un diferencial a partir de que la operación se convierta (aunque el tipo de interés de mercado haya experimentado un incremento).

Por tanto el producto es consistente con una visión de estabilidad o subida moderada de los tipos de interés a corto plazo, asumiendo el riesgo de conversión, o si se produjera una bajada de tipos, asumiendo una posición de menor pérdida respecto del tipo de interés de mercado que en la misma permuta contratada en su modalidad no convertible.

Se describen en el anexo los siguientes escenarios:

1/Si no se ha producido la conversión a tipo variable:

-Euribor 3M < 4,40%, liquidación neta negativa para el cliente, que recibe Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga el 4,40%.

-Euribor 3 M = 4,40%, liquidación neta neutral para el cliente.

-Euribor 3 M > 4,40%, liquidación neta positiva para el cliente que recibe Euribor 3 M de las fechas de fijación y paga 4,40%.

2/ Si se ha producido la conversión a tipo variable: En todos los escenarios el cliente recibe Euribor 3 M menos el diferencial, por lo que la liquidación para el cliente será positiva.

En dicho anexo se reflejan también las siguientes consideraciones:

- a) El margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierta por este producto.
- b) La cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1/la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2/la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación de intereses de la permuta.
- c) La conversión a tipo variable viene determinada por las operaciones de mercado que el Banco necesita realizar para la contratación del producto. En este sentido, la conversión a tipo variable, una vez decidida unilateralmente por el Banco, es irrevocable ya que, en caso contrario, se producirían pérdidas para el Banco.
- d) 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.

-Conocimiento de los riesgos en la operación: "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. 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".

La finalidad de esta operación es cubrir el riesgo de interés de todas las operaciones de financiación bancaria que tenía vigente la actora. En ese momento, según el CIRBE de noviembre de 2007, tenía una financiación bancaria otorgada por un total de 17.333.000 € por parte de diversas entidades financieras. El nocional de dicho contrato se fija en 10.000.000 €, y su vencimiento el 12.11.12.

6/ Con fecha 09.11.07 la demandante (representada por Dña. y Dña.) suscribieron con la demandada contrato de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, hasta un límite de 756.000 €, pactándose un interés remuneratorio inicial, durante el plazo de un año (es decir, hasta el 09.02.08), fijo del 5,05% y a partir del día 09.02.08 un interés variable del Euribor más 0,50 %, con vencimiento el 09.11.08. Así mismo, el 29.11.08 la demandante (representada por D. y Dña.) suscribió

con la demandada contrato de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, hasta un límite de 275.000 €, pactándose un interés remuneratorio inicial, durante el plazo de un año (es decir desde la fecha de formalización del

contrato hasta el 28.02.08), fijo del 5,25% y a partir del día 28.02.08 un interés variable del Euribor más 0,50 %, con vencimiento el 28.11.08 (documento nº 24 de la demanda).

7/ El 29.04.08, la mercantil (representada por D. y Dña.) y la entidad demandada suscriben un nuevo documento de Confirmación de Opciones de tipo de interés Collar con barrera Knock-in en el Floor por medio de la cual las partes acuerdan la cancelación anticipada de la operación anteriormente descrita y confirman la nueva operación (documento nº 5 de la demanda). *Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, siendo la contratación de la nueva operación condición necesaria para la cancelación de la operación existente.*

Esta nueva operación consiste, según el anexo, en la compra al Banco, por parte del cliente, de una opción de tipo de interés cap, para financiar el coste de adquisición de la opción cap (la prima), el cliente simultáneamente vende una opción de tipo de interés floor, que no entraría en funcionamiento a menos que el tipo de interés, en la fecha de revisión, bajase hasta el tipo de barrera knock-in. El resultado de la estrategia para el cliente es el siguiente:

Si el Euribor 3M determinado dos días antes del inicio de cada periodo trimestral, es superior al tipo cap, el Banco abonará al Cliente la diferencia entre el tipo cap y el Euribor 3 M fijado para ese periodo.

Si el Euribor 3 M determinado dos días antes del inicio de cada periodo trimestral es inferior al tipo barrera Knock-in, el Cliente abonará al Banco la diferencia entre el tipo floor acordado y el Euribor 3 m fijado para ese periodo.

Si no se da ninguno de los dos casos anteriormente mencionados, no habrá liquidación alguna entre el cliente y el Banco.

El cliente queda referenciado a tipo variable, pero se establece un coste máximo (tipo cap). Al mismo tiempo, tendrá que afrontar un coste fijo mínimo (tipo floor) pero solo en el caso de que el tipo de referencia se situase por debajo del tipo barrera Knock -in.

Este producto es consistente con una visión de alza moderada de los tipos de interés, de que estos se situarán por encima del tipo cap, desestimando, al mismo tiempo, que los tipos vayan a caer por debajo del tipo barrera knock-in. El cliente se puede ver perjudicado si los tipos de interés bajan por debajo del tipo barrera knock-in ya que tiene que afrontar un coste fijo.

Contemplándose los siguientes escenarios: Siendo el tipo cap el 6,50%, el tipo floor el 4,75% y el tipo barrera knock-in el 3,75% podrían darse los siguientes escenarios:

-Euribor 3M < 3,75%, liquidación neta negativa para el cliente, que paga la diferencia entre el 4,75% y el Euribor 3M.

-3,75% = ó < Euribor 3 M = ó < 4,75%, liquidación neta neutral para el cliente.

-6,50% = ó < Euribor 3 M, positivo para el cliente, que recibe del Banco la diferencia entre el Euribor 3 M y el 6,50%.

El resultado neto será positivo para el cliente cuando en el conjunto de todos los periodos de cálculo, el importe agregado de las liquidaciones positivas para el cliente sea superior al importe agregado de las liquidaciones negativas para el cliente.

En dicho anexo se reflejan también las siguientes consideraciones:

- a) El margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierta por este producto.
- b) La cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1/la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación a la que se refiere y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2/la discrepancia entre las fechas de revisión de la financiación y las fechas de fijación del producto.
- c) Las opciones son productos derivados que contienen una apuesta por una evolución determinada del precio de un activo subyacente; es preciso, por tanto, que el cliente tenga un juicio fundado sobre el riesgo de su apuesta y sobre las expectativas de evolución del activo subyacente, y que en todo momento el precio de ejercicio de las opciones que compra o vende, sea consistente con sus expectativas.
- d) Si ambas partes se pusieran de acuerdo en la cancelación anticipada del producto, se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, pudiendo suponer un coste para el Cliente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones del mismo en ese momento. El cliente debe tener en cuenta que en la valoración de las opciones intervienen otros factores, además de la evolución del precio del activo subyacente, tales como la evolución de la volatilidad, el paso del tiempo o la evolución de los tipos de interés. El efecto de estos factores tiene que analizarse conjuntamente; así es posible que, a pesar de que la evolución del subyacente sea favorable, su valor a una fecha dada se reduzca como consecuencia de la evolución desfavorable de alguno o algunos de los restantes factores. El Banco en ningún caso garantiza la rentabilidad de la apuesta efectuada no hace recomendación alguna sobre la evolución del activo subyacente.

En dicho contrato se mantiene el nocional y su vencimiento es el 02.05.2013.

Como consecuencia de los dos contratos de swap anteriormente descritos, se han producido las siguientes liquidaciones:

12/02/08 liquidación positiva a favor de la actora por importe de 4.574,45 €
02/08/08 liquidación neutral
02/11/08 liquidación neutral
02/02/09 liquidación neutral
02/05/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 66.960,84 €
02/08/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 85.388,34 €
02/11/09 liquidación negativa contra la actora por importe de 97.344,72 €

TERCERO.- Dicho lo anterior, y en relación al error como vicio del consentimiento determinante de la nulidad negocial, conviene recordar el error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STSS 17.10.1989 y 03.07.2006, entre otras) un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que lo padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1266 C.C.), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1269 del mismo C.C.), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultados de originar la desconexión del contratante con la realidad (S.A.P. Córdoba de 22.11.1999, Sección 2ª).

Como se ha señalado en las Sentencias de 11.11.97, 18.07.2.000 y 20.03.06, entre otras, en cuanto al error como vicio del consentimiento, ya la STS de 18.04.1978 señaló que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del C.C., es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1266.1º CC), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (STSS 01.07.1915 y 26.12.1044), que no sea imputable a quien lo padece (SSTS de 21.10.1932 y 14.12.1957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SSTS de 14.06.1957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado (SSTS de 14.06.1943 y 21.05.1963). En definitiva, como ha señalado la STS de 14.02.1994, para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1266 CC, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no solo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (SSTS de 06.06.1953, 27.10.1964 y 04.01.1982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el C.C. no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y buena fe (artículo 7 del C.C.).

Las SSTS de 04.01.1982 y 18.02.1994 señalaron que el error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y que, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por su declaración; y añaden que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuando en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (STS de 29.03.1994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa (ST A.P. Córdoba de 22.11.99).

Finalmente no puede desconocerse también que es verdad que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio (SSTS de 30.05.1991 y 06.02.98), teniendo su apreciación un sentido excepcional acusado, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no la falta de él. A lo que hay que añadir también, según la STS de 13.06.1966, que aquellos obstáculos que en orden al consentimiento, al objeto o causa del contrato sean invocados como susceptibles de impedir su virtualidad o que vicien lo pactado, deben correr a cargo del oponente, quien deberá acreditar la existencia de los hechos en que se funde para desvirtuar la realidad o apariencia formal de la existencia y eficacia del vínculo que se presente como contraído en forma legal.

Doctrina ésta seguida y reiterada en otras resoluciones posteriores, tales como las SSTS de 23.07.2001, 12.07.2002, 12.11.2004 y 17.07.2006, entre otras muchas.

Naturaleza del Contrato de Autos:

De otro lado, en relación con el contrato de swap, el mismo puede definirse como un contrato en el que se intercambian obligaciones de pago correspondientes a intereses de préstamos de carácter diferente, referidas a un determinado valor nominal en una misma moneda; por tanto, es un contrato

mediante el cual dos agentes económicos intercambian entre sí periódicamente, y durante un tiempo preestablecido, flujos de intereses calculados sobre un mismo principal teórico acordado en la operación, denominados en la misma moneda y calculados a partir de distintos tipos de referencia (S.A.P. Burgos, Sección 3ª de 03.12.2010). Como dice esta sentencia y otras de la misma Audiencia, estos contratos tienen un marcado carácter especulativo, alto riesgo, porque no se conoce la evolución del mercado, revistiendo estas operaciones un carácter complejo.

En el mismo sentido la A.P. de Valencia en sentencias de 06.10.2010 y 29.03.11 define el swap de la siguiente manera: "el contrato suscrito, denominado "gestión de riesgos financieros"..., en otros supuestos llamados "permutas de cuotas de tipo de interés" o "swap de tipos de interés" es un instrumento financiero concertado con la finalidad de protegerse el cliente de las subidas que puede acarrear los tipos de interés de aplicación a sus operaciones de pasivo y por tanto se trata de un mecanismo para estabilizar en la medida de lo posible sus costes financieros; intercambiándose con la entidad financiera cuotas del tipo referencial y por ende de incremento del coste financiero de las operaciones de pasivo del cliente (con igual o diversa entidad con la que suscribe el mentado contrato) viene cubierto por el abono que le efectúa la entidad financiera y caso de bajada de tal tipo de interés (por ende, menor coste financiero en operaciones de pasivo) el cliente debe abonar aquello que no ha devengado en su coste financiero a la entidad con la que contrata el mentado negocio, de tal forma que finalmente por tal vía puede el cliente hacerse una previsión de estabilidad de sus costes financieros. Ciertamente no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo, siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado con referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o a varias operaciones de tal naturaleza. Es un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, con obligaciones recíprocas para cada parte en cuanto según los tipos referenciales pactados aplicados sobre el importe nocional determinará que la liquidación produzca un saldo negativo (carga para el cliente) o positivo (abono para el cliente) y con un aspecto aleatorio en cuanto a la aplicación efectiva del concreto tipo de interés, al enfrentarse a un tipo referencial fijo frente a otro de carácter variable sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Esta operación si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del artículo 1255 C.C y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo, cual es el pago de la prima. No obstante, la nota que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de las subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros".

Como elemento atípico destaca que el importe sobre el que se calculan los intereses - importe nocional- no es real, sino teórico, es decir, no se trata de un importe que el Banco entrega al cliente en concepto de préstamo o que el cliente debe depositar en el Banco; es un importe teórico cuya única finalidad es servir de base para el cálculo de los intereses

que periódicamente, y según la evolución del tipo de referencia deberá pagar una u otra parte.

En relación a dicho contrato, sus características y su normativa reguladora, la Sentencia de 06.10.10 citada anteriormente dice " El acceso cada vez mayor por los pequeños inversores al mercado financiero y las dificultades o complejidades que ello implica, ha motivado la imposición en el ordenamiento legal de unas normas de conducta para las entidades de crédito o financieras tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador".

Esto es, es indudable que contratos como el de autos no son de fácil comprensión; se trata de contratos complejos, tanto en su articulación (en primer lugar se entrega al cliente ordinariamente el contrato tipo o marco con sus anexos y con posterioridad, es en la orden de solicitud y la confirmación de ese contrato en donde se hallan las condiciones concretas del mismo), como en su contenido, por la inclusión, en su clausulado, de multitud de conceptos técnicos económicos. Que se trata de un contrato complejo no es una mera opinión doctrinal o jurisprudencial, sino que ha sido el legislador el que los califica como tales (artículo 79 bis 8, a) de la Ley del Mercado de Valores en su redacción tras la reforma de la Ley 47/2007.

Finalmente esta complejidad determina que la Ley del Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.04.04, relativa a los mercados de instrumentos financieros (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el artículo 79 bis-2 , ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa (artículo 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aún más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que exige como norma general la suficiencia de la información, la antelación suficiente en su práctica; y expresamente, tratándose de productos financieros "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros".

Estamos incuestionablemente, además, ante un contrato de adhesión, redactado unilateralmente por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de negociación, tanto en lo que respecta al CMOF como al documento de confirmación.

Finalmente, por lo que se refiere a la aplicación al objeto del presente procedimiento de la legislación de protección al consumidor, contrariamente a lo que se afirma en la demanda, no sería de aplicación a autos la legislación de protección

al consumidor. Así como resuelve la A.P. Barcelona de 30.06.11 "partiendo de lo expuesto, cabe sostener que el empresario-consumidor constituye una figura ciertamente residual...En efecto, una sociedad mercantil actúa desde luego en el marco de sus actividad empresarial cuando ejecuta los actos propios de su objeto social- en nuestro caso, la actividad inmobiliaria-, pero también cuando desarrolla otras conductas directamente encaminadas a la satisfacción de aquel, entre las cuales cabe mencionar las de establecimiento, aprovisionamiento de materias primas, contratación de personal y, en particular la de financiación (en tal sentido SSTs 15.12.2005 y 20.12.2007). Se hace difícil, en consecuencia, hallar un tipo de actividad - habitual o esporádica, tanto da- en que esté inmersa una persona jurídica, máxime si se trata de una sociedad mercantil de capital o personalista, que sea por completo ajena a su ámbito propio de actividad determinado legal y/o estatutariamente.... El inversor minorista será o no consumidor en función de que actúe o no en un marco ajeno a su actividad profesional o empresarial. Ya se ha visto que la contratación por ...de los productos financieros del mercado secundario oficial comercializados por.... Constituye un hecho integrado en su genuina actividad empresarial por expresa declaración suya. Desde esta perspectiva cabe añadir que las ganancias que esperaba obtener... con la cobertura de tipos de interés y la permuta financiera convenida con... no perseguían sino mejorar el costo de su financiación, lo que a la postre, como razonara el auto apelado, se hubiera reflejado en su cuenta de resultados. En conclusión,... puede ciertamente ser calificada desde un punto de vista económico como "una consumidora de productos financieros"-..., pero desde un punto de vista estrictamente jurídico no ostenta la cualidad de consumidores que haya de proporcionarle la protección legal dispensada por la LGDCU. En supuestos análogos al que nos ocupa se han pronunciado también las sentencias de la A.P. Tenerife de 27.06.2011 y A.P. Alicante de 06.07.2011".

En el presente caso, es incuestionable que las actoras actúan dentro de su ámbito empresarial por lo que pese a sí ser consumidores de un producto financiero, no son consumidoras a efectos de la aplicación de la normativa especial de consumidores.

QUINTO.- Normativa aplicable. En el presente caso, y respecto de ambas sociedades actoras, nos encontramos en ambos casos ante contratos que sucesivamente son cancelados mediante la suscripción de otros nuevos que sustituyen a los anteriores, debe significarse que en el primero de los contratos suscritos respectivamente por (20.10.06) y (21.11.07), era de aplicación la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV) en la redacción anterior la que le fue dada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que modificó dicha norma transponiendo al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611 CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 200/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. Esta reforma entró en vigor el día 21.12.07

Antes de la reforma, la LMV, tras declarar incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de permuta financiera cuyo objeto sean tipos de interés, ya establecía en el artículo 78.1 que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el gobierno o, con habilitación de éste, el Ministerio de Economía y, el artículo 79 apartados a), b) y e), que debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses como si fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre los mismos, manteniéndolos siempre adecuadamente informados.

En el desarrollo de tales previsiones legislativas el R.D. 629/1993 *-actualmente derogado y sustituido por el RD 217/2008-* concretó aún más estas obligaciones, desarrollando en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, como frente al cliente, proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva. En concreto se establece que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (artículo 5.3).

La citada Ley 47/07 modifica, como se ha dicho, la LMV y continúa con el desarrollo normativo de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78.bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismos sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79 bis num 3, 4 y 7). Luego el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada

información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y ss en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Por lo tanto de la normativa expuesta se extrae, por un lado, el deber de las entidades financieras de formalizar por escrito los contratos que celebren expresando en ellos con la necesaria claridad las obligaciones, deberes y derechos de los clientes. Y por otro, que los contratos de permuta financiera imponen a las entidades, como la aquí demandada, dedicadas a actividades del mercado de valores, diligencia y transparencia, así como un especial deber de información sobre los productos que debe ser clara, precisa y proporcionada con carácter previo a su celebración"

Finalmente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, a propósito de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, ha establecido como criterio que expresa en su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la de 2008, que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario, que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las prácticas bancarias.

En el caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, con posibilidad de que, bajo escenarios de interés bajistas, se generen pérdidas importante, el Banco de España pide que se consigne la manera específica en que calculará el coste en esa situación, así como una estimación aproximada del mismo. Además el supervisor exige que, en caso de que el cliente decida cancelar la cobertura contratada, la liquidación sea transparente, aplicando las mejores condiciones posibles, en una actuación diligente de la entidad que vele por la defensa de los intereses del cliente.

Debiendo concluirse que el cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde el punto de vista civil en cuya jurisdicción nos encontramos no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas.

El cumplimiento o incumplimiento sin más de esa normativa no puede determinar la estimación de la demanda ni puede determinar su desestimación, sino que ha de ponerse en relación con la forma y modo de prestación de ese consentimiento.

SEXTO.- Expuesto lo anterior, conviene recordar también (como señalan algunas de las sentencias citadas anteriormente y otras como la de la A.P. Madrid, Sección nº 18, de 5. 10. 2011) que siendo el producto enjuiciado complejo y que implica - conforme a la normativa vigente al tiempo de su

contratación - el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden producir un consentimiento no informado y viciado por error, se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada sus efectos jurídicos. Y ello es consecuencia de que no todos los procesos de contratación originan de un ulterior litigio responden a unos mismos condicionantes determinantes de una solución única y general, dado que será procedente examinar en cada caso la fecha en que tuvo lugar la celebración del contrato (para determinar la normativa aplicable), los caracteres o perfil del inversor, la información ofrecida y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende en este tipo de procesos.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, y aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, conviene tener en cuenta los siguiente:

1.- Es un hecho acreditado que fue la entidad bancaria demandada la que tomó la iniciativa en la suscripción de los contratos cuya nulidad se pretende. De forma tal que no fueron las actoras las que por voluntad propia acudieran al Banco a contratar las diversas operaciones de permuta financiera, sino que por el contrario fue el Banco, quien, con ocasión de la relación negocial iniciada como consecuencia de la suscripción del primer contrato de préstamo hipotecario con , ofreció el producto (los primeros swaps suscritos respectivamente por y) al cliente (interrogatorio de D.

y D.). Dicha oferta la justifica la demandada en razón de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2003, de 25 abril, de medidas de reforma económica, que obligaba la entidad bancaria a proporcionar a los clientes fórmulas de cobertura sobre el riesgo de subidas en el tipo pactado. Resultando a tal efecto indiferente que los referidos contratos de swap quedaran o no vinculados al resto de operaciones crediticias establecidas entre las actoras y la demandada. Y en cuanto a las renovaciones, o contratos suscritos posteriormente para sustituir a los anteriores cancelados, no se ha acreditado que la iniciativa de la modificación partiera de las actoras. Sino que por el contrario los nuevos contratos fueron igualmente propuestos por la demandada como reestructuración de los anteriores ante los resultados negativos de los mismos.

2.- Pese a que la demandada y los testigos que han depuesto a su instancia (en particular el Sr. y el Sr.) mantienen que los contratos objeto del presente procedimiento son sencillos, y que sus términos, en particular los aspectos relativos a tipos de interés, plazos fueron negociados específicamente con las actoras, hasta fijar unas operaciones "a medida", dicha calificación no puede compartirse.

En efecto una lectura de los mismos, en particular de los documentos de confirmación y de los anexos a las mismas desvirtúa lo expuesto por la demandada (basta tener en cuenta las referencias a términos tales como "tipo Cap", "Tipo Floor", "Tipo Barrera Knoc-in" opción de tipo de interés cap", etc. Conclusión ésta a la que se llega igualmente si se tienen en cuenta las consideraciones del informe pericial emitido por el Sr. _____, y conforme al cual los

productos contratados son productos estructurados que se pueden descomponer a su vez en instrumentos derivados complejos. Conclusión ésta a la que igualmente llega la propia entidad demandada quien califica este producto como "Rojo Complejo". Es más, de la prueba practicada se desprende que en la negociación de estos productos, y por parte de la entidad Bancaria, intervino no sólo el Director de la Sucursal Bancaria con la que operaban las actoras (Sr. _____),

sino también el propio Director o Jefe de Zona correspondiente a la Localidad de Boadilla (Sr. _____), y un experto en tesorería del Banco (el Sr. _____). Llegando a reconocer el Sr. _____ que si bien el

tiene conocimientos sobre swaps, no conoce todos los datos, razón por la que va acompañado de un especialista de tesorería cuando tiene que negociar los mismos. Lo cual determina que su dinámica de funcionamiento sea compleja y por ello difícil de entender para cualquier persona que carezca de conocimientos financieros especializados, y sobre todo que resulte muy difícil de comprender y prever el alcance de las consecuencias que podía suponer una bajada de los tipos de interés o una cancelación anticipada del producto, máxime si se tiene en cuenta además que en relación a estas últimas circunstancias, el contrato es especialmente genérico e impreciso al referirse a que "pueden producirse liquidaciones negativas", y que la cancelación anticipada puede implicar un "coste" para el cliente, remitiéndose a "los valores de mercado" y no ir acompañado de una simulación, simulación que tampoco consta que fuera realizada por los representantes de la demandada en las negociaciones previas a la contratación.

Y es que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

Debiendo significarse a este respecto que el hecho de que las entidades actoras tengan un volumen de negocios elevado no implica sin más, ni permite inferir que cuente con personal financiero especializado (no se ha acreditado que Dña. _____

tenga la cualificación necesaria para ser considerada directora financiera), ni tampoco que sus representantes hayan de contar con la preparación financiera y contable necesaria para comprender el tipo de negocio objeto del procedimiento. Máxime cuando no se ha acreditado tampoco que las actoras cuenten con experiencia en este tipo de contratación, esto es, que con anterioridad a estos productos hubieran suscrito otros similares, y de la cual

podiera deducirse que tuvieran conocimientos prácticos sobre el funcionamiento de este tipo de negocios.

En definitiva, la comprensión y correcta valoración de este producto requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general. Si ni siquiera los propios Directores de la sucursal bancaria, en quienes se ha de presumir conocimiento y experiencia en los productos que comercializan, comprendían exactamente la dinámica de funcionamiento y alcance de estos contratos, mucho menos puede presumirse su comprensión en un cliente no dedicado profesionalmente al mercado financiero, por mucho que su empresa mueva una importante cifra de negocios.

3.- Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los productos objeto del presente procedimiento fueron "vendidos" como productos de cobertura ante el riesgo de subidas de los tipos de interés. De forma tal que, aunque pueda admitirse la alegación de la demandada de que nunca fueron calificados por su parte como un "seguro", lo cierto es que mediante su contratación la actora lo que pretendía era protegerse ante el riesgo de subida de tipos que para ella implicaría en definitiva un aumento de los costes financieros en todas las operaciones crediticias que tenía contratadas. Esta circunstancia determina, como manifiesta el perito Sr. [redacted] que los referidos productos debían ser en principio, y sin perjuicio de una evolución de los mercados contraria a las previsiones iniciales, idóneos y eficaces para conseguir dicho fin. Esto es, que dichos instrumentos resulten hábiles para proteger a la actora ante la subida de tipos de interés y que la utilización de dichos productos permita a las actoras limitar los costes financieros de la financiación recibida y no le haga incurrir en costes mucho más gravosos que si dichos instrumentos no se hubieran suscrito. Y según el análisis practicado, parte de los productos contratados, por sus características específicas no son idóneos como instrumentos de cobertura, en concreto mantiene el perito que así sucede con los dos primeros swaps concertados por [redacted] y primer swap concertado por [redacted]. Y respecto del tercer swap suscrito por [redacted] y el segundo suscrito por [redacted], que en principio sí podrían resultar idóneos como productos de cobertura, sin embargo no resultaban eficaces al situarse el tipo de interés que protegía al cliente en un nivel excepcionalmente alto, debiendo significarse además en relación a estos dos últimos contratos, que en su fecha de contratación (abril y junio de 2008) ya no existían previsiones de subidas bruscas de los tipos de interés, sino que por el contrario la situación del mercado ya empezaba claramente a ofrecer una perspectiva contraria, lo cual indudablemente era conocido por una entidad financiera especializada como lo es la demandada. Circunstancia esta que desvirtúa las alegaciones de la demandada en relación a que cuando los contratos fueron suscritos la tendencia de evolución de los tipos de interés era alcista. Porque si bien dicha circunstancia puede admitirse respecto a los contratos inicialmente suscritos, debe resaltarse que los mismos eran inidóneos como productos de cobertura, y respecto de los últimos la función de cobertura quedaba ineficaz al fijarse un tipo barrera muy

elevado que con altísima probabilidad no iba a alcanzarse, circunstancia ésta que la demandada no puede afirmar que desconocía, y de la que no se informó al cliente. A tal efecto, conviene recordar lo que dispone la S. A.P. Vizcaya de 14.09.2010: "Siendo el Banco el único agente calculador, las condiciones que se proponen al cliente no pueden ser fruto del mero capricho, sino que responden a un estudio previo de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable, y sin embargo, tal información no se facilita al cliente, cuando la mismas es la que resulta decisiva para conocer el auténtico riesgo que la operación conlleva", añadiendo con cita en la S. A.P. Pontevedra de 07.04.2010 que "Las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad y que, concretamente en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en lo que la expectativa para los entendidos, a la postre, convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés y por ende, del índice referencial del Euribor, comporta para los clientes inexpertos, o cuanto menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión"

Es más, tal y como se desprende de dicho informe, ni siquiera puede afirmarse que los productos contratados tuvieran la consideración de especulativos, en los que según la evolución del mercado, el cliente pudiera ganar o perder mucho, sino que por el contrario son productos en los que el cliente nunca puede ganar mucho pero sí perder mucho.

4.- De lo anterior se desprende que, tanto cuando se produjo la contratación de los primitivos contratos, como de los sucesivos que tenían por objeto sustituir a los inmediatamente anteriores, la demandada no proporcionó a la actora una información suficiente, detallada y comprensible sobre las características del producto, y en especial sobre sus consecuencias económicas, tan desproporcionadamente perjudiciales en caso de bajadas bruscas del Euribor y de cancelación anticipada de los contratos. Lo cual conlleva además de un incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones de transparencia y suficiencia en la información ofrecida (legalmente establecidas en la LMV y disposiciones reglamentarias que las desarrollan), a una falta de información correcta y adecuada sobre las características de las permutas financieras objeto de autos, de forma tal que cuando las actoras prestaron su consentimiento lo hicieron sin ser conscientes del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaban, sin conocer las implicaciones de los productos que contrataban y del verdadero riesgo que asumían. Ya que su único interés era disponer de un instrumento de cobertura que le protegiera frente a un elevado pago de intereses.

En conclusión cabe señalar que las actoras incurrieron por tanto en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud

suficiente para invalidar su consentimiento, pues desconocían el verdadero significado y alcance de las obligaciones asumidas y su verdadero riesgo. Error éste que atendidas las circunstancias anteriormente expuestas no puede afirmarse que fuera inexcusable de haber observado la parte actora mayor diligencia. Y sin que pueda admitirse como argumento en contra de lo razonado y expuesto la doctrina de los actos propios a que alude la demandada, relativa a que la impugnación se realiza una vez que se producen las liquidaciones negativas, vista la desproporción existente entre las iniciales liquidaciones positivas (que en caso de son anecdóticas) y las negativas, el tiempo de duración de los contratos suscritos, y las sucesivas reestructuraciones que no hicieron sino aumentar el perjuicio para las actoras.

Por todo lo cual, procede, con estimación de la demanda, declarar la nulidad de los contratos objeto del presente procedimiento, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento que resultan del artículo 1303 del C. Civil - recíproca restitución de las prestaciones con los intereses -

SEPTIMO.- En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, habiendo sido estimada la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de

y
contra BANCO SANTANDER S.A.,
representada por el Procurador D. Juan Antonio Gómez García, debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes C.M.O.F y sus correspondientes confirmaciones: a) Swap bonificado reversible media de fecha 20.10.06, b) Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral de fecha 21.12.07 y c) Swap flotador y convertible con Cap de fecha 05.06.08, suscritos entre y la demandada; y
: a) Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral de fecha 08.11.07 y b) Opciones de tipos de interés collar con barrera Knoc-in en el floor de fecha 09.04.08, suscritos entre

y la demandada; y en su virtud, debo acordar y acuerdo que se proceda por las partes a la recíproca restitución de las prestaciones, con la condena a la demandada de restituir a las actoras las liquidaciones abonadas por ellas hasta la fecha de la presente resolución, previa compensación con las abonadas por la demandada a las actoras; más los intereses legales; con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de apelación dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, haciéndose saber a las partes que para la interposición del referido recurso deberán constituir depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50) en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, lo cual deberán acreditar al tiempo de interposición del mismo, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite en caso contrario.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la dictó estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha; doy fe.