

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 70 DE  
MADRID**

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932894/95/96

Fax: 914932897

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0078027

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 424/2015**

**Demandante:**

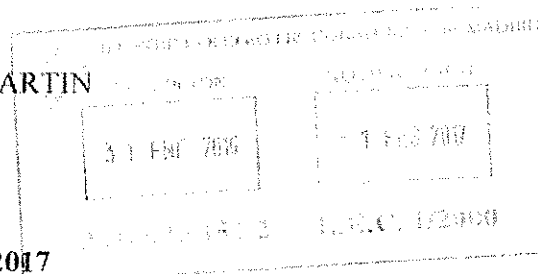
PROCURADOR D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

**Demandado:** BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. EDUARDO CODES FEIJOO



(01) 30827595939



**SENTENCIA Nº 34/2017**

En Madrid, a veintisiete de enero de 2017

Vistos por la Ilma. Sra. Hortensia Domingo de la Fuente, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid, los presentes autos de juicio Ordinario número 424/2015 seguidos a instancia del Procurador don Ernesto García Lozano Martín en nombre y representación de la entidad asistida de Letrado don Fernando Zunzunegui Pastor, contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador don Eduardo Codes Feijoo y asistida de Letrado don Javier Gilsanz Usunaga, sobre reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda que fue turnada y repartida a este Juzgado con fecha 24 de abril de 2015 en la que se alegaban los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando al Juzgado que se dicte sentencia que se estime íntegramente la demanda se condene al Banco Santander al pago de 1.239.194, 07 euros por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos con la actora enumerados en la tabla I de la presente demanda, al no haber aplicado el precio de mercado tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 2 de agosto de 2010, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, y todo ello junto con los intereses legales que se haya devengado desde la percepción indebida hasta la presentación de la demanda, con expresa condena a la demandada al pago de las costas judiciales causadas, y al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda y el legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda dando traslado a la parte demandada emplazándola para que conteste a la misma en el plazo de 20 días.

TERCERO.- En la fecha señalada se celebró la audiencia previa, solicitándose por ambas partes el recibimiento del pleito a prueba, y se acuerda señalar día para la celebración del acto del juicio, practicándose el día señalado toda la propuesta y declarada pertinente, con el

resultado que obra en autos, registrado en el soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, quedando los autos conclusos para dictar la resolución pertinente, previo informe de los Letrados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita acción de reclamación de cantidad por incumplimiento del Banco Santander a la hora de cancelar cinco swaps suscritos entre las partes a precio de mercado, habiendo cobrado indebidamente el Banco a la entidad actora la suma de 86.532, 39€ e igualmente el incumplimiento de la obligación de valorar todos los swaps contratados a precio de mercado, considerando que el valor en el mercado en el momento inicial debe ser cero para que los productos contratados nazcan equilibrados con la mismas probabilidades de ganar o perder para cada una de las partes, alegando que el valor razonable de los swaps contratos en base a criterios de mercado, no era nulo a la fecha de contratación. Eso supone que cada transacción existió de hecho una comisión implícita no comunicada al cliente que fue soportada por este que debería haber recibido del Banco en la cuantía de 1.152.661,68 €.

Por la parte demandada se opone a la pretensión esgrimida de contrario alegando que la determinación de la cuantía exacta sobre el importe de cancelación, solo puede hacerse en el momento en que el cliente decide cancelar anticipadamente porque depende de variables de mercado, tal y como se expresa en todos y cada una de las permutas que contrata y que el mencionado valor se calcula mediante una compleja fórmula matemática seguida por todos los operadores que alcanzan un resultado similar e igualmente el correcto cumplimiento del contrato y de la inexistencia de incumplimiento de los propios manuales de venta del propio banco Santander, inexistencia de cobro de comisiones ocultas al inicio y correcto cálculo de la cancelación anticipada.

SEGUNDO.- Partimos como premisa que las alegaciones en los primeros dieciséis folios de la contestación a la demanda formulada en cuanto al perfil de la entidad actora y la existencia y trayectoria del representante legal de la entidad actora y la finalidad económica de los contratos y la razón de su celebración, carecen de interés para la resolución de la presente litis ya que la parte actora no ejercita acción de nulidad de los contratos suscritos por vicios en el consentimiento, ni cuestiona las liquidaciones trimestrales que se fueron efectuando, sino que se ejercita una acción por incumplimiento de los contratos suscritos con un perjuicio patrimonial para la actora.

Dicho esto también hay que traer a colación la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo sobre las obligaciones de la entidad bancaria, así la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de enero de 2017, que aunque se refiere a nulidad de contratos, es aplicable al caso de autos en cuanto a la normativa que rige en la contratación de productos y servicios de inversión que señala que “ La Ley del Mercado de Valores ( RCL 2015, 1659 y 1994) (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales al contrato cuya nulidad se solicita, 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 LMV establecía como principios a los que

debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MIFID, el nuevo art. 79 .bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, 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 y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

Argumentos como los utilizados en la sentencia recurrida para desestimar el recurso, cuando se afirma por ejemplo que antes de la reforma de la Ley del Mercado de Valores, las cláusulas sobre cancelación anticipada no tenían por qué contener información detallada (ni, lógicamente, había obligación de informar adecuadamente y con antelación sobre los riesgos aparejados a tal cancelación anticipada), no son admisibles. La reforma operada en la normativa del mercado de valores no excluye que bajo la anterior redacción (normas de conducta de la Ley del Mercado de Valores y del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ( RCL 1993, 1560 ) ) existiera ya una obligación de información imparcial, clara y prestada con suficiente antelación sobre la naturaleza y riesgos del contrato.

La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 LMV desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE ( LCEur 1993, 1706 y 2550 ) , 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 LMV. 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 estos 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».

4.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial, tanto la anterior como la posterior a la transposición de la Directiva MIFID, impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. La intensidad de estos deberes de información por parte de la empresa que actúa en el mercado de valores es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

La entidad financiera 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. Para el banco (o la empresa a la que este cede su posición en el contrato), 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.

Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente 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 declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución del índice de referencia del swap (en este caso, determinados 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.

5.- La existencia de menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales cada parte tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional), y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, que se adecuaban a su experiencia inversora y financiera, y que su decisión no estaba basada en ninguna recomendación ni asesoramiento financiero o de inversión por parte de Banesto, carece de trascendencia. Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 699/2016, de 24 de noviembre, y muchas más que han mediado entre una y otra.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap.

6.- La entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. La existencia de barreras que reducen el riesgo del banco en caso de subida del índice de referencia, frente al riesgo ilimitado del cliente en caso de que baje, debe ser explicada con suficiente claridad.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, que el importe de las liquidaciones negativas y el coste de la cancelación anticipada pueden ser muy elevados

Tal información no se suministra con un simple "aviso" como los existentes en los contratos cuya nulidad se solicita y en el folleto entregado a las demandantes. Para cumplir las obligaciones de información que las normas reguladoras del mercado de valores imponían a Banesto, no era suficiente con el empleo de eufemismos («coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación») que ocultan más que aclaran la posibilidad real de sufrir pérdidas muy elevadas, o de comparaciones («coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de haber contratado una permuta de tipos de interés estándar») difícilmente comprensibles para un cliente no experto.

Tales avisos no contienen una información mínimamente clara y precisa sobre la verdadera naturaleza de los riesgos asumidos por el cliente y la gravedad que puede llegar a alcanzar el

riesgo de pérdidas económicas que para el cliente se deriva del contrato ofrecido por la entidad financiera.

7.- Hemos afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, tratándose, como se trataba, de empresas que desarrollaban su actividad en un sector completamente ajeno al financiero y de inversión, como es el de las artes gráficas.

9.- Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y otras sentencias posteriores, 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. No es admisible la alegación de 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 o que en el contrato se incluía una cláusula, prerredactada por el banco, en la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente.

10.- Tampoco puede aceptarse que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap fuera suficiente para que los clientes tuvieran información adecuada sobre el producto cuya contratación se les ofrecía, puesto que se trata de contratos muy complejos, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y, como ya se ha explicado, el aviso de riesgos no advertía adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato”

TERCERO.- Según la regla general en materia probatoria que se contienen en el artículo 217 de la LEC es al demandante en los procesos civiles al que corresponde probar los hechos constitutivos de su demanda de los que se desprendan las consecuencias jurídicas que solicita, y al demandado aquellos otros que extingan, impidan o enerven los anteriores, teniendo en cuenta los principios de facilidad y disponibilidad probatoria con arreglo a los cuales y con independencia de cuál haya sido la parte que haya introducido un hecho como objeto de debate será la que más próxima se encuentre a un medio de conocimiento de los hechos la que debe aportarla al proceso y en caso contrario correr con la falta de prueba que se pueda producir si terminado el juicio el hecho en cuestión quedara como dudoso.

Concretamente y para la valoración de la prueba pericial el art. 348 del mismo Cuerpo Legal establece las reglas de la sana crítica como la que deben servir para ese fin, pero esto no debe

conducir a valoraciones caprichosas o inmotivadas, sino que se deben apoyar en parámetros objetivos que la jurisprudencia ha ido conformando con el paso del tiempo entre los que se encuentran, los razonamientos de los dictámenes y los que los peritos hayan podido dar en la vista a preguntas contradictorias de las partes, la opinión mayoritaria cuando sean varios los técnicos actuantes en una causa, las operaciones periciales que se hayan desarrollado y los instrumentos empleados para hacerlas, y por último las cualidades profesionales que acompañen a cada facultativo y las personales que pudiesen condicionarles en relación a las partes, y resumiendo todo lo anterior el T.S. en sus sentencias de 10/FEB/94, 4/DIC/89, 28/ENE/95 o 31/MAR/97.

CUARTO.- Apreciada en su conjunto la prueba practicada, y en base a lo expuesto en los fundamentos de derecho segundo y tercero de esta resolución, en relación con la reclamación efectuada por importe de 86.532.39 € correspondiente a la cancelación anticipada de los contratos de permuta suscritos, al afirmar que no se ha aplicado el precio de mercado previsto en el contrato.

Apreciada en su conjunto la prueba practicada, en los documentos aportados, concretamente los cinco contratos de swap cancelados, swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con Knock -out , swap flotante bonificado por importe de 480.000 € y otro por 1.200.000 €, swap ligado a la inflación y swap fijo escalonado ( documentos 20,21,22, 25 26 de la demanda respectivamente), se especifica que las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto, y que se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer , en su caso , el pago por el cliente del coste correspondiente.

No es un hecho controvertido que las partes acordaron la cancelación de los referidos swaps por decisión del actor, y por lo tanto pagar el precio de mercado de los mismos, cuyo calculo correspondía al Banco Santander constando que el día pactado, 2 de agosto de 2010, se produjo la cancelación con un coste para la entidad actora que ascendió a la suma de 1.632.697 €, siendo un hecho controvertido en el presente procedimiento cuál era el coste de cancelación.

Hemos contado en el procedimiento con dos informes periciales el aportado por la parte actora emitido por don Ángel Vilaríño Sanz, y el aportado por la parte demandada emitido por don Fernando Herrero Aldea, así don Ángel afirma en su informe pericial que en relación con la valoración de swaps cancelados, considera que el importe abonado por el cliente es superior al que debería haber abonado según sus cálculos que estima que el importe debió ser de 1.546.146, 61 €, frente a la valoración efectuada por la entidad bancaria, si bien dicho perito en el informe que presenta se limita a fijar datos de fecha de operación, fecha de inicio , fecha de vencimiento fijándose la cantidad sin especificar ninguno de los parámetros que ha tenido en cuenta a la hora de fijar los importes a los que llega, diferentes a la liquidación efectuada por el Banco, afirmando en el acto del juicio que llega a una valoración , con operaciones matemáticas y parámetros, que son modelos aceptados, para expertos es conocido para expertos, cualquiera puede replicar, cuando hablamos de profesionales. Si bien por otra parte el extenso informe pericial de la parte demandada emitido por don Fernando Herrero, se limita a realizar valoraciones de las liquidaciones trimestrales que no son objeto de discusión en la presente litis pero ni siquiera hace una valoración de los importes de la cancelación, ni justifica que fueran correctos los

cálculos de cancelación efectuados por la parte demandada ni tampoco contradice los cálculos efectuados por el perito actor, lo que queda claro a esta Tribunal, es que los cálculos de la cancelación es una cuestión técnico pericial, que para determinar si los cálculos se hicieron o no a precios de mercado es necesario conocimientos y una metodología específica para profesionales en la materia. En base a los informes periciales aportados por las partes, aunque el informe de la parte actora no es exhaustivo ni se explica los parámetros que ha utilizado para llegar a las cifras que se señalan en el citado informe, la entidad bancaria responsable de la redacción de la cláusula contractual y de los cálculos efectuados se ha limitado a afirmar que el importe de cancelación es correcto en su escrito de contestación, sin que el informe pericial aportado por la demandada elaborado por don Fernando Herrero en sus 135 folios, ni siquiera afirme que es correcto el coste de cancelación efectuado por el banco, ni razona ni siquiera contradice la valoración efectuada por el perito actor, sino que se limita a realizar valoraciones en cuanto a las liquidaciones trimestrales que sorprendentemente no es un hecho controvertido en la presente litis.

Por lo que se refiere a la alegación que efectúa la parte demandada en cuanto que la parte actora conocía la procedencia de los importe que eran calculados a un valor de mercado, que si no hubiera estado conforme podía no haberlos firmado y solicitada una valoración en otra entidad para contrarrestarla, hay que señalar que no ha quedado probado que el representante de la entidad actora fuera informado por el banco de la fórmula de cálculo que ni siquiera ha explicado en el presente procedimiento la fórmula de cálculo, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo que se especifica en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia con una reciente sentencia del Tribunal Supremo.

En base a todo lo expuesto y teniendo este Tribunal sólo una prueba pericial que efectúa el cálculo de cancelación afirmando que de conformidad con los swaps suscritos, existieron desviaciones a favor del Banco entre el coste de cancelación abonado por el Cliente, y el que le correspondió abonar de conformidad con el valor de mercado, prueba pericial no contradicha por la parte demanda, ha habido un incumplimiento contractual de la entidad bancaria en los cálculos efectuados en relación al coste de cancelación de conformidad con el precio de mercado de conformidad con los contratos suscritos por importe de 86.532,39€.

QUINTO. - Respecto a las cantidades reclamadas por la actora en cuanto a lo que se denomina " comisiones implícitas ", partiendo de la premisa que en el caso de autos es un hecho no controvertido que la parte actora no pagó ninguna cantidad en la suscripción de los swaps en concepto de comisiones que se reclaman, en base a la prueba practicada especialmente los informes periciales aportados, así el perito actor hace referencia a comisiones implícitas de la entidad bancaria, si bien hace una valoración de los swaps a fecha de contratación, afirmando en su metodología de valoración que se han utilizado los modelos de valoración generalmente aceptados en la industrias financiero y se ha hecho uso del máximo de variables que son observables en el mercado, afirmando que el valor de los swaps descritos en base a criterios de mercado no era nulo a la fecha de su contratación, esto supone que en cada transacción existió una comisión implícita no comunicada al cliente que fue soportada por éste y que debería haber recibido del banco, si bien el perito de la parte demandada afirma que no pone en duda los cálculos efectuados por el perito actor pero entiende que no es una comisión como tal, si el perito hiciera una valoración no llegaría a ese resultado. No hay valoración al inicio dependiendo como esté operando el mercado, al



cierre , puede obtener mayor o menor margen, afirmando que no se puede hablar de comisiones implícitas, sino que en realidad es el margen financiero de la entidad bancaria , ya que el beneficio del banco se obtiene como un margen financiero con origen en su función de intermediación en el mercado y no como consecuencia de la evolución posterior del índice de referencia, en este sentido el beneficio que obtiene el Banco en la contratación de una operación de este tipo consiste en un mero margen financiero con origen en su función de intermediación en el mercado que se obtiene por diferencia entre los tipos contratados con sus clientes y los pactados en las coberturas que contrata acudiendo a los mercados financieros, y no en función de la evolución posterior del tipo de referencia.

Teniendo en cuenta los informes periciales aportados, aunque se denomine comisiones implícitas o margen financiero, lo que ha quedado probado es que de conformidad con el informe pericial de la parte actora ,el banco obtuvo un importe en concepto de comisiones ocultas que el cliente desconocía y no fue informado por la entidad bancaria contraviniendo las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes, y a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes y 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 estos 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 y directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente 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., por lo que habiendo quedado probado de conformidad con el informe pericial emitido por el perito de la parte actora que el valor razonable de los swaps descritos en el informe pericial contenidos en la página 17 que se da por reproducido , en base a criterios de mercado no era nulo a la fecha de su contratación, esto supone que en cada transacción existió de hecho una comisión implícita no comunicada al cliente que asciende a la suma de 772.845,85 €, cantidad que no ha sido contradicha por la parte demandada en el informe pericial aportado.

En cuanto a la cantidad reclamada por las cantidades denominadas “ comisiones implícitas”, respecto de los swaps que se recogen en la tabla 3 del escrito de demanda ( página 15), en relación a los swaps relativos a los documentos números 13, 16,17,21,18 22 y 23 , realizando en la demanda un cálculo de comisiones por aplicación de la media sobre el nominal, reclamando una cantidad de 379.815,83 €, si bien de los citados contratos no se ha realizado un estudio ni valoración económica por el perito de la parte actora en relación a los citados contratos, teniendo en cuenta la especial metodología que ha utilizado y las características de los swaps contratados, sin que el Letrado actor pueda basarse en que el banco no ha entregado los contratos , afirmación subjetiva de la parte actora, sin que haya desplegado prueba alguna en relación a los referidos contratos, sin que se pueda presumir que la entidad bancaria haya cobrado el mismo porcentaje de media por los swaps, ya que el perito actor no ha explicado ni siquiera en el dictamen los cálculos que ha efectuado y que el

porcentaje sea el mismo en cada uno de los swaps contratados que por otra parte difieren cada uno en las condiciones pactadas, y tampoco ha realizado ninguna pregunta al perito ni ha solicitado ampliación a la pericial ni ha requerido la documentación a la entidad bancaria, por lo que en relación a los contratos que no han sido objeto de valoración en el informe pericial, este Tribunal no puede estimar la cantidad aleatoria que se reclama.

En base a todo lo expuesto y acreditado el incumplimiento contractual de la parte demandada y el perjuicio patrimonial ocasionado a la parte actora en la suma de 86.532,39€ por el sobreprecio pagado por la parte actora al cancelar los swaps, y el importe de 772.845,85 euros por las llamadas "comisiones implícitas o margen financiero", procede la estimación de la demanda formulada por el importe de 859.378,24 €.

Sin que no sea óbice para la estimación parcial de la demanda la no aplicación de la doctrina de acción de repetición por cobro de lo indebido como afirma la sentencia de la sección 4 de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de fecha 11 de mayo de 2015, ya que lo decisivo en el caso de autos es si la entidad bancaria incumplió sus obligaciones contractuales y la reclamación del perjuicio ocasionado como consecuencia de ambos incumplimientos

SEXTO.- En cuanto a los intereses, procede conceder de conformidad con los artículos 1100, 1108 del Código Civil y 576 de la LEC, los intereses legales desde la fecha de interpelación judicial.

SEPTIMO.- Siendo esta resolución parcialmente estimatoria de la pretensión deducida a tenor del artículo 394 de la LEC, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

### FALLO

Que estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador don Ernesto García Lozano Martín en nombre y representación de la entidad

, contra BANCO SANTANDER S.A., condeno a la entidad demandada al pago a la actora de la suma de ochocientos cincuenta y nueve con trescientos setenta y ocho con veinticuatro uros (859.378,24 €), intereses legales de la citada cantidad desde la fecha de presentación de la demanda.

Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2882-0000-04-0424-15 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1º Instancia nº 70 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2882-0000-04-0424-15

Así lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

