



## ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº68 de Madrid, en fecha 25 de octubre de 2017, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que debo de estimar y estimo la demanda formulada por la procuradora doña Leticia Calderón Galán, en nombre y representación de [REDACTED], contra BANCO SANTANDER, S.A. y, en consecuencia, declaro la existencia de defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad financiera en el asesoramiento prestado a la actora para la suscripción del contrato de referencia (swap) y la condeno al pago de la suma de TREINTA MIL CIEN EUROS en concepto de indemnización de daños y perjuicios, todo ello con imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

**TERCERO.-** Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 16 de abril de 2018.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución objeto de recurso.

**SEGUNDO.-** Alega la parte apelante como motivos en los que funda su recurso, en primer lugar la imposibilidad de apreciar la responsabilidad imputada a esta parte por vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las distintas Audiencias Provinciales en relación con los incumplimientos que pueden fundamentar la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada en el presente caso. Los incumplimientos alegados, referidos todos ellos a la esfera previa del contrato, podrán en todo caso ser

generadores de un error o vicio en el consentimiento, acción no ejercitada de adverso. Sigue alegando el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador a quo al concluir la existencia de una relación de asesoramiento entre las partes. No consta acreditada la existencia de relación contractual de tal naturaleza, a mayor abundamiento, la normativa MIFID no resulta de aplicación en el presente caso. Habría error en la valoración de la prueba en relación a los conocimientos y experiencia en mercados financieros de los representantes legales de ██████████ añadiendo que el administrador de la misma, ha sido administrador de la mercantil ██████████, y siendo administrador de esta, y a su través, de ██████████ ██████████. También estima que concurre error en la valoración de la prueba al concluir la Sentencia que esta parte incumplió las obligaciones que le venían legalmente impuestas, especialmente, el deber de informar al cliente sobre las características y riesgos del contrato de permuta financiera. El Juzgador de instancia acoge la única acción ejercitada de contrario, acción asentada en el artículo 1101 del CC acción, que no obstante, no puede tener cabida en supuestos como el presente, el cual se fundamenta en supuestos incumplimientos relativos a la esfera pre-contractual. El incumplimiento que basa la reclamación de la actora es el de la falta de la debida información a la hora de contratar. Pues bien, para que se condene a indemnizar por daños y perjuicios en base al artículo 1101 del CC, en atención a las resoluciones analizadas, resulta necesario que los incumplimientos que basen la indemnización se ciñan a la fase contractual, y no precontractual. Reitera que el propio Sr. García indicó en el acto del juicio que tiene formación superior concretamente es Licenciado en Ingeniería de Obras Públicas, habiendo trabajado en el Ministerio de Obras Públicas como funcionario. Además, se remite a la ingente cantidad de productos de riesgo que ██████████ a través del Sr. ██████████, ha formalizado a lo largo de los años y que sin duda son causa de las respuestas que el cliente dio a todos los tests de conveniencia a los que fue sometido por esta parte.

Continúa manifestando, que de una mera lectura del CMOF se concluye con claridad la posibilidad de que la firma del contrato implique el pago de cantidades por parte del cliente, por lo que la información es suficiente para comprender las circunstancias que ahora, de contrario, se indican que no se trasladó, información que con el empleo de la mínima diligencia por parte del administrador de la demandante podría haber tenido en cuenta en caso de desconocerlo. El mecanismo del producto y en consecuencia el intercambio de pagos que se estableció entre BANCO SANTANDER y la parte demandante, quedó perfectamente plasmado en las condiciones generales y particulares de los contratos. El soporte documental del contrato de permuta financiera controvertido es extenso en su redacción, en donde de forma clara y extensa se establece el funcionamiento del producto. El contrato define los términos y

condiciones de la operación. En definitiva, el soporte documental del contrato es más que claro en relación con la posibilidad de que se giraran liquidaciones negativas al cliente, incluido el supuesto de cancelación anticipada. A juicio de la recurrente, habría de concluirse que los daños que puedan producirse a la actora, no son consecuencia necesaria de los incumplimientos que pretende imputar a BANCO SANTANDER. Esta parte, no ha incurrido en dolo, en negligencia, ni en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, ni ha contravenido en forma alguna las mismas, de tal suerte que no se dan los requisitos que el legislador ha establecido para el nacimiento de una obligación de indemnizar, lo que ya de por sí debe concluir también en la desestimación de la pretensión esgrimida de adverso, acogida por la Sentencia de instancia. Y acaba solicitando la revocación de la resolución de instancia para que en su lugar se dicte otra en la que se desestime en su integridad la demanda en su día interpuesta por la representación procesal de la parte actora-apelada [REDACTED], contra esta parte, todo ello con expresa imposición a la adversa de las costas causadas tanto en la primera instancia como en esta alzada, según ordena el artículo 397 de la LEC.

**TERCERO.-** Frente a las anteriores manifestaciones debe comenzarse por estimar, que muy al contrario de lo alegado por la parte apelante, si debe concluirse que existía un Contrato regulatorio previo entre las partes como base de la posterior contratación individual de diferentes productos financieros, y ese Contrato regulatorio vendría dado por el Contrato Marco de Operaciones Financieras que obra como documento nº 6 de la demanda. Sentada la anterior base, y sobre la procedencia del ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios derivados del supuesto incumplimiento de los deberes de información que incumbían a la parte apelante, ha de tenerse en consideración entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala I de 30 de Diciembre de 2014. En dicha resolución literalmente se establece : “ el recurso cuestiona el criterio seguido en la sentencia recurrida cuando niega que de este incumplimiento contractual pueda derivarse una obligación de indemnización de daños y perjuicios, en este caso, el valor de la inversión perdida con la insolvencia de Landsbanki. La sentencia recurrida deniega el derecho a la indemnización porque, «no sólo existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido plenamente informado el Sr. Pelayo de las características del producto de las que no lo fue (...); sino que además la relación causal (...) ha de serlo de causalidad adecuada (...)», que «exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente...», sin que se dé en este caso esa necesaria y exigible relación de causalidad entre el incumplimiento contractual declarado y el daño que se pretende indemnizar. Niega la causalidad jurídica «porque -a su juicio- no ha sido la actuación de la entidad demandada (...) ni la causa próxima o inmediata

ni tampoco la causa adecuada, hallándose esta en un ámbito extraño al contrato que liga a las partes como lo es la intervención del Gobierno de Islandia sobre la entidad emisora, hecho súbito e inopinado...» 11. Conforme al art. 1101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco. No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 244/2013, de 18 de abril, en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». El daño causado viene determinado por el valor de la inversión, 145.332,40 euros, menos el valor a que ha quedado reducido el producto (2.550 euros) y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial”.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que puede producirse un incumplimiento decididamente contractual, de las obligaciones derivadas de los contratos o relaciones mantenidas con los clientes en los cuales se produce la contratación de un swap como el que nos ocupa. Así se ha dicho que, no nos encontramos ante una acción extracontractual sino ante un claro incumplimiento contractual y así lo ha venido recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la STS de 18 de abril de 2013 en un supuesto de adquisición de preferentes de Lehman Brothers, analiza, en el marco del artículo 1101 del Código Civil, los presupuestos del resarcimiento

del daño por incumplimiento contractual, en especial, la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable, señalando que el daño fue la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco, y el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes. Cuestión de plena aplicación al caso de autos, donde la reposición vendría dada por las pérdidas generadas por el swap.

En la STS de 20 de septiembre de 2016 se señala que cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado y en la ya citada STS de 20 de julio de 2017 que lo relevante es que la entidad bancaria, en su asesoramiento, no advierta a sus clientes, de forma clara y precisa, que el producto financiero, cuya contratación recomendaba, era contrario al perfil de riesgo elegido por los mismos para realizar su inversión. Siendo ello así y teniendo perfecta cabida la acción de indemnización de daños y perjuicios por un incumplimiento genérico de los deberes contractuales que al banco le competen, evidentemente la cuestión se desplaza hacia cuáles sean esos deberes y cuál sea la prueba que exista del incumplimiento de los mismos. Así respecto a la información que debe suministrarse a los clientes de productos financieros complejos, sobre todo cuando estos ostenta la condición de minoristas, la inmensa mayoría de los usuarios, lo cierto y verdad es que tanto bajo el imperio de la actual legislación dictada como consecuencia de la promulgación de la directiva MIFID como respecto a la anterior legislación antes de la publicación de dicha directiva lo cierto es que la doctrina jurisprudencial ha venido subrayando que mediante la información, el consumidor puede juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del contrato y decidir en consecuencia. Esta razón cobra mayor vigor si se tiene en cuenta la desigualdad informativa entre el consumidor y el empresario o profesional. En efecto, la multiplicidad de productos similares en el mercado impide al consumidor, sin auxilio, diferenciarlos y, en consecuencia, orientar su opción adquisitiva. El instrumento para tal objetivo, ese auxilio antes aludido, es la información. De ahí que hoy el texto legal de 2007 lo haya reconocido de modo expreso en el art. 60 del TRLDCU al decir que la información que con carácter previo al contrato debe poner el empresario a disposición del consumidor ha de ser clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente y adaptada a las circunstancias.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la información debida, como se ha ocupado de destacar la doctrina, tiene una presencia transversal, en

el sentido de que se extiende a lo largo de las diversas fases del iter contractual, desde la celebración del contrato hasta su ejecución, por más que los deberes de información actúen con efectos o alcance diversos según el tipo de contrato; son más extensos en los contratos basados en la confianza (arrendamiento de servicios o de gestión), o la materia (contratos financieros) o la duración (contratos de tracto sucesivo). A propósito de la significación y alcance de los deberes de información, recordando la anterior sentencia del mismo Alto Tribunal 840/2013, de 20 de enero de 2014, debe tomarse en consideración que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. (...) Estos deberes legales de información expuestos del RD 629/1993, "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. 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 (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). En suma, debe facilitarse al cliente la información precisa para que sea plenamente consciente del objeto y consecuencias del contrato. Es evidente que las entidades bancarias conocen los productos que ofertan; cuando los clientes que los suscriben tienen la consideración de consumidores, ha de serles aplicable la normativa tuitiva y protectora que corresponde a aquella condición. El RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, obligaba a las entidades a proporcionar a los clientes toda la información necesaria y relevante a fin de que pudieran tomar una decisión sobre la contratación del producto ofertado. En la STS de Pleno de 18 de abril de 2013, se dice que "las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito" y en diversas ocasiones se refiere a la necesidad de facilitar "información completa y clara" y a las "exigencias de claridad y precisión en la información" que ha de alertar "sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva", añadiendo expresamente que "la obligación de información que establece la normativa legal [...] es una obligación activa, no de mera disponibilidad". Y así, a propósito de un swaps, la STS 4 de febrero de 2016, advierte que "en todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes

como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad comprendía, además de evaluar la situación financiera y el objetivo de inversión perseguido por el cliente (a cuyo efecto se le sometió al test de idoneidad), cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba, cuáles eran sus características más relevantes, y cuáles eran los concretos riesgos asociados a este producto. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV; actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y les dio un tratamiento más sistemático, aunque no supuso una regulación realmente novedosa. Y en fin, la STS de 3-2-2016 (con cita de las de 10-9- 2014 y 20-10- 2015), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «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 de cálculo, 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. (...) "en cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación [sentencia de 10 de noviembre de 2015 , con cita de la anterior sentencia de 20 de enero de 2014, y sentencia de 18 de diciembre de 2015]". Y más adelante dice "la sentencia de apelación extrae la conclusión de que los clientes fueron informados sobre la naturaleza y los riesgos del producto de que a su entender aparecen claramente descritos en los propios contratos. Pero la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto

complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que «el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido», pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia de 16 de diciembre de 2012)". En este sentido y por lo que hace a la información suministrada, de la abundante documentación que aporta la parte demandada en los presentes autos, lo cierto y verdad es que la inmensa mayoría de la misma se trata de una información de todo punto genérica, sin que conste que se haya dado explicación alguna acerca del conocimiento de los productos que se contrataban. Por otra parte, y a pesar de que la entidad financiera viene manteniendo en su contestación a la demanda que la demandante se trata de una avezada profesional con amplios conocimientos en materia de inversión, este extremo de comprensión no está probado, y ello con independencia de que el test resulta completamente estereotipado, y sin que realmente pueda estimarse que se produzca una verdadera formación o un verdadero conocimiento personalizado de la inversora. A mayor abundamiento y como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la carga de la prueba de que se ha dado la información legalmente exigible corresponde a la entidad financiera en este sentido las SSTS de 11 de febrero de 2013 y de 16 de julio de 2014, mantienen la atribución de la carga de la prueba cuando se demanda al Banco en base a una inexistente, incompleta o inexacta información precontractual, pues esa carga nace del principio de facilidad probatoria, ahora normativizado en el apartado 7 de dicho precepto, conforme al cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba. Pues bien como se ha dicho con anterioridad no existen datos ni constancia de que se le haya dado la información legalmente exigida. Por todo ello no puede menos que llegarse a la conclusión de que por parte de la demandada, o por mejor decir de su causante, se cumplió de manera flagrante los estándares de información legalmente exigidos, no solamente en la actualidad que han sido notablemente endurecidos, sino incluso a la vista de la legislación vigente al momento de realizarse la inversión, sin que conste que se haya realizado información personalizada alguna, ni se le hayan ofrecido distintos escenarios, ni consta que



LEC.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.