

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL) (antigua Avd Del Saler)

N.I.G.: 46250-42-1-2018-0020149

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (ORD) Nº 000513/2018

SENTENCIA Nº 000020/2019

MAGISTRADO/A-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA ANGELS BARONA ARNAL

Lugar: VALENCIA
Fecha: dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: HITIA BALLESTER, ELIA Y HITIA BALLESTER, ELIA
Procurador: CASTELLO GASCO, JORGE Y CASTELLO GASCO, JORGE

PARTE DEMANDADA BANCO POPULAR

Abogado:
Procurador: CALABUIG VILLALBA, PAULA CARMEN

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios.

En Valencia, a 18 de enero de 2019

Vistos por Dª. MARIA ANGELS BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 513/18, seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador D. Jorge Castelló Gasco en nombre y representación de) y con la dirección de la Letrada Dª Elia Hitia Ballester contra BANCO POPULAR SA representado por la Procuradora Dª Paula Calabuig Villalba y con la dirección de la Letrada Dª Mercedes Ferrán, se ha dictado la presente resolución con fundamento en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Como se ha mencionado en la demanda, el Sr. Castelló Gasco en nombre y representación de) se presenta demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO POPULAR (GRUPO SANTANDER) , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que se declare el incumplimiento por parte de Banco Popular de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad, información y transparencia en la suscripción del contrato Swap bonificado doble barrera de 30 de julio de 2008. Como consecuencia de ello, se condene a Banco popular en virtud del artículo 1101 del CC a

1

indemnizar a los actores por los daños y perjuicios sufridos como concretados en la cuantía de 36.286,84 €, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago de la cantidad reclamada y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora Dª Paula Calabuig Villalba en nombre y representación de la parte demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acredita y por contestada la demanda citando a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y la hora que consta.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quedando en tal acto subsanado el defecto legal en el modo de proponer la demanda y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedaron debidamente citadas las partes.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalada para la celebración del juicio comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como ha quedado planteada por las partes la cuestión controvertida y por lo que respecta a la excepción de prescripción la misma ha de ser desestimada y así tal y como se sostiene por el TS en sentencia de 13 de septiembre de 2017, en los contratos de depósito y administración de valores, la consecuencia del incumplimiento del deber de información al cliente permite accionar por nulidad relativa/anulabilidad por vicios en el consentimiento o para exigir daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual. Lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. Así pues la parte actora ha optado por una de las acciones que le amparan y cuyo plazo de prescripción es de quince años y conforme a la DT de la Ley 42/15 de 5 de octubre, y atendida la fecha en que nace la relación jurídica, la

2

: 201910251718637

>> ELIA HITIA BALLESTER
Tf. 96 373 55 55 - Fax. 963 749 989

29-01-2019

A 31 16

4/11

prescripción será el 7-10-2020, por lo que tal excepción está abocada al fracaso.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo de la cuestión, habrá de partirse de la naturaleza y características del contrato suscrito entre las partes, y se trata de un producto financiero que revise las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como "aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos.

Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concreción de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

El swap de intereses, viene definido en el contrato marco de operaciones financieras redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación –contrato– por el que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada.

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

Como tal instrumento financiero viene expresamente mencionado en el Anexo I, Sección C, punto 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, razón por la cual en aplicación del artículo 38 de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es un instrumento complejo..

Así igualmente ha sido calificado por el legislador en el apartado 8 del artículo 79 bis de la Ley Mercado de Valores al decir que no puede considerarse un producto no complejo, los instrumentos financieros señalados en los apartados 2a 8 del artículo 2 de dicha ley, precepto éste en el que se incluyen las permutas de tipos de interés. Además esa esencial nota se desprende del propio contenido de esta clase de contratos con carácter general el propio contenido contractual determina su dificultad comprensiva pues si bien la operación de liquidación es aritméticamente sencilla, la complejidad viene por el entramado contractual al jugar y concurrir varios elementos referentes a momentos temporales diversos (fecha de concreción, fecha de cobertura, fecha de comercialización, fecha de inicio de producto y fecha de vencimiento); "ventanas de cancelación" con sus respectivas datas temporales, conceptos genéricos e indeterminados como "valor de mercado" e incluso remisión a unos índices que son fluctuantes que se aplican sobre el denominado "precio notional" .. Las permutas financieras están regladas en el artículo 2 de la LAMV y le son de aplicación las prescripciones legales contenidas en ese texto legal y las normas que lo desarrollan entre las cuales está el RD 217/2008 de 15 de Febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de

: 201910251718637

>> ELIA HITIA BALLESTER
Tf. 96 373 55 55 - Fax. 963 749 989

29-01-2019

A 31 16

5/11

inversión. Consecuencia de ser producto complejo, el propio legislador exige en resúmenes cuentas a la entidad que lo comercializa, desplegar una actividad informativa previa para que la clientela lo comprenda y entienda, para que sepa lo que representa, cómo funciona y sus riesgos y solamente cuando se adquiere conciencia de ello, esto es su conocimiento, decidir si se contrata o no, pues dado que nos encontramos ante un deber legal impuesto a un profesional (entidad bancaria) corresponde dada la facilidad probatoria (art 217 -7 de la LEC) , so pena de imponer a una parte la carga de probar un hecho negativo, a la entidad bancaria acreditar su cumplimiento en los términos fijados por el legislador, en clara protección del cliente financiero o inversor.

Ello senado, procederá examinar seguidamente si la entidad demandada cumplió con el deber de diligencia que le era exigible en la comercialización de un producto complejo como es el de autos, y dicha cuestión fue objeto de estudio por las STS del 15 de diciembre de 2014, la del 10 de julio de 2015, y del 13 de julio de 2015. Dice ésta, en un caso que coincidió en el tiempo con la celebración del contrato de permuta financiera (swap) que hoy nos ocupa, y que tuvo lugar en el año 2008.

«9. Normativa aplicable. [...]»

El 15 de febrero de 2008, "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 4/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Todavía no había entrado en vigor el RD 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación, pues, aunque data del mismo día 15 de febrero de 2008, no fue publicado en el BOE hasta el día siguiente.

Según la disposición transitoria primera de la Ley 4/2007, de 19 de diciembre: «(1) as entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, interpretamos esta disposición transitoria en relación con los deberes de información previstos en el apartado 3 del art. 79 bis LAMV, en el siguiente sentido:

«Es obvio que la reforma operada por la Ley 4/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación.

«De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional [...]».

«[...] al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79 bis LAMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.»

Esta doctrina trasladada a la materialidad de recabar los test de conveniencia o idoneidad, se traduce en que la entidad que prestaba estos servicios de inversión debía cumplir con los deberes inherentes a la realización de estos test.

En el caso del test de idoneidad, debía haberse cerciorado de que la inversión recomendada se adecuaba al perfil inversor del cliente, lo que exigía previamente dejar constancia de él.

10. Jurisprudencia sobre el alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad. En la citada Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, condenamos la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad. Por lo que respecta a los test de conveniencia e idoneidad, declaramos que: «sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

i) En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia, regulado en el art. 79bis. 7 LMOV y los arts. 73 y 74 RD 21/7/2008, de 15 de febrero.

ii) En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad, regulado en el art. 79bis. 6 LMOV y el art. 72 RD 21/7/2008, de 15 de febrero.»

En atención a lo que es objeto de controversia en este caso, que guarda relación con el incumplimiento de los deberes inherentes a la prestación de servicios de asesoramiento financiero, conviene transcribir la literalidad del art. 79 bis. 6 LMOV (reside idoneidad), vigente en el momento de la suscripción de la orden de adquisición:

«Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.»

De este modo, el art. 79 bis. 6 LMOV no sólo impone a quien presta servicios de asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, «con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan», sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, «no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente».

11. Estimación de los motivos primero y segundo. En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los deberes de información, pues así se declaró en la sentencia de primera instancia, al desestimar la acción de nulidad por error vicio, y esta declaración quedó firme. Sin embargo, sí se discute el cumplimiento del deber de recabar el test de idoneidad y las consecuencias de su incumplimiento.

A la vista de lo acreditado en la instancia, en que se admite que Bankinter llevó a

cabo una labor de asesoramiento, respecto de la adquisición del bono fortaleza por parte de los demandantes, en atención a la forma en que fue ofrecido, conforme a la doctrina contenida en la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil48. S.L. (C-604/2011), recae sobre la demandada el deber de recabar el test de idoneidad.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...), que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Quedó acreditado en la instancia que fue el S..., empleado de Bankinter, quien se dirigió a los demandantes para ofrecerles la adquisición del bono fortaleza, y los demandantes suscribieron la orden adquisición bajo el influjo del asesoramiento del

12. También consta acreditado en la instancia que la entidad demandada no elaboró el test de idoneidad, ni el perfil inversor de los demandantes, con vistas a justificar que la recomendación de inversión realizada (bono fortaleza) fuera la que más les convenía.

Estos deberes inherentes al test de idoneidad no pueden entenderse cumplidos por el mero hecho de que en la orden de adquisición apareciera la siguiente mención: «el cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto es adecuada para su perfil inversor». Se trata de una mención genérica, que no elude el deber del banco de acreditar que cumplió con esas exigencias. Tal y como exige el art. 79 bis 6 LMOV, el banco debía haber probado que con carácter previo a la contratación del bono fortaleza por su cliente, había elaborado su perfil inversor, en concreto sus conocimientos y experiencia, así como su situación financiera y sus objetivos de inversión. Para a continuación, justificar que la recomendación practicada, en este caso, la adquisición del bono fortaleza, se adecuaba a este perfil. Esta exigencia legal no se cumple con una cláusula general en la orden de adquisición, que contiene la reseñada mención genérica a la labor de asesoramiento realizada por el banco.

En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad». Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo

: 201910251718637

>> ELIA HITIA BALLESTER
Tlf. 96 373 55 55 - Fax. 963 749 989

29-01-2019

A 31 16

9/11

que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, debía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del bono foráneo.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que los demandantes fueran inversores de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubieran empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que los demandantes asumiern el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.»

En el caso de autos ni se aporta el contrato, pese a los múltiples intentos realizados para su obtención por los actores, ni se realiza el test de idoneidad ni el test de conveniencia para justificar que la recomendación del swap era la que más le convenía. Es evidente que atendido el perfil de los actores y la previa suscripción de un préstamo hipotecario y atendidas las manifestaciones de los actores en el acto de la vista, la iniciativa para la firma de tal producto partió de la entidad y manteniendo con un empleado de la entidad vínculos de amistad y de plena confianza y quien les recomendó el producto. En todo caso, si hubo o no asesoramiento debe valorarse, como ya hemos recogido, con los criterios previstos en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros», que el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara diciendo que se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...), que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

En este caso no resulta dudosa la labor de asesoramiento que, en el sentido del Derecho Europeo que acabamos de exponer, realizó el banco con los hoy actores.

Esa reconocida labor de asesoramiento imponía al banco, conforme al artículo 79 bis. 6 LMV, no sólo el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, «con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan», sino que, además, mientras no obtuviera esta información, le prohibía que recomendara «servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente». Aquel mandato y esta prohibición fueron quebrantados por el banco.

Es más, en los autos no hay constancia de que el banco ofreciera a su cliente

7

: 201910251718637

>> ELIA HITIA BALLESTER
Tlf. 96 373 55 55 - Fax. 963 749 989

29-01-2019

A 31 16

9/11

información del producto que iba a contratar, y a tales efectos la testifical del empleado de la entidad fue plenamente reveladora respecto a la falta de una exhaustiva y pormenorizada explicación sobre las características del producto y del riesgo que éste entrañaba. Y tampoco esa información se recibió a través de la información contenida en los contratos, contrato que no obra en autos, y en todo caso y como sostiene el TS en sentencia de 03 de febrero de 2016 :

«... cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente, no bastan con que en el contrato se haga mención de que «el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido», pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre).»

En definitiva, la parte demandada incumplió con el deber de información, transparencia, diligencia y lealtad en los términos legalmente exigibles y que antes se han expuesto. Por todo lo expuesto, en aplicación del Art 1.101 y ss Código Civil, procede estimar la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada.

TERCERO.- Dada la estimación de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art 394.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por el el Procurador D. Jorge Castelló Gasco en nombre y representación de CONTRA LA ENTIDAD BANCO POPULAR (BANCO POPULAR), declaró el incumplimiento por parte de Banco Popular de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad, información y transparencia en la suscripción del contrato Swap bonificado doble barrera de 30 de julio de 2008 y en consecuencia debió condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de 36.286,84 €, más los intereses legales desde la fecha de interposición judicial y ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de APELACIÓN ante este Tribunal (artículo 455 LEC), dentro del plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LEC).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

8

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANCO SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/000/02/0513/18 indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en esta oficina judicial, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado/a-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe, en Valencia, a dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

