



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Sección: Seccion01

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357022
Fax.: 942357023
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0001212/2017**
NIG: 3907542120170016297
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000254/2018

Intervención: Demandante	Interviniente:	Procurador: MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Demandado	BSCH	

SENTENCIA Nº 254/18

En Santander, a 5 de diciembre de 2018.

Vistos por mí, Eva Aja Lavín, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander y su correspondiente partido judicial, los presentes autos de juicio **ORDINARIO**, registrado con el número **1.212/2017**, seguidos en este Juzgado y en el que intervienen como parte demandante, _____, representada por la procuradora Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte, y defendida por la letrada Dña. Gisela Bernaldez, y como parte demandada Banco Santander S.A, representada por la procuradora Dña. _____ y defendida por el letrado D. _____, con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la procuradora Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte, en la representación que tiene acreditada en autos, se presentó el día 18 de diciembre de 2.017 demanda de juicio ordinario ante este Juzgado, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en la misma constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando que se dicte sentencia en los términos contenidos en el suplico de demanda.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de 24 de enero de 2.018, en el referido decreto se emplazó a la parte demandada a fin de que se personase y contestase, en su caso, la demanda dentro del término legalmente establecido, todo ello con los apercibimientos legales oportunos.

Por la procuradora Dña. _____ en nombre y representación de Banco Santander S.A en fecha 28 de febrero de 2.018 se contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó suplicando se desestimase íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO. Por diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demandada por la procuradora Dña. _____ en nombre y representación de Banco Santander S.A, y se citó a las partes señalando para la celebración de la audiencia previa prevenida en los artículos 414 y concordantes de la NLEC el día 10 de abril de 2.018, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo tal actuación en soporte que recoge la imagen y el sonido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 147 y 187 de la NLEC.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm fecha y hora: 12/12/2018 14:16

Firmado por: Eva Aja Lavín, Emiliano del Vigo

Código Seguro de Verificación 3907542003-ba5baaa8a389984402b91295814a8b3aiY8qAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Indexed.htm fecha y hora: 12/12/2018 14:16

Firmado por: Eva Aja Lavin, Emiliano del
Vigo

Código Seguro de Verificación 3907542003-ba5baaa8a389984402b91295814a8b3aiY8qAA==

CUARTO. No alegadas ni apreciadas de oficio excepción de tipo procesal alguna, se recibió el juicio a prueba proponiendo ambos litigantes aquellos medios probatorios que tuvieron por conveniente para la defensa de sus intereses.

QUINTO. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló como fecha del juicio el día 4 de octubre de 2.018. En dicha fecha no compareció la parte actora y si lo hizo la demandada, por lo que de conformidad con el artículo, se celebró el juicio con las formalidades legales y el resultado que consta en el acta levantada por el Secretario Judicial y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo dicha actuación en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y del sonido, tal como previenen los artículos 147 y 187 de la NLEC. Practicadas las pruebas, tras los trámites legales, quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia dada la carga de trabajo existente en el juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual en el que habría incurrido la demandada al no informar debidamente sobre las características y riesgos del contrato suscrito con la demandada en fecha 6 de febrero de 2.008, instando la devolución de las liquidaciones o saldos abonados por el actor a favor de la demandada, y el precio de cancelación, solicitando la condena al pago de la suma de 31.442,14€.

La parte demandada se opone a la pretensión de contrario alegando que la acción de indemnización de daños y perjuicio por incumplimiento contractual se encuentra prescrita, al entender que le es aplicable el plazo de 3 años regulado en el artículo 945 del Código de Comercio. Afirma que la entidad actora fue informada de forma clara y correcta de las características y riesgos de la permuta financiera contratada, y por tanto, se opone a que se aprecie la existencia de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual alguno.

SEGUNDO. Del conjunto de la prueba practicada resultan plenamente probados los siguientes hechos:

1º-Por (en adelante) y Banco Santander S.A S.A en fecha 6 de febrero de 2.008 se suscribió un contrato marco de operaciones financieras y un contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés Swap Flotante Bonificado. En el mismo se pactaba como fecha inicio del contrato el 11 de febrero de 2.008, y de vencimiento el 11 de febrero de 2.013, y un importe nominal de 240.000 euros. (doc. 1 y 2 de la demanda, doc. 10 y 11 de la contestación).

2º-En el contrato de confirmación del Swap se establecía que con el referido contrato se buscaba la estabilidad frente a la subida y bajada moderada de tipos de interés. (doc. 2 de la demanda, doc. 11 de la contestación).

3º-D. representante legal de , fue informado del contenido del contrato como si de un producto de cobertura frente a la subida de los tipos de

intereses se tratara por el empleado de Banco Santander S.A, no consta que se le informara de los costes efectivos que pudieran derivarse en caso de cancelación. (testifical).

4º-En el clausulado del contrato se definía el mismo como un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco, por el que el cliente recibe del banco trimestralmente el tipo de interés de referencia, que es el Euribor 3 meses, y el cliente abonaría al banco el referido tipo referencial menos un diferencial del 0,15%, con un máximo consistente en el cap pactado del 6,15% menos el diferencial, y obligándose a que en caso de que el tipo referencial estuviera por debajo de la barrera fijada en el 3,50%, se obligaba al pago del tipo fijo pactado del 4,60%. (doc. 3 y 6 de la demanda, doc. 1 de la contestación).

5º-Las liquidaciones producidas durante la vigencia del contrato fueron las siguientes: a favor del cliente en los meses de mayo de 2.008 la suma de 91€, en agosto de 2.008 la suma de 91€, en noviembre de 2.008 en la suma de 92€, y en febrero de 2.009 en la suma de 92€. Posteriormente, el resto de liquidaciones fueron favorables al banco: la de mayo de 2.009 en la suma de 1.539,70€, de agosto de 2.009 en la suma de 2.007,44€, en noviembre de 2.009 en la suma de 2.280,99€, en febrero de 2.010 la suma de 2.382,80€, en mayo de 2.010 en la suma de 2.337,14€, en agosto de 2.010 la suma de 2.403,04€, en noviembre de 2.010 la suma de 2.266,88€, en febrero de 2.011 la suma de 2.177,95€, en mayo de 2.011 la suma de 2.083,20€. (doc. 9 de la demanda, doc. 14 de la contestación).

6º-Con fecha 27 de junio de 2.011 se procedió a cancelar anticipadamente el producto, por lo que debió abonar la suma de 12.695€. (doc. 9 de la demanda, doc. 14 de la contestación).

TERCERO. Por lo que respecta a la normativa aplicable en cuanto a los deberes de información que debe cumplir la demandada debemos sentar como premisas que el citado contrato de permuta financiera suscrito en fecha 6 de febrero de 2.011, queda sometido a la ley 47/2007 del 19 de diciembre por la que se modifica la ley del mercado de valores y que si bien continúa con el desarrollo normativo de protección del cliente que ya establecía la regulación anterior (LMV antes de la reforma y RD 629/93), concreta aún más las importantes exigencias de información que debe facilitar el banco a la hora de suscribir contratos con sus clientes. La referida regulación introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, e introdujo el artículo 71 regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79. bis 3, 4 y 7). También le será de aplicación el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, el cual incorpora al ordenamiento español la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, y que establece en nuestro ordenamiento un completo catálogo de normas a seguir por las entidades que prestan servicios de inversión, sustituyendo en amplia medida lo dispuesto anteriormente en el Real

Decreto 629/1993, de 3 de mayo, para establecer un régimen mucho más extenso de información a la clientela, exigiendo la realización de un test o examen de idoneidad o conveniencia antes de la prestación del servicio, así como un régimen de seguimiento para la ejecución de las órdenes de los clientes, distinguiendo al efecto entre el tratamiento -mucho más cuidadoso- que debe darse a los clientes minoristas del conferido a los clientes con perfil inversor profesional.

Por otra parte habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia reiterada del TS que desde la sentencia 840/14 de 20 de enero ha venido señalando en sucesivas sentencias como la de 17-6-2.014, 7-7-2.014, 8-7-2.014, que “la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso num. 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MIFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) , conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ".

La diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008.

CUARTO. La parte actora ejercita la acción de indemnización de los daños y perjuicios que se le han producido como consecuencia de los incumplimientos contractuales en que ha incurrido la demandada, quien no cumplió con las obligaciones derivadas del contrato de asesoramiento, no sometiéndole al test de idoneidad, ni informándole de los riesgos del producto, ni de la existencia de un conflicto de intereses entre la actora y el demandado. La entidad demandada opone en primer término la excepción de prescripción, al entender que es aplicable el plazo previsto en el artículo 945 del Código de Comercio de tres años, el cual habría transcurrido a la fecha de interposición de la demanda.

Señalar que es reiterada la jurisprudencia que sostiene que "la prescripción es una figura cuya aplicación ha de hacerse en forma restrictiva por no ser institución de Justicia intrínseca o estricta, sino que está basada en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, de manera que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, de tal modo que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparezca debidamente acreditada y sí, por el contrario, lo esté el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, su estimación se hace imposible o cuando menos desaconsejable (STS entre otras, de 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983, 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987 y 8 de octubre de 1988, 17 de junio de 1989, 22 de febrero

de 1991, 24 de mayo y 20 de octubre de 1993, 18 de julio de 1994 y 26 de diciembre de 1995). De lo que se colige, en definitiva, que no solamente debe tenerse en cuenta para su apreciación el transcurso del tiempo sino también el "animus" del afectado, de manera tal que cuando aparezca fehacientemente evidenciado el "animus conservandi" por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, debe entenderse que queda correlativamente interrumpido el "tempus praescriptionis" plazo que habrá de computarse a partir del día en que las acciones pudieron ejercitarse.

La parte específica en sus fundamentos de derecho que la acción que ejercita es la de responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información derivados del contrato (artículo 1.101 y siguientes del Código Civil), por lo que el plazo de prescripción aplicable al tratarse de una acción personal, no sometida a un plazo específico, será el de 15 años del artículo 1.964 del Código Civil, hoy reducido a 5 años tras la reforma de la ley 42/15 de 5 de octubre. Ninguno de los cuales habría transcurrido, puesto que de aplicarse los cinco años se iniciaría el cómputo desde octubre de 2.015.

Así lo sostiene la SAP de Pontevedra de fecha 8 de septiembre de 2.017 cuando establece que "La excepción de prescripción (la caducidad debe ser rechazada de plano ante la falta de previsión legal) no puede ser acogida porque el plazo legalmente previsto en el artículo 1.964 del Código Civil para el ejercicio tempestivo de la acción -quince años en la fecha de formalización del contrato y cinco años tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 6 de octubre-, no había transcurrido cuando se presentó la demanda. Recuérdese que se trata de una acción por incumplimiento contractual sin previsión específica alguna, por lo que resulta de aplicación la norma general recogida en el citado precepto".

La cuestión que procede plantearse ahora es si cabe aplicar el plazo de prescripción específico previsto en el artículo 945 del Cco en relación a la acción de responsabilidad de las sociedades de inversión.

El citado precepto establece que "la responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de Buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Por lo que respecta a la jurisprudencia que ha analizado tal precepto indicar que la SAP de Murcia de fecha 17 de octubre de 2.016 establece que "El Tribunal Supremo diferencia nítidamente es estas dos resoluciones los diversos plazos aplicables en este tipo de procedimientos sobre productos financieros complejos: a) el plazo de prescripción de tres años del artículo 945 del Cco, para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de cuatro años, de caducidad, del artículo 1.301 del Código Civil para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento; c) el plazo de quince años, de prescripción del artículo 1.964 del Código Civil para el resto de acciones, ahora reducido a cinco años, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 42/15. Por ello la solución a la cuestión planteada es simple, pues basta determinar qué acción se ejercita y aplicar el régimen legal correspondiente". La referida Audiencia termina concluyendo que el plazo aplicable es el de prescripción de 15 años, hoy cinco.

Lo primero que habrá de analizarse es si las entidades financieras cuando intervienen en la comercialización de productos financieros ostentan el carácter de sociedades de inversión, o no.

El artículo 62.1 de la LMV en su redacción vigente en el momento de llevarse a cabo la adquisición de los Valores Santander tenía la siguiente redacción: “Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la presente Ley”.

Los artículos 64 y 65 señalaban respectivamente que “*Son empresas de servicios de inversión las siguientes: a) Las sociedades de valores; b) Las agencias de valores; c) Las sociedades gestoras de carteras*”. Y que “*Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todas las actividades previstas en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello*”. Vemos como la redacción inicial de la LMV optó por atribuir la característica de operador del mercado exclusivamente a las sociedades y agencias de valores. A las entidades de crédito, inicialmente, únicamente se les atribuyó competencia bursátil de carácter marginal. Posteriormente, las Directivas 93/22/CEE y 93/6/CEE se publicaron con la finalidad de construir un mercado financiero único y, consecuentemente, un mercado único de valores.

En España, ese imperativo comunitario ha sido acogido en la reforma de la LMV (Ley 37/1998), que recoge, ya, el más extenso término de empresas de servicios de inversión (investment firms). Las empresas de servicios de inversión, de conformidad con el contenido del artículo 62 de la LMV son aquellas entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros, sobre los instrumentos señalados en el artículo 2 de la LMV/88. Se consideran empresas de servicios de inversión, de conformidad con el contenido del artículo 64 del referido cuerpo legal, las sociedades de valores, las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras y las empresas de asesoramiento financiero. Asimismo, se admite que las entidades de crédito compitan con éstas pues, aunque no sean empresas de servicios de inversión según la LMV, pueden realizar habitualmente todos los servicios de inversión y actividades complementarias, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello, tal y como se deriva del contenido del artículo 65 de la LMV. La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, vigente en el momento de la contratación, derogada el 28/6/2014 por la Ley 10/2014 de 26 de junio, disponía en su artículo 1 que “Se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio”, recogiendo el referido Real Decreto Legislativo en su artículo 1 en su redacción vigente en el momento de la contratación que “A efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, se entiende por «entidad de crédito»: a) Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. b) Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en el párrafo



a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico. 2. Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito.

Pues bien atendiendo al contenido de la citada regulación, debemos concluir que las entidades financieras no son sociedades de inversión pese a que puedan intervenir en mercados financieros, por lo que no cabría aplicarles el plazo del artículo 945 del Código de Comercio que analiza la acción de responsabilidad de estas y no de entidades bancarias propiamente dichas. Para aplicar analógicamente una norma se hace necesario que se den similitudes esenciales entre el supuesto de hecho que recoge la norma y aquel al que se pretende aplicar la misma por analogía. En este caso es evidente que el banco no actuaba como intermediando entre el cliente y una tercera empresa para que aquel adquiriera un producto financiero de un tercero, sino que en este caso el banco estaba comercializando su propio producto financiero, emitido por él mismo. Actuó en beneficio propio, por tanto, no se da el supuesto de hecho incardinable en el citado precepto, por lo que no será aplicable ese plazo de prescripción de 3 años sino el de quince años, hoy cinco (artículo 1.964 del Código Civil), el cual no ha transcurrido, por lo que no estará prescrita la acción.

Procede en este momento entrar a analizar si por parte del banco se ha incurrido en los incumplimientos que le imputa la parte actora y si ello puede justificar la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada.

La STS de fecha 13 de septiembre de 2.017 es importante a los efectos de dar una respuesta a la cuestión planteada; la misma señala que “existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. (...) 2.- No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

(...)En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión

discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el artículo 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. »En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes. »De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión. »6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, (...)3.- Es decir, aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del artículo 1.124 del Código Civil, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual”.

Para conocer qué deberes le eran exigibles de los descritos en la normativa vigente a la fecha de la contratación se hace preciso entrar a analizar su perfil inversor de la demandante. Y en este caso no cabe duda de que, por un lado, debe ser calificado como minorista.

Por lo que respecta a su perfil inversión, la entidad demandada sostiene que la misma era una inversora a la que le gustaba asumir riesgos, tal y como lo demuestra el hecho de que hubiera contratado acciones en diversas ocasiones,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

fondos de inversión no garantizados, Valores Santander y Participaciones Preferentes. Así mismo entendía que el administrador único de la citada sociedad tenía conocimientos financieros por el hecho de haber ostentado cargos de dirección o administración en diversas sociedades.

Debemos partir del criterio jurisprudencial sentado por la AP de Cantabria en sentencia de 3 de mayo de 2.016 y 19 de julio de 2.016 que considera que no conlleva la condición de inversor arriesgado, ni de experto, el mero hecho de haber tenido inversiones previas si no se prueba que se les informó adecuadamente de las mismas. La SAP de Cantabria de 15 de noviembre de 2.016 respecto de esta cuestión señala que “como expresaron las STS 18.4.2013 y 12.1.2015, el hecho de que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida, o que como dice la STS 3.2.2016, del hecho de haber participado en fondo de inversión o en la titularidad de una cartera de valores no se puede extraer el perfil de un inversor de riesgo. Como se ha sostenido en la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 2016 (con cita de las SSTS de 12 de enero o de 22 de octubre de 2015, entre otras), *<<ante supuestos de incumplimiento del deber de información la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de señalar que el hecho de ser una sociedad mercantil, el administrador de la misma, un simple empresario, un licenciado en económicas, un contable, poseer un considerable patrimonio o haber realizado otras inversiones con anterioridad, no son circunstancias que determinen necesariamente que se trate de clientes expertos en inversiones y con conocimientos especializados en productos financieros complejos y arriesgados que permitan excluir la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable>>*”.

En el presente caso una vez analizada la prueba practicada resulta de un lado probado que la formación profesional del Sr. _____, administrador único de _____, no justifica que el mismo tuviera conocimientos especializados en matemáticas financieras, que es la disciplina específica de la materia. Del certificado aportado como doc. 6 de la demanda se desprende que el mismo cursó estudios de bachillerato, por tanto, nada que implique per se ostentar conocimientos específicos financieros. Por otro lado, en cuanto a su condición de administrador, consta que en la actualidad tan sólo lo es de _____, y que con anterioridad ha ostentado la condición de consejero de Sociedad de Desarrollo Manriqueña y Consultoría de Gestión Empresarial y de Mobicor, ninguna de la cuales tiene por objeto social la realización de tareas que impliquen la concurrencia en sus consejeros y socios de conocimientos financieros (doc. 1 y 2 de la contestación). Por otro lado, si analizamos el histórico de inversiones de _____ vemos que la misma ha sido titular de acciones, fondos de inversión, planes de pensiones y algún seguro (doc. 4 y 5 de la contestación). De las folletos informativos de los fondos de inversión y planes de pensiones contratados por D. _____, ya sea como administrador único de _____ o como persona física no se desprende la asunción de importantes riesgos, pues en la mayoría de ellos el riesgo es bajo o muy moderado (doc. 9 A a F de la contestación). Por otro lado, se desconoce cuál fue la información facilitada sobre tales productos por el empleado del banco que se los comercializó, por lo que se desconoce si realmente la actora y su administrador eran conscientes de los riesgos que implicaban cada uno de esos productos. Por último, si atendemos a los oficios remitidos por otras entidades financieras con las que contrataron _____ y D. _____ se desprende que en las mismas se limitaron a

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm fecha y hora: 12/12/2018 14:16

Firmado por: Eva Aja Lavin, Emiliano del
Vigo

Código Seguro de Verificación 3907542003-ba5baaa8a389984402b91295814a8b3aiY8qAA==



tener cuentas corrientes y préstamos, no constando la existencia de inversión alguna de riesgo en aquellas. Por tanto, no se entiende probado que la entidad actora o su administrador único sean inversores avezados, a los que les interese asumir riesgos.

Partiendo de lo expuesto se hace preciso ahora entrar a analizar si por parte del banco se efectuó una labor de asesoramiento o no en el presente caso. La conclusión es que así fue, pues así lo señaló con rotundidad al testificar, Dña. _____, la esposa del Sr. _____, indicando que cuando el administrador de la actora suscribió el contrato de préstamo, en febrero de 2.008, fue el propio empleado del banco Sr. _____, quien le insistió en que debía contratar el seguro de tipos de interés. Indicar que la testifical de la Sra. _____ debe ser valorada con cautela dada la relación familiar que presenta con el administrador único de la actora, si bien, debe indicarse que se le debe dar veracidad a la misma en cuanto que muchas de sus manifestaciones fueron corroboradas por el testigo Sr. _____ empleado del banco. El Sr. _____ reconoció expresamente que fue él quien le ofreció al Sr. _____ la permuta financiera de tipos de interés. Y que la única ofertada, fue la suscrita, puesto que era la que la entidad bancaria comercializaba en esos momentos. Por tanto, hubo un ofrecimiento concreto y específico de este producto y no de otro, y en las condiciones concretas en que se firmó, puesto que eran las únicas ofrecidas, todo ello implica que se ha producido un claro asesoramiento por parte de la entidad bancaria, que conllevará la obligación de la misma de someter a la actora al test de idoneidad, lo que no consta haya realizado. También implica la obligación de llevar a cabo una información veraz, exhaustiva, clara y sencilla dirigida a que la actora tuviera un verdadero conocimiento del producto que iba a suscribir, de sus riesgos y que pudiera valorar si entraba dentro de sus objetivos de inversión. Respecto a la características del producto de las que fue informado el representante de la actora, debemos concluir que la permuta financiera le fue ofrecida como un mecanismo de control frente a la subida de los tipos de interés, lo que se entiende probado, por un lado, porque en el documento de confirmación (doc. 1 de la demanda, doc. 11 de la contestación) así se deja entrever al señalar que se trata de un producto dirigido a buscar la estabilidad frente a las subidas y bajadas de los tipos de interés. Por otro lado, se deriva de la propia testifical del Sr. _____, quien admitió que el swap se lo ofertó para cubrir la subida de tipos de interés. Por su parte la testigo Sra. Reyes indicó que el Sr. _____ la refirió que el empleado del banco se lo comercializó como un contrato en todo caso destinado a protegerse de la subida de los tipos de interés, un seguro para pagar una cuota fija.

Por otro lado, queda acreditado que la información facilitada al Sr. _____ no fue completa puesto que el propio empleado del banco reconoció que ninguna información le aportó sobre la posibilidad de cancelación del contrato y el coste que le podía suponer a la actora. Es cierto que en el contrato se establece que se fijará el coste conforme a precios de mercados, pero ninguna otra indicación se efectúa sobre el mercado al que va referido, ni sobre la fórmula concreta de cálculo o conceptos que debían ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el importe de esa cancelación. Tampoco se efectuó simulación alguna por parte del Sr. _____ que permitiera a la actora hacerse una idea sobre el coste de esa cancelación mediante un cálculo aproximado atendiendo a unas condiciones de mercado supuestas a modo de ejemplo. Es evidente que la posibilidad de cancelación y el coste de la misma es un dato importante que debió serle explicado debidamente a _____ con el fin de conocer las verdaderas características y riesgos del producto que iba a asumir.

En cuanto al funcionamiento del swap no consta que se le explicara de forma clara y comprensible los diversos escenarios en que podía encontrarse en función del valor del Euribor 3 meses. No consta que se le efectuaran simulaciones que le permitieran conocer ese resultado en cada caso, considerando insuficientes los gráficos contenidos en el contrato suscrito (doc. 1 de la demanda, doc. 11 de la contestación). Por tanto, es evidente que no hubo una información suficiente sobre la totalidad de características y riesgos del producto, sobre su carácter aleatorio y la posibilidad de que se derivaran pérdidas económicas para el cliente. No se ha probado en modo alguno por la entidad bancaria que se le informara a de la concurrencia de un claro conflicto de intereses entre ella y el banco, siendo evidente que existe puesto que el cargo al banco implica un abono o beneficio al cliente y al contrario, lo que no consta que se le explicase. Tampoco del mero hecho de que se percibieran 4 liquidaciones positivas de escaso importe (dos de 91€ y dos de 92€), pudo llevar a la actora a percatarse desde el inicio de esa circunstancia, pues tal y como explicó la testigo Sra. , esas cantidades no eran llamativas y se ingresaban en una cuenta en la que recibían muchos otros ingresos de clientes de similar importe, lo que es cierto a la vista del extracto de movimientos de la cuenta aportado como doc. de la demanda. Es evidente que de la realidad de ese conflicto de intereses y del verdadero funcionamiento del swap se percató la actora cuando le empezaron a efectuar las importantes liquidaciones negativas derivadas de la aplicación de un tipo fijo bastante elevado del 4,96%. Por tanto, se debe concluir que la demandada incumplió de forma clara los deberes de información que la normativa aplicable le imponía, y que ello motivó que suscribiera un contrato y asumiera los riesgos derivados del mismo sin una verdadero conocimiento de lo contrataba, de lo que se han derivado unas pérdidas económicas que se cuantifican en el importe de las liquidaciones pagadas por tal entidad más el importe del precio de cancelación, menos las liquidaciones positivas recibidas. Por tanto, la actora deberá ser indemnizada por la demandada en la cantidad de 31.442,14€, menos la suma de las liquidaciones positivas que ascendieron a 366€, lo que hace un total de 31.076,14€.

QUINTO. La citada cantidad devengará los intereses legales desde la fecha de la demanda y hasta la presente sentencia, y desde la misma y hasta el completo pago los intereses procesales del artículo 576 de la LEC.

SEXTO. La estimación sustancial de la demanda, pues la diferencia entre lo pedido y lo concedido es inferior al 10%, conllevará que a tenor del artículo 394 de la LEC, se impongan las costas a la demandada.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimar sustancialmente la demanda presentada por la procuradora Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte en nombre y representación de y condenar a Banco Santander SA a indemnizarle en la suma de treinta y un mil setenta y seis euros con catorce céntimos de euro (31.076,14€), más los intereses legales en los términos contenidos en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución y de las costas.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria que, en su caso, se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

DEPÓSITO PARA RECURRIR: Conforme establece la ley 1/09 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ 1/85 de 1 de julio y se añade la disposición adicional 15ª para la interposición del referido recurso de apelación la parte recurrente deberá constituir un depósito de 50€.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así por esta sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la dictó, habiéndose celebrando en Audiencia Pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo el Secretario, doy fe.