

## SENTENCIA Nº 191/11

MAGISTRADA-JUEZ que la dicta: D<sup>a</sup> RAQUEL ALASTRUEY GRACIA

Lugar: Barcelona

Fecha: 23 de septiembre de 2011

**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 991/10-A**

PARTE DEMANDANTE: I

SL.

Abogado: Jordi Ruiz de Villa Jubany

Procurador: Susana Bravo Sánchez

PARTE DEMANDADA: BANCO SANTANDER S.A.

Abogado: Ramón Entrena cuesta

Procurador: Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest

OBJETO DEL JUICIO: Nulidad de operaciones de SWAP

CUANTIA: 893.170,07 €

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales Sra. Bravo presentó el día 23 de junio de 2010 demanda de Juicio Ordinario, en la que básicamente alegaba lo siguiente:

1) Las demandantes forman un conjunto de empresas familiares vinculadas al Sr.

se dedica al sector inmobiliario y actividades relacionadas con energías renovables; se dedica al comercio del calzado y a actividades inmobiliarias y

es la entidad holding del grupo familiar y se dedica a la dirección y gestión de los negocios del grupo y también a actividades relacionadas con energías renovables. Banco de Santander es, desde hace más de 20 años, la entidad bancaria con la que trabaja el Sr.

y sus empresas familiares, siendo su banco de confianza, que le asesora en la gestión del patrimonio, a través de su rama de Banca Privada y le proponía y recomendaba las inversiones más convenientes y en ese marco de asesoramiento le recomendó la inversión en energías renovables, ofreciéndole la concesión de financiación y un mecanismo de coberturas de tipos de interés para "mitigar riesgos".

2) Tanto el Sr. como sus sociedades familiares son clientes minoristas, dentro de la nomenclatura de la Directiva MiFID y destinatarios finales de los servicios financieros, que gozan de la protección reforzada del Derecho de Consumidores.

3) Las sociedades de la familia contrataron con Banco de Santander unos swaps como un seguro contra la subida de tipos de interés, vinculados a la existencia de la financiación concedida:

3.1 , previa recomendación y asesoramiento de Banco Santander al Sr. realizó una inversión inmobiliaria denominada suscribiendo varios contratos que configuraban una única operación de inversión apalancada: el 24 de octubre de 2005 una póliza de crédito por 4.000.000 €, para adquisición de activos financieros, cuyo interés anual iba referido al euribor hipotecario más 1,06, pero se liquidaba trimestralmente; el 25 de octubre de 2005 compra de acciones por importe de 5.000.000 € de la sociedad (del grupo Santander); el 9 de marzo de 2006 pignoró las acciones recibidas, en garantía de la póliza de crédito; el 16 de febrero de 2006 suscribió un Swap de tipos de interés, por un nominal de 4.000.000 €, fijándose como día de inicio el 24 de octubre de 2006, fecha coincidente con el vencimiento del primer plazo de revisión anual de intereses de la póliza de crédito. Dicho Swap, por recomendación del Banco fue sustituido por otro de fecha 15 de febrero de 2007 que comportó un coste para de 33128,70 € y éste por otro de fecha 16-5-2008 del tipo "flotante bonificado", cuya fecha de inicio era el 19 de mayo de 2008, por el mismo nominal de 4.000.000 € y vencimiento el 19 de mayo de 2013.

3.2 , previa recomendación y asesoramiento de Banco Santander, realizó una inversión en el sector eólico en a través de , suscribiendo varios contratos que configuraban una única operación de inversión apalancada: el 28 de mayo de 2008 una póliza de crédito personal a tipo variable de 800.000 €; esa misma fecha se pignoraron determinados bienes valorados en 1.000.000 € en garantía del anterior crédito; esa misma fecha se suscribió un Swap "flotante bonificado" con fecha de inicio 2-6-08 a cinco años, y el 3 de junio de 2008 la compraventa de 2500 acciones de "Santander Energías renovables I, SCR de régimen simplificado S.A. por importe de 500.000 €.

3.3 ' previa recomendación y asesoramiento de Banco Santander, invirtió en una planta fotovoltaica de producción de energía eléctrica en , suscribiendo los siguientes contratos: el 27 de junio de 2008 compraventa de planta fotovoltaica por 902.000 € (IVA excluido), el 8 de julio de 2008 leasing para financiar el pago y en garantía de dicho leasing, la cesión de derechos derivados del contrato de compraventa que fue elevada a público el 26 de noviembre de 2008 y el 8 de julio de 2008 también se contrató un swap flotante bonificado, con efectos el 14 de julio de 2008, a cinco años por un nominal de 902.000 €.

4) El Banco incumplió su propio manual de procedimientos para la venta de productos financieros de 2007 que exige facilitar al cliente la documentación o información comercial sobre el producto financiero de que se trate con antelación suficiente para que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas y asimismo incumplió su obligación de que asegurarse que los Swaps eran productos idóneos para cada una de las sociedades de la familia

5) El Banco no avisó de la aparición y materialización de los riesgos propios de los swaps, la previsión de que se activaran las barreras "floor" debido a la caída de los tipos era

ciertamente probable, pues en julio de 2008 la probabilidad de caída de tipos de interés ya era anticipada por los analistas, el propio Banco en documento interno de verano de 2007 ya lo había reconocido y llegado septiembre de 2008 no advirtió a sus clientes que la caída de los tipos de interés activaría las barreras de los Swaps y que su coste de cancelación anticipada crecería progresivamente, a pesar de que el cliente le solicitó esa información en varias ocasiones desde noviembre de 2008. El Banco infringió sus deberes de información y asesoramiento anteponiendo sus intereses a los del cliente, pues él canceló anticipadamente los swaps existentes en la sociedad (perteneciente a grupo Santander) que por un nominal de 50 millones de euros le costó 300.000 €, en septiembre y octubre de 2008, mientras que cancelar los tres swaps a las demandantes, que en junto subían a unos 6 millones de euros costaría, en febrero de 2009, 535.450,44 €.

6) Banco de Santander aconsejó mal a las empresas demandantes habiéndolas llevado a una mala exposición al riesgo de tipos de interés y no informó de forma detallada y exhaustiva sobre los riesgos de contratación de los Swaps que no eran productos de cobertura sino derivados financieros especulativos, con un claro desequilibrio en contra el cliente, porque si pierde, pierde mucho y si gana, gana muy poco.

7) Los Swaps contratados se recomendaron y vendieron como instrumentos de cobertura para mitigar riesgos y al segundo trimestre de 2010 las liquidaciones presentadas arrojan un total de 256.695,21 € en contra de las demandantes y en mayo de 2010 el coste de cancelación de los mismos alcanza los 636.474,86 €.

Tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminada solicitando sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad de las operaciones de Swap suscritas por las demandantes con el demandado y se condene al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones abonadas por las Sociedades de la Familia . previa compensación con las abonadas por la demandada y todo ello junto con los intereses que se hayan devengado.

2.- Subsidiariamente, declare la responsabilidad de Banco Santander por la defectuosa prestación de servicios de inversión y asesoramiento, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de información, diligencia y lealtad, se declare la resolución de los swaps "vivos" en la actualidad y se condene a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios causados a las demandantes desde la suscripción del primer swap en 2006, a determinarse en ejecución de sentencia contemplando todas las cantidades que se hubieran recibido y satisfecho o satisfagan en el futuro como consecuencia de todos los Swaps incluyendo el coste de cancelación y los intereses.

3.- Se condene a Banco de Santander al pago de las costas.

**SEGUNDO.-** Se admitió a trámite la demanda el 3 de septiembre de 2010 y se emplazó a la

parte demandada que compareció a través del Procurador Sr. Anzizuy contestó mediante escrito presentado el día 18 de octubre de 2010, en el que alegaba lo siguiente:

- 1) El grupo de sociedades de la familia que supera los 20 millones de euros de volumen de negocio se integra por, al menos, doce empresas, todas ellas dirigidas y gestionadas por el Sr. y su sobrino el Sr. de las cuales las tres demandantes y una Sicav son clientes de Banco Santander y han realizado entre 2005 y 2007 numerosas operaciones de inversión.
- 2) Las sociedades demandantes son inversores profesionales y a pesar de que, salvo para el último Swap, no estaba en vigor la Directiva Mifid, el Banco las sometió a evaluación de experiencia y conocimiento y realizaron test de idoneidad y conveniencia.
- 3.1) El primer Swap contratado por fue cuatro meses después de la inversión en , dió lugar a una liquidación positiva para de 38793,33 € y ante la previsión de que, a la vista de la coyuntura del mercado, el producto no iba a dar los mismos resultados positivos, de mutuo acuerdo se resolvió siendo el coste de cancelación de 33128,71 €, lo que no suponía inconveniente para la demandante. El segundo Swap dió lugar a tres liquidación positivas por un total de 134.679,99 € y una final negativa de 128.378,89 €. También se canceló de mutuo acuerdo y sin coste. En la contratación del tercer swap ya se realizaron test de idoneidad y conveniencia y se contrató por un nominal de 4.000.000 € que era el endeudamiento de la empresa por la operación estableciéndose un suelo de 3,78%, por debajo del cual el cliente paga el 4,60% fijo y un techo del 6,45% por encima del cual el cliente paga un 6,73%. Las primeras liquidaciones fueron positivas para el cliente y a partir de mayo de 2009 fueron negativas
- 3.2) La operación con fue similar, se ofertó la compra de acciones de Santander Energías Renovables, se informó sobre un producto que sirviera de cobertura frente a la más que posible subida del interés, se dejó un tiempo de reflexión y finalmente se contrató. En septiembre y diciembre de 2008 las liquidaciones fueron ligeramente positivas para el cliente y a partir de marzo 2009 fueron negativas.
- 3.3) Igualmente con
- 4) Banco Santander proporcionó documentación informativa acerca de los Swaps al realizar las correspondientes presentaciones explicativas de los productos que ofrecía y realizó los correspondientes test de idoneidad y conveniencia.
- 5) No era predecible que los tipos de interés fueran a bajar y menos como lo hicieron. La crisis de 2008, provocada por la quiebra de Lehman Brothers, no había sido prevista por nadie. Las demandantes, vinculadas por un único administrador, eran conocedoras de los riesgos derivados de los contratos suscritos. No se ocultó información ni se descuidaron los intereses de los clientes.
- 6) No ha habido mala praxis por Banco Santander. Los productos contratados ofrecían

cobertura frente a la posible subida de tipos de interés y ese riesgo existía. No existe desequilibrio entre el potencial beneficio del cliente y el del Banco.

7) Han habido hasta 7 propuestas de solución pero han sido rechazadas por las demandantes. Los perjuicios no pueden calcularse por el coste de cancelación en mayo de 2010, pues ese coste hoy en día que han subido los tipos sería otro.

Invocaba los fundamentos de derecho que entendía de aplicación y solicitaba sentencia desestimatoria de la demanda y con imposición de costas a las demandantes.

**TERCERO.-** Se convocó a las partes a la audiencia previa para el día 18 de enero de 2011 en que se celebró con la asistencia de ambas partes, que no llegaron a acuerdo que pudiese fin al pleito, ni se mostraron conformes en los hechos, por lo que propusieron pruebas, admitiéndose las de documentos, interrogatorio de partes, de testigos y de perito, fijándose el día 6 de abril de 2011 para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** En el acto del juicio, al no haber suscitado vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas ni haberse alegado hechos nuevos, se practicaron la totalidad de las pruebas admitidas, tras lo cual concluyeron sobre los hechos controvertidos e informaron sobre los argumentos jurídicos en que cada parte apoyaba sus pretensiones, quedando el juicio visto para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- PLANTEAMIENTO

La demanda pretende que se declare la nulidad de tres contratos: 1) Contrato swap “flotante bonificado” entre \_\_\_\_\_ y Banco Santander de fecha 16 de mayo de 2008, por un nominal de 4.000.000 €, con fecha de inicio el 19-5-2008 y fecha final el 19 de mayo de 2013, que había sustituido a otro swap previo de fecha 15-2-2007, que a su vez sustituía al primer Swap de fecha 16-12-2006. Estos Swaps tenían por objeto asegurar el riesgo financiero de una operación de inversión para suscripción de acciones de \_\_\_\_\_ para lo que se había solicitado póliza de crédito por 4.000.000 € el 24-10-2005; 2) Contrato swap “flotante bonificado” entre \_\_\_\_\_ y Banco Santander de fecha 28 de mayo de 2008, por un nominal de 800.000 €, con fecha de inicio el 2-6-2008 y fecha final el 3-6-2013, que se contrató al tiempo que se realizaba una inversión en \_\_\_\_\_ para lo que se había suscrito una póliza de crédito personal a tipo variable por 800.000 € el día 28 de mayo de 2010; y 3) Contrato swap de tipos de interés entre \_\_\_\_\_ y Banco Santander de fecha 8 de julio de 2008, por un nominal de 902.000 €, con fecha de inicio el 14-7-2008 y vencimiento el 15-7-2013 que se imponía por Banco de Santander al cliente que quisiera contratar el “producto de inversión en energía fotovoltaica de OPDE” y lo hiciera mediante financiación a

tipo variable, como así hizo el 27 de junio de 2008 al comprar una planta fotovoltaica en : por 902.000 € y suscribir un leasing por ese importe y con esa finalidad el 8 de julio de 2008.

Esta pretensión se basa, por una parte, en la infracción de los deberes de información, diligencia, transparencia y lealtad que correspondían a Banco de Santander en cuanto asesor de inversiones de las demandantes y, en concreto, haber prescindido de la información que tenía sobre las sociedades de la Familia haberles propuesto a sabiendas un producto inadecuado y, por otra, en la infracción del deber de informar sobre el instrumento financiero que se contrataba en cada caso y, en concreto, no haber informado clara y detalladamente sobre los riesgos que asumían las contratantes, ni haber informado sobre el coste de cancelación de dichos contratos.

Subsidiariamente se solicita la resolución de los contratos vivos y la indemnización por daños y perjuicios por infracción del deber de asesoramiento, indemnización que debe corresponderse con las cantidades que las tres demandantes hayan abonado y abonen en el futuro por dichos contratos más el coste de cancelación.

Frente a ello Banco Santander afirma haber realizado los correspondientes test de idoneidad y conveniencia y que los riesgos de los swaps eran perfectamente conocidos por el administrador de todas las sociedades demandantes, pues con los contratos de 2006 y 2007 concertados por ya había tenido liquidaciones positivas pero también reveses de más de 30.000 y 120.000 €, pero que en una coyuntura económica alcista, no era predecible que los tipos fueran a bajar y menos como lo hicieron.

## **SEGUNDO.- MARCO NORMATIVO**

El artículo 1262 del Código civil establece que *el consentimiento se manifiesta por el concierto de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

El artículo 1265 CC indica que *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.* Respecto del error señala el artículo 1266 CC que *para invalidar el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*

El artículo 1303 CC establece los efectos de la declaración de nulidad: la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

Al concertarse los tres contratos de swap hoy vigentes ya estaba traspuesta en el Derecho Español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, lo que sucedió por la Ley 47/2007 de 19 de

diciembre que incorporó su normativa a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El art. 78 bis LMV obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas; teniendo *la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos y, concretamente, respecto de los empresarios considera como clientes profesionales a quienes individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.* A pesar de esta consideración como clientes profesionales, la ley prevé que *puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.*

El art. 79 LMV establece que *las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.*

El art. 79 bis LMV regula el deber de información de las entidades que prestan servicios de inversión en términos de “adecuada” lo que desarrolla estableciendo que *toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa; información que debe ser comprensible y referirse no sólo a la entidad y los servicios que presta sino también a los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; ... sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.* Obligando a que la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión incluya *orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.*

Además y desde la perspectiva subjetiva del cliente, *las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, que tratándose de clientes minoristas comprende la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente,... en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente.*

Cualquiera que sea el servicio que la entidad preste al cliente debe solicitarle *que facilite*

información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente, debiendo proceder de esta manera siempre que la entidad de inversión ejecute órdenes sobre instrumentos financieros complejos (art. 79 bis.8 LVM), considerando como tales, entre otros los instrumentos financieros derivados relacionados con tipos de interés o rendimientos (art. 2.2 LMV), los instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito (art. 2.6) y los contratos financieros por diferencias (art. 2.8)

### **TERCERO.- HECHOS RELEVANTES**

- 1.- Banco Santander es una empresa de servicios de inversión.
- 2.- Las tres demandantes pertenecen a la misma familia, que es titular de otras sociedades, incluida una SICAV que gestiona Banco Santander, todas ellas administradas por el Sr. [redacted] quien personalmente toma las decisiones sobre inversiones (CD1 - min. 1.16.56).
- 3.- Banco Santander, con motivo de la entrada en vigor de la Directiva MiFID, calificó al Sr. [redacted] como inversor minorista (doc.18 de la demanda).
- 4.- Banco Santander, a través de su equipo de Banca Privada, era el asesor de inversiones del Sr. [redacted] y sus empresas (CD1 - min. 1.19), manteniendo reuniones mensuales de puesta en común e información sobre la marcha de las inversiones (CD2 - min. 00.08.07).
- 5.-Banco Santander conoce bien al Sr. [redacted] y sus necesidades de inversión (CD1 - min. 00.03.57) y fue quien en 2006 ofertó la cobertura de los riesgos financieros al cliente (CD1 - min. 00.04.25)
- 6.-Banco Santander consideraba que el producto ofertado siendo una operación a medio plazo contemplaba un escenario de incertidumbre razonable (CD1 - min. 1.11.50), porque los tipos de interés iban al alza. El Sr. [redacted] (CD1 - min. 1.27.40) también contemplaba unos márgenes de pérdida o ganancia de 5.000 o 6.000 €, incluso llegar a los 10.000 €.
- 7.-Ante la bajada de los tipos de interés (a partir de octubre de 2008), el Sr. [redacted], a través de su sobrino el Sr. [redacted] solicitó de Banco de Santander qué hacer con los Swaps (mail de 28-11-08 sin respuesta, mail de 3-12-2008 y mail de 8-1-2009, reuniéndose en febrero de 2009 e informando entonces el Banco que cancelar los tres swaps vigentes comportaba un coste para las demandantes de 535.450,44 € (docs. 55 y 56 de la demanda).
- 8.-No consta que, al tiempo de contratar, Banco Santander informara a sus clientes de cual era el riesgo económico de una cancelación anticipada de los contratos de derivados financieros, ni se menciona dicha posibilidad en las confirmaciones de permuta financiera de tipo de interés (docs. 30, 36 y 45), ni resulta comprensible del texto de la cláusula decimocuarta de los Contratos Marco de Operaciones Financieras suscritos en cada caso (docs. 27, 35 y 44).
- 9.-Banco Santander preveía desde finales de 2007 que los tipos irían a la baja y en

septiembre de 2008 era plenamente consciente de que se estaba produciendo una bajada de tipos de interés y considera fuerte caída una bajada de 18 centésimas del tipo Euro a 10 años (informe diario de 30-9-2008, doc. 52). No informó en esa época al cliente de las liquidaciones negativas que se producirían por la activación de la barrera floor de los swaps contratados entre mayo y julio de ese mismo año (la barrera inferior al 3,78% implica un tipo fijo a pagar del 4,60% para [redacted] a barrera inferior al 3,99% implica un tipo fijo a pagar del 4,74% para [redacted] y la barrera inferior al 4,49% implica un tipo fijo del 5,29% para [redacted]), ni la posibilidad de cancelación anticipada ni de su coste creciente.

10.-Banco Santander negocia los swaps contratados en mercados no regulados.

11.-La sociedad [redacted], del Grupo Santander, de la que participaba [redacted] que para cubrir los riesgos de la financiación de la inversión había contratado uno de los Swaps litigiosos, tenía asimismo concertados Swaps que se cancelaron anticipadamente en octubre de 2008 (CD 3, min. 1.24.00)

### **TERCERO.- NULIDAD DE LOS CONTRATOS**

No puede sostenerse que el Sr. [redacted] ni sólo ni junto con su sobrino el Sr. [redacted], fueran personas desconocedoras del mundo financiero, ni resulta trascendente que carezca de título universitario el Sr. [redacted] quien toma todas las decisiones de inversión del grupo constituido por unas 15 sociedades de las que es administrador y que en conjunto tienen un capital superior a los 20 millones de euros, algunas dedicadas a la venta al menor de calzado y otras a las inversiones en ámbitos de lo más diverso. Y no puede sostenerse porque como el propio Sr. [redacted] manifestó sigue las informaciones económicas y despachaba mensualmente con su asesor de inversiones que no era otro que Banco Santander y porque llegar a obtener un título universitario no equivale a llegar a tener conocimientos enciclopédicos ni mucho menos llegar a ostentar todas las habilidades y competencias necesarias para operar con éxito en la vida.

No merece mayor incidencia la pretendida falta de competencia -que no la hay- del contratante más débil, para tratar de sustentar la falta de consentimiento válido a la hora de contratar los Swaps en discusión. Sencillamente no hace al caso.

No cabe duda tampoco de que las sociedades dirigidas por el Sr. [redacted] son la parte débil de estos contratos. No sólo porque como manifestó en juicio, con mucho sentido común, con los Bancos no se negocia el clausulado de un contrato en el que se ofrece un producto financiero sino que se acepta o no el tipo de contrato y como mucho el cliente indica el cuánto (y a veces ni eso), sino porque el propio Banco Santander lo calificó como inversor minorista y por lo tanto sometido al mayor nivel de protección previsto en la Ley de Mercado de Valores y normativa de desarrollo.

Pero que se trate de la parte más débil tampoco es determinante de la nulidad del contrato por un abuso de posición dominante de la otra parte contratante, que en todo caso debe

darse al tiempo de contratar, y no lo es en el presente caso porque el Sr. [redacted] sabía lo que contrataba: un producto que le permitía contener los costes financieros de sus inversiones, contemplando un escenario de fluctuación de los tipos de interés, con tendencia alcista. El mismo asumía que las consecuencias de dichos contratos podían ser de liquidación positiva, como lo fueron los dos primeros suscritos por [redacted] pero también de liquidación negativa en la misma medida. Según manifestó, podía admitir una pérdida de unos cinco o seis mil euros, como mucho diez mil euros.

En su caso, desconocer a ciencia cierta cual sería el coste de cancelación tampoco resulta determinante de la nulidad del contrato por falta de consentimiento sobre dicho extremo, pues lo que sí sabe el Sr. [redacted] por su propia trayectoria empresarial, es que resolver anticipadamente un contrato tiene unas consecuencias pues se está frustrando la expectativa económica que genera para la otra parte contratante.

La cuestión en el presente caso no es de falta de consentimiento libremente formado al tiempo de contratar que pudiera determinar la nulidad del contrato, ni tampoco de infracción de las normas legales que tiendan a proteger al cliente minorista, cuya consecuencia no la indica la Ley de Mercado de Valores y algunos tribunales tienen dudas de que dicha consecuencia deba ser la nulidad del contrato (vid. planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona autos 934/10). Y ello porque aunque pudiera especularse sobre la idoneidad de este tipo de contratos cuando a ambas partes no les motiva la misma finalidad de cobertura o podría incluso determinarse que este tipo de contratos nunca hubieran debido admitirse en el mercado financiero español para clientes minoristas, o porque es de todo punto necesario haber informado previamente sobre múltiples escenarios económicos, incluidos los de caída de los tipos de interés y el comportamiento que podría tener en dichos escenarios los swaps que se contrataban, lo cierto es que las demandantes y, en concreto, quien las gestiona y su sobrino el Sr. [redacted] sabían que ante la bajada de los tipos de interés ellos iban a soportar consecuencias negativas, de ahí que solicitara asesoramiento concreto a su asesor de inversiones cuando es consciente de ello en noviembre de 2008; dicho de otro modo las demandantes conocían los riesgos patrimoniales que podían derivarse de las operaciones concertadas, pero confiaban en el criterio de su asesor de inversiones ante la bajada de tipos de interés.

En el presente caso tampoco debe elucubrarse sobre la complejidad del producto financiero que contrataron las tres sociedades demandantes, idea central del informe pericial aportado por las demandantes. Estas tres sociedades y su administrador único, el Sr. [redacted] operan en el mercado mediante inversiones de ámbito internacional, en las que la seguridad del resultado no existe aunque se evalúe la posibilidad de que lo sea en positivo; basta recordar que una de las inversiones configurada mediante la adquisición de acciones de una sociedad que se constituía entonces lo era para la adquisición de unos terrenos en un país

extranjero en los que había previsión de construir molinos para aprovechamiento de la energía eólica con la intención de venta posterior de lo construido; inversión que en si misma alcanza un alto nivel de incertidumbre sobre el resultado económico pretendido por el inversor.

No existe desconocimiento por parte de las inversoras del riesgo potencial de los swaps contratados.

#### **CUARTO.- INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE ASESORAMIENTO FINANCIERO**

Queda ahora por analizar si Banco Santander infringió los deberes específicos que le imponía su condición de asesor de inversiones del Sr. ... / sus sociedades y si de dicha infracción se han derivado perjuicios para las tres sociedades demandantes.

Debe tenerse en cuenta que la Directiva MiFID que define el 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” hace hincapié en que las empresas de inversión adopten todas las medidas razonables destinadas a impedir que los conflictos de intereses perjudiquen los intereses de sus clientes (art. 13.3) y en caso de no revelarse como suficientes dichas medidas, deberá revelar claramente al cliente la naturaleza general o el origen de los conflictos de intereses antes de actuar (art. 18.2) e impone que la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes.

Estas previsiones fueron incorporadas a la Ley de Mercado de Valores (art. 63.1.g, art. 70 quáter) y su normativa es aplicable a las entidades de crédito cuando realicen habitualmente estos servicios de inversión (art. 65.1),

Precisamente sobre los conflictos de interés entre la empresa que presta servicio de inversión y el cliente el art. 70 quáter considera tal la situación en que la empresa pueda obtener un beneficio y exista un posible perjuicio para un cliente.

El art. 79 impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios y el art. 79 bis obliga también a que mantengan, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Igualmente les impone el deber de conocer no sólo al cliente, su situación financiera y sus objetivos de inversión (perfil subjetivo), sino también el deber de valorar la adecuación del concreto producto ofrecido al perfil del cliente y por ello mismo, el deber de advertir al cliente la inadecuación del producto de inversión.

Finalmente y en relación con la información, el art. 82.1 considera información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros.

Aun cuando la LMV incide en todos estos deberes al tiempo de contratar un producto,

dichas obligaciones, que no son más que expresiones concretas de los deberes derivado de la buena fe y la honradez en los tratos recogido en el artículo 111.7 del Código Civil de Catalunya, deben mantenerse durante toda la vigencia de la relación entre el asesor de inversiones y el cliente, porque de otra forma se estaría diluyendo la esencia del servicio que se presta: el asesoramiento en inversiones que no sólo se presta al contratar la inversión sino que se mantiene durante la vigencia de la misma.

Teniendo en cuenta que el Sr. [redacted] despachaba cada mes o cada dos meses con sus asesores de inversiones de la sección de Banca Privada de Banco Santander, que Banco Santander hacía recomendaciones personalizadas a las sociedades del Sr. [redacted] sobre productos financieros, que la contratación de los Swaps litigiosos fue sugerida por Banco Santander, que la finalidad económica perseguida era la de dar cobertura a la fluctuación de los tipos de interés a los que quedaban sometidas las inversiones que asimismo había sugerido Banco Santander; que la información transmitida y en base a la que se contrataron era de un escenario alcista de los tipos de referencia, que los analistas financieros contemplaban la posibilidad de bajada de tipos, aunque no previeran la brutal caída que sufrieron en el segundo semestre de 2008, que cuando los tipos empiezan a bajar de forma continuada el cliente atento a estos datos y a que tenía swaps con un suelo que podía quebrarse de seguir cayendo el Euribor a 3 meses que era el tipo de referencia contratado, solicitó en noviembre de 2008 de Banco Santander asesoramiento concreto sobre ello y que Banco Santander no dió respuesta puntual, ágil e informada, -tardó más de dos meses en reunirse con el cliente a pesar de las comunicaciones electrónicas de éste-, sobre los riesgos concretos que su cliente estaba soportando, ni de los costes que le podía suponer la cancelación de dichos derivados financieros cada vez mayor, ni le informó del evidente conflicto de intereses en que se hallaba por haber negociado dichos swaps en mercado no regulado, de tal forma que de cancelarse dichos swaps el coste iba en función de lo que a su vez el Banco había negociado, resulta patente que incumplió con los deberes propios y específicos del asesor de inversiones. Sencillamente las circunstancias evaluadas al tiempo de contratar cambiaron radicalmente y ese cambio radical no fue comunicado por quien sí lo podía advertir, Banco Santander, y podía y debía valorar la necesidad de comunicarlo a su cliente a quien asesoraba.

Consecuencia de dicha tardanza en la información puntual sobre el producto en curso motivada por el evidente conflicto de intereses, las empresas demandantes han venido soportando liquidaciones negativas, lo que constituye un evidente perjuicio, que debe ser indemnizado por Banco Santander al ser consecuencia directa de la infracción de sus deberes contractuales con [redacted] durante la vigencia de la inversión.

Ahora bien, la infracción acarrea consecuencias sobre la relación de asesoramiento Cliente-Banco, que podría ser resuelta por ese motivo en base al art. 1124 del Código Civil pero sobre lo que esta Juzgadora no se pronuncia al no ser objeto del proceso, pero no

comporta la resolución de las concretas operaciones concertadas en virtud de dicho asesoramiento. Estas relaciones contractuales y, en concreto, los tres swaps vigentes seguirán manteniéndose, aunque los perjuicios derivados de los mismos deben ser soportados por el causante, esto es, por Banco de Santander. De esta forma la cancelación anticipada de dichos contratos no dependerá ya del interés de las demandantes, pues éstas no deberán soportar las consecuencias de los mismos desde la misma fecha que luego se dirá sino del interés económico de Banco Santander, quien puede valorar con pleno conocimiento de causa la oportunidad de la cancelación anticipada asumiendo el coste correspondiente o la de mantener la vigencia inicial asumiendo también las liquidaciones negativas y las eventualmente positivas que pudieran producirse en el futuro hasta su vencimiento.

#### **QUINTO.- INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

Se solicita en la demanda que de estimarse la pretensión subsidiaria, que es la que efectivamente se estima, se proceda a la indemnización de los daños y perjuicios causados desde la suscripción del primer Swap en 2006 y que dicha indemnización a liquidar en ejecución de sentencia, deberá contemplar todas las cantidades que las tres demandantes hubieran recibido y satisfecho o satisfagan en el futuro como consecuencia de todos los Swaps, incluyendo el coste de cancelación de los mismos.

La infracción de los deberes de asesoramiento se produce no con motivo de la contratación de los Swaps, pues como se ha dicho en los anteriores fundamentos las demandantes sabían qué contrataban y para qué y esa finalidad económica era asimismo la contemplada por quien asesoró el derivado financiero, sino a partir de septiembre de 2008 pues en aquella época Banco Santander toma decisiones respecto de propias inversiones (cancelación de los Swaps concertados por ) precisamente por la evolución que conoce del mercado y sin embargo, no informa puntualmente de dicha evolución a su cliente, que tiene precisamente concertado un swap para invertir en esa misma compañía, cuando según afirmó el Director de Banca Privada, Sr. Echanove (CD 3, min. 1.13.00) esa es tarea que asume Banco Santander en tanto que asesor de inversiones.

No se sabe en qué momento Banco Santander negoció los Swaps de

en el mercado no regulado, pero ese simple hecho no es de por sí constitutivo del conflicto de intereses ya que éste se produce cuando el Banco puede obtener ganancia y el cliente pérdida y ese momento es a partir de que bajan los tipos de interés y puede activarse la barrera floor, por lo que los perjuicios que deben ser indemnizados son los que se producen a partir de ese momento.

En concreto se estima que si las demandantes hubieran conocido puntualmente la previsión de evolución de los tipos que Banco Santander sí conocía y le determinó a cancelar los Swaps de el cliente hubiera hecho lo mismo y las consecuencias económicas de

seguir manteniendo vivos los tres contratos serían menos gravosas para las demandantes. Consecuentemente, las demandantes deben asumir las liquidaciones que procedan en los términos convenidos hasta la misma fecha en que se cancelaron los Swaps de ... (octubre de 2008), pues es cuando se omitió la información relevante y que era debida por Banco Santander, que hubiera permitido a las tres demandantes tomar la decisión de cancelación a un coste inferior del que se dio finalmente en febrero de 2009.

El importe de la indemnización se fijará en ejecución de sentencia por la diferencia entre el coste que hubieran soportado las demandantes (liquidaciones más cancelación) de haber cancelado sus respectivos Swaps en octubre de 2008 y el que se ha ido acumulando por liquidaciones posteriores a dicha fecha. Dicha diferencia es la que debe asumir Banco Santander, a fin de dejar indemne a sus clientes de las consecuencias de su infracción de los deberes como asesor.

#### **SEXTO.- COSTAS**

Lo dicho hasta ahora determina una estimación parcial de la demanda, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el art. 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

### **F A L L O**

Estimo parcialmente la demanda deducida por

..... contra BANCO SANTANDER y, en consecuencia:

- 1.- NO DECLARO LA NULIDAD de las operaciones de swap suscritas con Banco Santander por ..... el 16-2-2006, 15-2-2007 y 16-5-2008, por ..... el 28-5-2008 y por ..... el 8-7-2008.
- 2.- DECLARO la responsabilidad de Banco Santander por defectuosa prestación del servicio de asesoramiento a las demandantes.
- 3.- CONDENO a Banco Santander a que asuma el pago de las liquidaciones de los contratos swaps de fecha 16 de mayo de 2008 concertado con ....., de fecha 28 de mayo de 2008 concertado con ..... y de fecha 8 de julio de 2008 concertado con ....., a partir del 28 de noviembre de 2008 y hasta su total extinción, sea por vencimiento, sea por cancelación anticipada cuyo coste también debe ser asumido por el Banco demandado, menos la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como coste de cancelación de dichos Swaps a fecha de octubre de 2008.
- 4.- CONDENO a Banco Santander a que restituya a las demandantes las cantidades que éstas hubieran pagado en exceso sobre el resultado de dicha diferencia.
- 5.- No se imponen costas a ninguna de las partes.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona. (art. 455 LEC)

El recurso se preparará mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2 LEC).

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia, ha sido dada, leída y publicada por la Sra. Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.