

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 03 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 1 - 28020

Tfno: 914932682

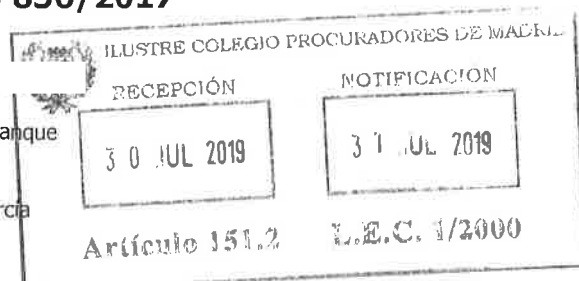
Fax: 914932684

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0163547

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 836/2017

Autos: Juicio Ordinario nº 836/17
Demandante: Ernesto García-Lozano Martín
Procurador: Fernando Zunzunegui Pastor y Miguel Cebrián Blanque
Letrados: **Banco Santander, S.A.**
Demandada: Eduardo Codes Feijóo
Procurador: José Miguel Fatás Monforte y Noa Fernández García
Letrados:



SENTENCIA - Nº 202/2019

En Madrid, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

Rafael Fluiters Casado, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, vistos los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, tramitados con el número 836/17 y seguidos a instancia de
contra **Banco Santander,**

S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el procurador Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de , se dedujo en fecha 20/09/17 demanda de juicio ordinario contra la indicada Banco Santander, S.A., en la cual, y con base en los hechos y fundamentos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase sentencia por la cual: 1) se declarase la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés suscrito por su mandante con Banco Santander y, de conformidad con el artículo 1303 del Código civil, se procediese a la restitución recíproca de las prestaciones, restituyendo Banco Santander las liquidaciones abonadas por su mandante, según quedaban expresadas en la Tabla 1 de la demanda, incluyendo las que se hubiesen podido cargar o generar con posterioridad, y todo ello junto con los intereses legales que se hubiesen devengado, dejando, en su caso, sin efecto, la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada; 2) subsidiariamente, se solicitaba que se declarase el incumplimiento por parte de Banco Santander de sus obligaciones legales y contractuales como prestador de servicios de inversión en la contratación de la permuta financiera de tipo de interés y, al amparo del artículo 1101 del Código civil, se condenase a la demandada a indemnizar a su mandante los daños y perjuicios causados, cuantificados en 2.550.298,79 €, así como los intereses legales devengados desde el cargo en cuenta de cada una de las liquidaciones recogidas en la Tabla 1 de la demanda, incluyendo las que se hubiesen podido cargar o generar con posterioridad, dejando, en su caso, sin efecto, la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada; 3) subsidiariamente, se solicitaba que se condenase a Banco Santander a devolver 246.225 € de comisiones implícitas no informadas a su mandante en la contratación de la permuta financiera de tipo de interés, con los intereses legales que se hubiesen devengado; 4) de forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicitaba que se condenase a la demandada al pago de las costas judiciales causadas y que, de conformidad con los artículos 1100 y 1108 del Código civil, y 576 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuantía a cuyo pago viniese condenada Banco Santander devengase 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 su completo pago.

Segundo: Recibida la demanda por turno de reparto, y admitida a trámite, de la misma se dio traslado a la demandada, la cual la contestó oponiéndose con base en los hechos y fundamentos que constan en el correspondiente escrito y que asimismo se dan aquí por reproducidos, solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la actora.

Tercero: Seguidamente se convocó a las partes a audiencia previa, a la cual, celebrada el 18/10/18, comparecieron ambas, ratificando ambas sus respectivas pretensiones e interesando el recibimiento del procedimiento a prueba; y, abierto el pleito a prueba, por la actora se articularon los medios de documental, más documental, testifical y pericial; y por la demandada los de documental, más documental, testifical y pericial; las pruebas propuestas fueron admitidas y declaradas pertinentes, señalándose seguidamente día y hora para la celebración del juicio.

Cuarto: Llegado el día finalmente fijado, 27/05/19, se celebró el juicio y se practicaron las pruebas que venían acordadas, tras lo cual las partes las valoraron vertiendo las alegaciones que tuvieron por conveniente, y declarándose seguidamente los autos conclusos para sentencia.

Quinto: En la tramitación de los presentes autos se han observado los trámites legales y, en lo posible, los términos y plazos, no habiéndose observado el previsto para dictar sentencia en atención a la acumulación de expedientes pendientes de resolución definitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita por la demandante, con carácter principal, acción dirigida a obtener la declaración de ser nulo, por vicio en el consentimiento (error), el contrato (confirmación) de permuta financiera (swap) firmado con la demandada (antes Banco Santander Central Hispano, S.A.) en 21/06/2006, y asegurando haber suscrito dicho contrato como condición impuesta por el Banco para conceder un préstamo con garantía hipotecaria para financiar la construcción de un colegio en las parcelas 382 y 384 del _____ y conforme a la concesión otorgada a la Cooperativa por Orden del Consejero de Educación nº _____, de 29 de noviembre, permuta financiera que a la postre le habría generado importantes pérdidas; funda su pretensión en el hecho de que siendo el swap un derivado financiero de elevada complejidad, careciendo los componentes de la Cooperativa, todos ellos docentes, de experiencia y conocimiento sobre derivados financieros, y no siendo su objetivo invertir en productos de riesgo, el Banco jamás habría proporcionado información completa y comprensible sobre dicho derivado, no siéndole entregados los documentos (CMOF y Confirmación del Swap) sino en el mismo momento de la suscripción de la escritura de préstamo, y sin informar la entidad de los riesgos que asumían los cooperativistas ni de las consecuencias de la evolución de los tipos de referencia, ni advirtiéndole de que el producto podía generar esas pérdidas; el Banco habría por ello incumplido gravemente la

normativa sobre servicios de inversión, no habiendo evaluado el perfil del cliente ni la adecuación del producto y no habiendo proporcionado información precontractual y contractual, y en concreto de los riesgos, de las consecuencias de la fluctuación de los tipos de interés, de las comisiones y de los costes de cancelación.

SEGUNDO: Se opone la demandada alegando primero que la ahora demandante, tras haber solicitado la concesión administrativa a la Comunidad de Madrid, habría buscado financiación para ejecutar el Proyecto entre diversas entidades bancarias, ya que la cooperativa no tenía recursos propios para asumir la importante inversión, que era de 14 millones de euros; que Banco Santander habría sido una de las varias entidades que habría hecho una oferta para proporcionar esa financiación, y que, entre las condiciones de esa oferta, estaba la contratación de la Cobertura (swap), resultando que durante más de 11 años, todos los contratos de esa financiación (incluida la Cobertura) se habrían ejecutado pacíficamente y sin reserva alguna de la Sociedad ahora demandante; considera que, de forma insólita e inadmisiblemente, a falta de dos años para que se produzca el vencimiento del Contrato y ejecutado el 85% del Contrato, la Demandante defiende como si fuera una verdad incontestable lo que nunca antes sostuvo y pretende desconocer lo que libre y conscientemente pactó, lo que supone "subirse al carro" de las sentencias que declaran la nulidad de swaps en casos sustancialmente distintos al presente, y ello con el objeto de modificar unilateralmente las condiciones de la financiación que la Demandante libre y conscientemente aceptó, invocando por ello la doctrina del "*retrazo desleal*"; señala que hay dos documentos que evidencian lo abusivo e infundado de la demanda, por un lado el Acta de la Asamblea Extraordinaria de 19/06/2006, y por otro el informe de gestión que se incorpora a las Cuentas Anuales 2010/2011 donde, en un cuadro elaborado por la Sociedad, se estima el coste de las futuras liquidaciones del Contrato de Cobertura, se estima también el importe total que la Demandante tendría que abonar por dicho Contrato y se refleja el efecto económico conjunto del Contrato de Cobertura junto con el préstamo, que no era otro que la estabilización de los costes financieros en los términos pactados; sostiene asimismo la caducidad de la acción ejercitada, e insiste en que el Contrato de Cobertura (swap) se habría contratado en el marco de la operación de financiación del Proyecto, de la que fue condición y es un elemento inescindible (project finance), cuyo fundamento es la capacidad del proyecto para generar flujos de caja positivos, y no tanto las garantías que se puedan ofrecer por los patrocinadores del proyecto, de forma que los flujos de efectivo generados deben ser suficientes para cubrir los gastos operativos y devolver el capital e intereses de la deuda, resultando de especial importancia en este tipo de proyectos el disponer de mecanismos eficaces para asegurar que el flujo de ingresos del proyecto permitiría el repago de los costes financieros; refiere que la ahora demandante habría contado con el asesoramiento de expertos, como experto en la "prestación de servicios de consulta y asesoramiento en la constitución y funcionamiento de toda clase de entidades cuyo objeto social sea la enseñanza y el desarrollo de actividades docentes", de , y de , indicando que el "Plan de Negocio" se habría hecho con financiación fija del 4%; también indica que la Oferta de Condiciones realizada por el Banco no establecía ninguna relación de mandato ni de comisión mercantil entre el Banco y la prestataria, y no habiendo tampoco el Banco asesorado a la misma, siendo pacífico que la Sociedad contaba con varias alternativas para financiar su proyecto; menciona también el denominado "Caso

Base", que igualmente contemplaba un coste de la financiación estable; por último afirma que se habría explicado a la empresa ahora demandante que el efecto económico de la Cobertura sobre el 80% del importe del préstamo permitiría estabilizar el coste financiero de esa parte de la financiación en torno al 5,6% (0,95% + 4,46%), y señala que es en el propio contrato de préstamo donde se evidencia que la firma de una permuta financiera de tipos de interés era una obligación expresamente asumida por la Sociedad.

TERCERO: Como es de común conocimiento, y siguiendo la doctrina sentada por diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, los Swap o IRS (Interest Rate Swap), son contratos en los que las partes acuerdan intercambiar entre sí flujos de caja futuros que obtendrán sobre un determinado nominal pactado en el contrato, y que se referencia a alguna variable, como puede ser un tipo de interés, una determinada divisa, etc; son derivados financieros, llamados así porque su principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice; el activo o índice que lo condiciona es denominado activo subyacente, pudiendo ser éste de muy diversa naturaleza (así, el patrón oro, materias primas, tipos de interés, divisas etc.); de esta forma, su valor cambia en correlación con las variaciones de precio del activo subyacente y se liquidan en una fecha futura, de manera única o periódica. Dentro de los swap, el llamado swap de intereses, que es el caso de autos, es aquel en el que las partes acuerdan pagarse recíprocamente los intereses de un nominal, que para una de las partes es un tipo fijo y para la otra un tipo variable; en el swap de intereses no hay pago del nominal y este solo sirve a los efectos del cálculo de intereses que son los únicos pagos que realizan las partes; y la liquidación se produce por compensación de forma que el saldo de cada período será favorable al que haya apostado por el tipo fijo, si el tipo variable ha sido superior, y será favorable al que haya apostado por el variable si este desciende por debajo del tipo fijo (ver SAP Burgos 3ª de 12/09/11).

Por consiguiente en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando, sino que el nominal del crédito es una mera referencia "nacional", una referencia necesaria para un contrato claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

Asimismo se ha dicho (SAP Valencia 9ª de 29/03/11), que no es necesario que tal contrato esté vinculado a una determinada operación de pasivo (préstamo o crédito), siendo autónomo e independiente de éstas y puede ser concertado en referencia bien al global del pasivo o bien con referencia a una o varias operaciones de tal naturaleza; y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (artículo 1 Ley de Contrato de Seguro LCS), aunque su finalidad puede ser la de cubrir los riesgos de las subidas de los tipos de interés con encarecimiento de los costes financieros.

No obstante, en algunos casos el swap de intereses vinculado a operaciones de endeudamiento entre las mismas partes puede tener la virtualidad de asegurar al cliente, que tiene una deuda con el banco referenciada a un tipo variable, un interés fijo por todo el montante de esa deuda, al menos por la parte de la deuda que coincida con el nominal del swap, de forma que la operación tendría un carácter especulativo para la entidad financiera, mientras que para el cliente sería una operación que le asegurase frente a las fluctuaciones o cambios de interés.

De lo que no existe duda en cualquier caso es de que, como tiene dicho el Tribunal Supremo en STS de 30/07/16, el swap es un producto o derivado financiero, que además, a partir de la Ley 47/2007, por la que se modificara la Ley del Mercado de Valores LMV pasó a calificarse como complejo (antiguo artículo 79bis.8.a) y actual 217.3.b) en relación con las letras d a k de al anexo), pero respecto al cual incluso antes de la introducción de la directiva MiFID, y a partir de la Ley 37/98, ya se estableció que *"también quedarían comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros: b) los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no"*, lo cual adquiere especial trascendencia cuando el propio artículo imponía que a dichos instrumentos financieros, *"les serían de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esa Ley para los valores negociables"*, entre las que se deben incluir las relativas a información sobre características y riesgos esenciales del producto, (artículo 27.3).

Además, la obligación de información, una vez comprobado el carácter de instrumento financiero de la permuta de tipos de interés, no sólo deriva de la propia LMV, sino que, como normas vigentes en la fecha de la contratación habría que citar el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, cuyo artículo 2 imponía cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores; y el 14.2 que los contratos-tipo deberían contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios LGDCU, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se tratase, se establecieran por el Ministro de Economía y Hacienda, mientras que el 15 determinaba la obligación de entregar los documentos contractuales, conservando la entidad copia firmada por el cliente de los documentos contractuales y el recibí del cliente a la copia del documento que le hubiese sido entregada; finalmente el 16 hacía hincapié en la obligación de informar al cliente con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones.

Por último, no puede obviarse el contenido del código de conducta que conformaba el anexo del referido Real Decreto 629/03, en el cual se prohibía a las entidades *inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio*, e, insistiendo en el deber de información, consagraba que *ésta debía ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conllevaba, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conociese con precisión los efectos de la operación que contrataba, debiendo estar cualquier previsión o predicción razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos*. También resulta de observancia la Orden de 07/10/99 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, en la cual, (Segundo), se establecían como principios y deberes generales de actuación los de diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, defendiendo los

intereses de sus clientes, identificar correctamente a sus clientes, asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos, teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión y evitando los conflictos de interés entre el gestor y su grupo con el cliente, o entre distintos clientes, dando siempre en caso de conflicto prioridad a los intereses del cliente sobre los propios.

CUARTO: Por otro lado, y en relación con la mencionada obligación de información, la jurisprudencia sentado una doctrina respecto al error vicio del consentimiento en el contrato de permuta financiera o "swap" que se resume en la STS de 13/01/17, con cita de otras muchas anteriores (p.e. de 24/11/16, 30/09/16, 18/12/15 o 26/11/15), y que la SAP Madrid 20ª de 04/05/18, sintetiza de la siguiente manera:

1º.- 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 (o impone, debería añadirse) 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.

2º.- 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.

3º.- 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; léase en este caso la advertencia contenida en las consideraciones finales.

4º.- 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; léase en este caso el apartado "Conocimiento de los riesgos de la Operación".

5º.- 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.

6º.- 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.

7º.- 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 el coste de la cancelación anticipada pueden ser muy elevados.

8º.- 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; en el presente caso ni siquiera aparecen esos "avisos".

9º.- 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. Tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error.

10º.- En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que tal normativa impone a las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento. Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. 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 imparcialidad, 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.

11º.- Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, 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 la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, 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 imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

11º.- (BIS) 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, pre-redactada por el banco, en

la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente.

12º.- 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; y

13º.- Como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos (menos aun cuando los contratos posteriores son más gravosos para el cliente que aquellos a los que sustituyen anticipadamente, o que en todo caso no hace sino confirmar el error del cliente), salvo que se pruebe que se ha informado correctamente en ellos de su naturaleza y los riesgos asociados, pueden ser considerados excluyentes del error ni actos convalidantes del negocio viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria".

Esa doctrina es ratificada y si acaso precisada en la STS de 17/04/18 que proclama que "la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable".

QUINTO: Pues bien, aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, resulta evidente la inexistencia de indicio, documento o prueba del cumplimiento por parte del Banco demandado de sus obligaciones de información como empresa prestadora de servicios de inversión, mucho menos de que la misma se proporcionase con la debida antelación, no existiendo traza o evidencia de la información por parte del Banco sobre el componente de aleatoriedad del producto, o del hecho de que los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, así como de que el mismo solo sería beneficioso si iba acompañado de un acertado pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés de referencia el Euribor; tampoco de cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, de qué cantidad debería pagar la clienta en concepto de indemnización por la cancelación anticipada; tampoco del reflejo que la previsión del Banco sobre la evolución del índice de referencia tenía en el momento de contratación; solo incluyéndose en el contrato "menciones estereotipadas predispuestas" respecto a los riesgos; no informándose tampoco de los posibles desequilibrios entre las cargas que para la clienta supondría que el tipo de interés de referencia bajase y las que para el banco supondría que este tipo subiese; ni de que el riesgo no era solo teórico, sino real; etc, etc, y sin que los testimonios de los empleados o agentes del Banco, permita alterar dichas conclusiones,

cuando se limitan a expresar de manera genérica que se informó a la clienta, y que la "cobertura", es decir el swap, era parte inescindible del conjunto de la financiación.

Y es que, una cosa es que la Cooperativa conociese que tenía que aceptar como condición para recibir el préstamo la permuta de tipos de interés ("*Este contrato asegura...*", se hace constar en el acta, documento nº 3 de la demanda), y que así se ratificase en la asamblea, o que incluso se manejase una financiación estable en el plan de negocio, y otra diferente que al firmar el swap, y el conjunto de la operación, fuese consciente de cuáles podían ser las consecuencias de la adquisición de un producto financiero complejo, aleatorio y arriesgado, y que, como confirma el perito de la demandada, , permite al Banco cubrir el riesgo de crédito concertando por su cuenta un "swap espejo" en el mercado (ver declaración en juicio), del que por supuesto no informa a la clienta, de manera que el perjuicio de la clienta se convierte en beneficio de la entidad financiera, lo que supone un palmario conflicto de interés no informado.

SEXTO: Debe en cualquier caso rechazarse la excepción de caducidad propuesta por la demandada ya que es la literalidad del artículo 1301 del Código Civil CC, unida al carácter de tracto sucesivo del contrato, la que lleva a considerar que en la fecha de la interposición de la demanda no se había consumado el mismo, en tanto, como tiene dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 CC, con la perfección del mismo, de manera que la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce "*la realización de todas las obligaciones*", "*cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes*" o cuando "*se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó*", y estimando que la reciente jurisprudencia en la materia STS de 12/01/15, y la que la reitera, cuando señala que "*en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo*", se dicta sin perjuicio de la interpretación literal del precepto y al amparo del artículo 3.1 CC, que prevé la interpretación de la ley "*en relación a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada*", pero sin que en ningún caso esa interpretación, en contra de la literalidad de la ley, pueda perjudicar precisamente al cliente minorista al que dicha jurisprudencia pretende proteger. En ese sentido es clarificadora la STS de 19/02/18, que precisamente en relación a un swap determina que "*De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato»*", añadiendo que "*A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato*", lo que, en el caso de autos, se produciría el 23-12-19.

Y tampoco puede aceptarse como aplicable al caso la doctrina del "retraso desleal" o "verwirkung", figura jurídica inexistente en nuestro ordenamiento jurídico aunque ha sido muy excepcionalmente apreciada, como manifestación de la

mala fe, en supuestos en los que el acreedor (en este caso de la posible nulidad) no ha incurrido en un mero retraso en su reclamación, sino que ha generado en el deudor, con actos expresos o inequívocos, la confianza legítima de que la deuda (en este caso la nulidad) no iba a ser nunca reclamada (interesada), lo cual obviamente no concurre en el presente supuesto, y resultando insólito que el Banco pretenda responsabilizar a sus clientes de sus propios incumplimientos legales y reglamentarios, o descalifique a estos por ejercer sus legítimos derechos.

SÉPTIMO: Así las cosas, no habiendo la demandada, antes al contrario, acreditado haber cumplido con sus obligaciones de información como empresa prestadora de servicios de inversión, no habiendo tampoco demostrado que los miembros de la Cooperativa, o de su consejo rector, tuviesen conocimientos y/o experiencia suficiente para conocer el funcionamiento del producto, sus alcances y riesgos, además del conflicto de intereses ocultado, o bien los hubieran conocido exhaustivamente en ese momento, tras la proporción de la información correspondiente, en obligada observancia de la doctrina jurisprudencial antes relacionada, procede estimar en su totalidad, y en su pedimento principal, la demanda entablada, entendiendo indiscutidos los datos contenidos en la Tabla 1 insertada por la demandante en el hecho quinto de su demanda, y con imposición de costas a la demandada por prescripción del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil LEC.

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

FALLO

Estimo la demanda formulada por el procurador Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de

contra **Banco Santander, S.A.**, y en su virtud declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés suscrito por la demandante con Banco Santander, ordenando la restitución recíproca de las prestaciones, restituyendo Banco Santander las liquidaciones abonadas por la demandante, según se expresan en la Tabla 1 de la demanda (hecho quinto), incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, y todo ello junto con los intereses legales que se hubiesen devengado desde las respectivas liquidaciones, todo lo cual, en su caso, se determinaría en ejecución de sentencia por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes LEC, y dejando sin efecto la exigibilidad de cualquier suma en concepto de cancelación anticipada; ello con imposición de las costas del procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en el término de veinte días, recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber depositado la suma de 50,00 € en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- La anterior resolución es publicada, notificada y archivada en la Secretaría del Juzgado, y queda por certificación literal unida a los autos, doy fe.