

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º

TELÉFONO: 96-192-90-10

N.I.G.: 46250-42-1-2019-0022633

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000672/2019-C

De: D/ña. IDP LAMPSHADES, S.A.

Procurador/a Sr/a. MARTINEZ GOMEZ, MERCEDES

Contra: D/ña. BANCO SANTANDER

Procurador/a Sr/a. CALABUIG VILLALBA, PAULA CARMEN

SENTENCIA Nº 45/2020

En Valencia a veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Visto por mi M^a Angeles Sáez Beltrán, Jueza Sustituta del Juzgado numero 1 de Primera Instancia de Valencia, los precedentes autos de Juicio Declarativo ORDINARIO, con el número 672/19 seguidas a instancia de la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Martinez Gomez en representación de IDP LAMPSHADES S.L. contra la entidad financiera Banco de Santander representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Paula Calbuig Villalba, asistida de letrado, vengo a resolver en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda ajustada a las prescripciones legales, formulada por la Procuradora de los Tribunales arriba referenciado solicitando se dicte sentencia en la se declare el incumplimiento contractual por parte de la demandada y declarado el incumplimiento que se proceda a indemnizar por daños y perjuicios a la actora, que se concretan en 155.790 euros, más los intereses legales y las costas.-

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto 20/0519 se le concedió 20 días a la demandada para comparecer y contestar a la demanda, la demandada compareció y antes de contestar a la demanda insto la excepción de cosa juzgada y contesto a la demanda se fijo dia para la audiencia previa en fecha 18/12/19.-

TERCERO.- En el acto de la audiencia previa las partes manifestaron no llegar a un acuerdo la actora se ratifico en su escrito de demanda y la demandada en su escrito de contestación a la demanda y en su **excepción de cosa juzgada que se desestimo en la audiencia previa**, se propusieron la prueba documental por reproducida , documental , testifical, y pericial señalándose para la fecha del juicio el 19/02/2020, llegado el día del juicio se practico la prueba admitida en la audiencia previa tal como consta en la grabación excepto un testigo por parte de la actora y otro por parte de la

demandada, que renunciaron a los mismos, finalizada la practica de la prueba se realizo las conclusiones por las partes; quedando las actuaciones vista para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora solicita que se declare el incumplimiento contractual por parte de la demandada y declarado el incumplimiento que se proceda a indemnizar por daños y perjuicios a la actora , que se concretan en 155.790 euros,mas los intereses legales y las costas

La parte demandada interpone la excepción de cosa juzgada que se desestimo en la audiencia previa tal como consta en la grabación de la misma, interpone la **prescripcion de la accion indemnizatoria** y entrando en el fondo del asunto manifiesta que la entidad informo debidamente al suscriptor de las acciones.

SEGUNDO.- En cuanto a la prescripción de la acción se desestima porque la acción que se ejercita es una acción contractual del articulo 1101 del Código Civil ya que las partes están unidas por un contrato cuando suscribieron el producto financiero SWAP y no una acción extracontractual del articulo 1902 del Código Civil, por lo que la acción contractual prescribe a los 15 años según redacción del articulo 1964 del Código Civil, antes de su modificación , debiendo aplicarse los 15 años porque dicho contrato se realizo antes de que se modificara dicho articulo.

Entrando en el fondo del asunto el articulo 217 de la LEC al referirse a la carga de la prueba, determina que corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos de su derecho y al demandado la probanza de los impeditivos o extintivos.

De una valoración conjunta de la prueba practicada basadas en la reglas de la sana critica, documental por reproducida, queda acreditado que la actora el día 04/04/2007 suscribe un producto financiero denominado contrato de permuta financiera de 2.000.000 de euros, que anteriormente había contratado un préstamo hipotecario en fecha 27/03/2007,tal como se acredita con el documento 3 y 4 que se adjunta a la demanda.

Que la empresa actora es una empresa pequeña , cuyo legal representante Juan Penades no tiene estudios financieros ni formación para entender que la permuta financiera también denomina SWAP era un producto riesgoso.

Que la entidad bancaria con la que contrato no le informo de las características del producto incumpliendo una de las obligaciones básicas para la contratación de dichos productos por la entidad financiera, de hecho la firma del contrato se realizo en unos cinco minutos y fue el interventor del banco que ha declarado en el acto del juicio el que le propuso al Sr.Penades a realizar dicha permuta financiera alegando que como había contratado un préstamo hipotecario de interés variable y se decía que los intereses iban a subir , con la contratación de dicho producto se paliaría dicho efecto y era como un seguro para que se viera resarcido de la subida de los tipos de interés que le iban a afectar.

El Sr. Penades confiaba en el interventor del banco y como este le dijo que el producto le iba a beneficiar es por lo que lo contrato, habiendo quedado todo ello acreditado con la testifical practicada en el acto del juicio del Sr. Penades, el Sr. Cortes ambos manifestaron que la contratación se hizo un día que se fue al banco por otro motivo y allí el interventor les ofrecio el producto diciendo que seria beneficioso para ellos, que en aquella época se fiaban de lo que decían los empleados de los bancos y ese fue el motivo por el que lo firmo y cuando vio que el banco le hacia un cargo de 51.319 euros es cuando se dio cuenta de que el producto no era lo que le habían explicado teniendo que cancelar el mismo para que no tuvieses un perjuicio mayor , por la cantidad de 106.800 euros. Que en su empresa no había ninguna directora financiera y lo único que había era una persona que llevaba las cosas de la oficina facturas y demás pero que tampoco tenia conocimientos financieros. Que lo único que le dio el banco para que firmara es el documento tres de la demanda que se le exhibió en el acto del juicio, sin ninguna información adicional más ni por escrito ni de manera verbal, y que en ningún momento le explicaron el perjuicio que podría sufrir.

En cuanto a la prueba pericial ,fue ratificada en el acto del juicio por el perito D. Juan Miguel Galvez, que en el acto del juicio explico que como el interés del préstamo hipotecario ascendía a 5,5 % y en la permuta financiera el interés era 4,55 %,por lo que el producto financiero de permuta financiera no era adecuada , y que la permuta financiera no es un producto de protección sino de especulación, y al no ser el mismo tipo de interés es por lo que perdió el dinero en concreto en sus conclusiones recoge “en resumen de lo expuesto el producto no es transparente, esta desvinculado de los riesgos financieros que asume el cliente en su endeudamiento y es complejo, sin contener la información necesaria y suficiente para su contratación. Por lo que el cliente no es consciente del significado y alcance del contrato, ni de los riesgos que corre. Además el contrato ofrecido por la entidad bancaria no responde a la finalidad que pretende, pues no se ha creado para cubrir el tipo de interés del endeudamiento específico del Cliente, ya que el préstamo suscrito también con el Banco Popular tenía un periodo inicial de tipo fijo y un suelo superior al tipo

fijo de la cobertura , sin que el Swap contemple estos extremos, siendo la consecuencia el incremento de los costes financieros, lo que provoca que el producto no tenga razón de ser y no realice ni por asomo la cobertura ofrecida. El producto tanto en la configuración como en finalidad se ajusta más a las necesidades de la propia entidad bancaria y a un producto especulativo” tal como consta en el documento número cinco que se adjunta a la demanda.-

Con todo ello se acredita que el demandado incumplió el contrato que suscribió con la actora, al no cumplir con la obligación de facilitar información sobre el producto con la debida diligencia y transparencia así como de contar con la necesaria información sobre el cliente, por lo que en virtud del artículo 1101 del Código Civil tiene derecho a percibir como indemnización los daños y perjuicios que se derivan de dicho incumplimiento.

El perjuicio económico que sufrió la actora al contratar dicho producto asciende a la cantidad de 155.790 euros, que es la cantidad que perdió la parte actora al contratar dicho producto, descontando la liquidación positiva que percibió de la liquidación del Swap, tal como consta en el documento 4 que se adjunta a la demanda obrante en autos como prueba documental.

La entidad financiera no le proporciono la información a la que esta obligado según establece la Directiva 1993/22/CEE y el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores tal como en este sentido se recoge en numerosa jurisprudencia toda unánime en este aspecto que es aplicable para dilucidar el objeto del presente procedimiento sin perjuicio que en este supuesto contrato una persona jurídica con el banco pero ello no obsta para que la entidad bancaria prescindiera de dar la mas mínima información sobre el producto de permuta financiera que contrataba con el perjuicio que podía producirle tal como ha quedado acreditado con la prueba pericial.-

Además la falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID (que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato) da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.”

La información suministrada por el Banco Popular a la demandante es insuficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente.

Sobre este particular, las *sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre* , y *num. 769/2014, de 12 de enero de 2015* , declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El *art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE* , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « *en el marco de las negociaciones con sus clientes* ». El *art. 5 del anexo del RD 629/1993* , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « *clara, correcta, precisa, suficiente* » que debe suministrarse a la clientela sea « *entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación* ».

La *sentencia del Tribunal Supremo del 15 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5411/2014 - ECLI:ES: TS:2014:5411)*, *Sentencia: 716/2014, Recurso: 48/2013*,

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, en la que se indica: <<Como recordamos en la *Sentencia, 840/2013, de 20 de enero de 2014* , los específicos deberes de información que se imponen a las entidades que prestan servicios de inversión en esta normativa MiFID (se aplica por extensión esta denominación a la regulación nacional que traspone la Directiva comunitaria), «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el *art. 7 CC* y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo *art. 1:201* bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar».

De este modo, 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. 79bis LMV*, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.

8. Alcance del deber de información. Los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión, regulados en el *art. 79 bis LMV*, no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, " de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión ", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El *art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero* , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Este deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca no sólo sus características, sino también los riesgos asociados a tal producto.

Y en cuanto a la necesidad de realizar el test de conveniencia, y que no se realizó a los actores, la *Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 1 del 13 de julio de 2015 (ROJ: STS 3221/2015 - ECLI:ES: TS:2015:3221)*, *Sentencia: 397/2015, Recurso: 2140/2013* , Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, En la que salvando las diferencias entre los productos financieros a que se refieren, el Tribunal Supremo, establece unos criterios generales sobre el deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad y, en general sobre el deber de información, diciendo: <<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* , condensamos 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. 79 bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, 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 LMV y el art. 72 RD 217/2008, 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 LMV (test de 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 LMV* 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 ».>>

Y la sentencia de fecha 27/07/2016 del Tribunal Supremo que dictamina que “Dijimos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 ,

460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable. La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales. La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]» .

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus

clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«1. 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 y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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 la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 :

«Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para»
3.- El contrato de swap es un contrato complejo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. El contenido del documento contractual no es comprensible para una persona del perfil de la demandante, que no era experta en este tipo de productos financieros complejos, y la normativa citada obligaba a suministrar una información precontractual clara, imparcial y no engañosa, con suficiente antelación, que no hay prueba de que fuera facilitada. Con la simple lectura del documento contractual no es posible que una persona no versada en este tipo de productos financieros comprenda no solo la naturaleza del contrato que está suscribiendo sino, sobre todo, los riesgos en los que está incurriendo para el caso de que baje el tipo de interés de referencia o pretenda cancelar anticipadamente el contrato para evitar las graves pérdidas que en tal caso se producen. Por eso es necesario que la entidad bancaria que ofrece el producto facilite información clara, no engañosa, imparcial y suministrada con suficiente antelación para que el cliente la pueda estudiar y comprender.

Las propias menciones predispuestas contenidas en el contrato, relativas a que la cliente «no ha sido asesorada por la otra [parte, esto es, el banco] sobre la conveniencia de realizar la Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos del riesgo», son claramente indicativas de que Banco Santander se desentendió de facilitar a la demandante las informaciones necesarias sobre la naturaleza y riesgos del producto, pese a estar obligado a ello. En todo caso, como afirma la Audiencia, no existe prueba de que tal información fuera facilitada.

El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. En las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, declaramos:

«Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera aincide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

4.- Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

5.- En el caso objeto del recurso, el relato fáctico sentado en la sentencia recurrida muestra que el producto contratado no se ajustaba al perfil del cliente, una empresa familiar dedicada a un ámbito totalmente ajeno al mundo financiero (fundición de metales), que se vio necesitada de contratar el swap para así poder concertar un contrato de leasing y una póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, y que no recibió por parte del banco la información exigida en la normativa a que se ha hecho referencia, lo que le provocó un error de carácter sustancial al versar sobre la naturaleza y riesgos del producto, que ha de considerarse excusable por ser obligación del citado banco recurrente haber informado adecuadamente.

Séptimo.-Decisión de la Sala. Información a suministrar al cliente al que se ofrece la concertación de un contrato de swap.

1.-Banco Santander solicita expresamente que la Sala se pronuncie sobre la cuestión relativa a los deberes de información de las empresas de inversión, en este caso un banco, cuando concertan contratos de swap con sus clientes, en concreto que se declare que los deberes informativos en la comercialización de las permutas de tipos de interés no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que está relacionado.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.

Hemos añadido en la sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

2.- En la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, declaramos: «Junto con lo anterior, y al hilo de la cuestión planteada en el recurso, también hemos declarado en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, y 549/2015, de 22 de octubre, que como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor.

»En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

»Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización

por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

»Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

»El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nominal y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente.»

No hay constancia de que estas informaciones se hayan facilitado a la empresa demandante, razón por la cual, debido a este déficit de información, esta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.”

Por lo que adverbado todos los hechos de la demanda procede la estimación íntegra de la misma debiendo declarar que el Banco Popular (sucesor del mismo es el Banco de Santander) incumplió las obligaciones vigentes de información sobre el producto que vendió a la parte actora, con la debida diligencia y transparencia, así como contar con la necesaria información sobre el cliente y declarado dicho incumplimiento contractual, procede que el demandado deba indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados que se valoran en 155.790 euros.

TERCERO.- En materia de intereses la demandada deberá sufragar a la actora los establecidos en el artículo 1.100 y 1.108 del Código Civil, y 576 de la LEC.

CUARTO.- En materia de costas es de aplicación el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina que si se estima la demanda debe condenarse en costas al demandado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de especial y general aplicación al caso de autos,

F A L L O

Que desestimo la excepcion plantada por la parte demandada y entrando en el fondo del asunto **ESTIMO LA DEMANDA** formulada por de la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Martinez Gomez en representación de IDP LAMPSHADES S.L. contra la entidad financiera Banco de Santander representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Paula Calbuig Villalba, asistida de letrado; debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia;

DECLARO el incumplimiento contractual por parte de la demandada por los motivos referenciados en el cuerpo de la presente resolución y condeno a la demandada a que indemnice por los daños y perjuicios causados a la actora en la cuantía de **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA EUROS (155.790 euros) más los intereses legales**. Con expresa imposición de costas al demandado.

Así por esta mi sentencia, contra la que cabe recurso de apelación en el plazo de veinte días ante este Juzgado y que se resolviera por la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/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. Justicia doy fe, en VALENCIA , a veinticuatro de febrero de dos mil veinte .