

**SENTENCIA Nº 95/2019**

**SECCIÓN OCTAVA**

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

**Presidente**

D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

**Magistradas**

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ANTONIA GAITÓN REDONDO

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> FE ORTEGA MIFSUD

=====

En la ciudad de VALENCIA, a trece de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> FE ORTEGA MIFSUD, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 16 de Valencia, con el nº 745/2017, por \_\_\_\_\_ representado en esta alzada por el Procurador D<sup>a</sup> Isabel Ballester Gómez y dirigido por el Letrado D. Justo Agustín Pascual Monar contra BANCO SANTANDER representado en esta alzada por el Procurador \_\_\_\_\_ y dirigido por el Letrado \_\_\_\_\_, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia nº 16 de Valencia, en fecha 12/6/18, contiene el siguiente: "FALLO: QUE ESTIMANDO LA DEMANDA formulada por la entidad \_\_\_\_\_ contra la entidad BANCO SANTANDER, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y, en consecuencia, debo de condenar y condeno a la demandada referida a que, firme la presente la presente resolución, abone, en concepto de indemnización de daños, a la parte actora, la cantidad de NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL EUROS Y CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO, (94.475´43 euros), más intereses legales, todo, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER, que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta

Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 6 de febrero de 2019.

**TERCERO.-** Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** presentó demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en ejercicio de acción de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código Civil y con fundamento en que la demandante es una pequeña empresa y que en el marco de una relación de confianza, la demandada colocó de forma apresurada dos derivados financieros de Banesto por importe de 400.000 euros (8 de febrero 2007) y 750.000 euros (17 septiembre de 2008), para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés en su endeudamiento, pero el producto no cumplió su finalidad. En el seno de una breve reunión se ofrecen unos productos que según se le dijo les iba a proteger frente a cualquier riesgo ante posible subidas del interés. Son productos complejos y la información recibida fue además de escasa, inadecuada, tampoco se le informó de la naturaleza y riesgos del producto. Además no se le hizo ni el test de conveniencia ni el de idoneidad. Se le dijo que si en algún momento el producto no era de su interés, podían abandonarlo, sin coste alguno, lo que ha resultado falso. En resumen si no se hubiera contratado se habría evitado pérdidas por importe de 94.475'43 euros. Banco Santander S.A. se opuso a la demanda alegando que la contratación fue con toda la información necesaria y explicaciones oportunas. Que el contrato de 8 de febrero de 2007, fue cancelado de mutuo acuerdo sin coste alguno y el de 17 septiembre de 2008, hubieron dos liquidaciones sin que fueran negativas para la actora, y después se produjeron otras a las que afectaron los acontecimientos económicos que se produjeron. Por último, la demandante ha simulado una acción para evitar la de anulabilidad que estaba caducada. La sentencia de instancia estimó la demanda y contra dicha resolución formula recurso de apelación Banco Santander S.A.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso lo constituye la alegación de que la única acción admisible sería la de nulidad y que como está caducada se ha simulado una acción para evitar precisamente la caducidad. El motivo ha de ser desestimado por cuanto la acción ejercitada en el presente es la de daños y perjuicios ex artículo 1101 del Código Civil y por tanto perfectamente admisible y a ésta habrá que estar para la resolución del litigio. El segundo motivo lo constituye el error en valoración de la prueba porque la demandada cumplió con los

deberes de información. El motivo ha de ser desestimado así la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 expresa 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. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los

actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3). El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas". En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión. b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero. d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento ". 8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por

tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado". Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero). Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en

relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...). c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...). 9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "La cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que 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" (apartado 55)". 10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato. En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil.48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9,

apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27)". En un caso como el presente, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Por la parte demandada, se alega, que cumplió con las obligaciones de información legalmente establecidas y que se le informó debidamente. La sentencia de instancia no da por acreditado que la demandada cumpliera con el deber de información compartiendo la Sala dicha apreciación a la vista de la prueba practicada y habiendo quedado acreditado que la demandante era un cliente minorista, y que ninguna información se le dio en relación a las características y complejidad del producto y que además tampoco se le realizó ningún test ni de conveniencia ni de idoneidad en relación al mismo contratado en septiembre de 2008. Pues bien llegados a este punto, no se ha de olvidar que la justificación de cumplimiento de la información es prueba de la demandada, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las situaciones de duda que al respecto pudiesen plantearse sólo a ella habrán de perjudicar al ser suya la carga de la prueba. De ahí que en atención a todo lo expuesto, proceda la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución de instancia.

**TERCERO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la desestimación del recurso de apelación motiva la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

## **F A L L O**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A., contra la sentencia de 12 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Valencia, en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 745/17, que se confirma íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada. Cumplidas que

sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la sentencia que antecede, estando celebrando audiencia pública la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia. Doy fe.

*Conforme y siendole aplicable la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.*