

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3

Avenida Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357022

Fax.: 942357023

Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**N°: **0001094/2017**

NIG: 3907542120170014161

NOTIFICADO**13/03/2019**ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Intervención: Demandante	Interviente: ASUFIN	Procurador: MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Demandado	BANCO SANTANDER, SA	

SENTENCIA N° 50/2019

En Santander, a 8 de marzo de 2019.

_____, Eva Aja Lavín, Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Santander y su correspondiente partido judicial, los presentes autos de juicio **ORDINARIO**, registrado con el número **1.094/2017**, seguidos en este Juzgado y en el que intervienen como parte demandante, Asociados _____ (ASU _____) en nombre de los intereses de D. _____ y Dña. _____ representada por la procuradora Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte, y defendida por la letrada Dña. Gisela Bernáldez Bretón, y como parte demandada Banco Santander S.A, representada por el procurador D. _____ 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 8 de noviembre de 2017 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 23 de noviembre de 2017, 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 el procurador D. _____ en nombre y representación de Banco Santander S.A en fecha 5 de enero de 2018 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 de fecha 8 de enero de 2018 se tuvo por contestada la demandada por el procurador _____ 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 21 de febrero de 2018, 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.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

CUARTO. No [redacted] las 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 18 de septiembre [redacted].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 [redacted] en y del son [redacted] al como previenen los artículos 147 y 187 de la NLEC. Practicadas las pruebas, tras los trámites legales, quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO [redacted] presente p [redacted] observado las oportunas prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia dada la carga de trabajo existente en el órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita con carácter principal la acción de nulidad del contrato de compra de Valores Santander (en adelante VST) por infracción de la normativa de la Ley de Mercado de Valores al haber suscrito el contrato de compra con los actores antes de haberse procedido a la aprobación por la CNMV del folleto informativo del producto. Sostiene además que concurre causa torpe y solicita el reintegro total de la cantidad invertida, más los intereses legales desde la contratación. Con carácter subsidiario ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de informar en que ha incurrido la parte demandada y solicita que se le indemnice en la suma de 78.829,17€, importe a que ascendía la pérdida de inversión a fecha 4 de octubre de 2.012. Subsidiariamente, ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las condiciones de emisión incluidas en el tríptico informativo y en la nota de valores, la falta de información post-contractual y la existencia de conflicto de intereses estimados en 78.829,17€ importe a que ascendía la pérdida de inversión a fecha 4 de octubre de 2.012. [redacted]

La parte demandada se opone a la pretensión de contrario alegando la falta de legitimación activa de la actora para ejercitar la acción puesto que la misma se refiere a un interés individual del asociado y no colectivo. Por otro lado, plantea la inexistencia de los incumplimientos de normativa bancaria aplicable y la inadecuación de la acción ejercitada al tratarse de incumplimientos pre-contractuales, por lo que no procede el ejercicio de una acción por incumplimiento contractual. Así como que no existe nexo causal entre la pérdida de la inversión e incumplimiento alguno de la demandada.

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

1º-En septiembre de 2.007 D. [redacted] y Dña. [redacted] suscribieron un primer contrato de compra del producto financiero denominado Valores Santander, por el que adquirieron 10 títulos por importe de

50.000€, que le fue ofrecido por un empleado de la entidad financiera Banco Santander S.A, dada la alta rentabilidad que el mismo supondría a la compradora. (doc. 1 de la demanda, doc. 5 de la contestación).

2º-El 17 de marzo de 2.008 D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] suscribieron un segundo contrato de compra del producto financiero denominado Valores Santander, por el que adquirieron 20 títulos por importe de 100.000€. La adquisición fue llevada a cabo en el Mercado secundario de Valores por un importe de 88.825€ (doc. 1 de la demanda, doc. 5 de la contestación).

3º-En la orden de compra tan sólo se hacía constar que el ordenante [REDACTED] estaba haber recibido y leído antes de la firma de esta orden, el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como que se le había indicado que el resumen y el folleto completo estaban a su disposición. No consta sin embargo, la [REDACTED] a nota de [REDACTED] ni del tríptico. No consta que se les explicaran las características reales y los riesgos del producto. (doc. 2 de la demanda, doc. 2 de la contestación).

4º-En el tríptico se señalaba como características del producto las siguientes: Los valores tenían diferentes características en función de si [REDACTED] el que se [REDACTED] Santander, llegaba o no [REDACTED] mediante [REDACTED] al resultado de dicha operación, de forma que, si llegado el día 27 de julio de 2008, no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al fijo de 7,3 [REDACTED] 7,50 % TAE), sobre el valor [REDACTED] valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada se pagaría antes del 4 de octubre de 2008. Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, Banco Santander S.A. estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del banco, de manera que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. El canje podía ser voluntario u obligatorio. El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y [REDACTED] o bien, no [REDACTED] de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuable o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o [REDACTED] nes previstas parcialmente aplicable, la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario. El segundo, el obligatorio, el 4 de octubre de 2012, o bien, antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos. Así, el 4 de octubre de 2012 todos [REDACTED] en circulación serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander. El día 30 de marzo de 2012 la Junta de Accionistas del banco acordó conceder a los titulares de estos valores la posibilidad adicional de solicitar [REDACTED] días naturales anteriores a los días 4 de junio, julio, agosto y septiembre. Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones por su valor nominal y las acciones al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Idx.html

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==

convertibles. Así el precio de referencia para el canje de los valores se encontraba predeterminado [redacted] ya en octubre de 2007. Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía si pagaba la remuneración con [redacted] liente a ese periodo o [redacted] ría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente con [redacted] les y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30 % nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir de 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión. Una vez emitidas las obligaciones necesariamente con [redacted] ples, el rang [redacted] los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinadas de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid. (doc. 6 de la contestación).

5º-D. [redacted] y Dña. [redacted] percibieron rendimientos brutos por la adquisición de los 10 títulos de Valores Santander la suma de 11.569,58€ hasta la fecha del canje forzoso acontecido el 3 de julio de 2.012. A la fecha del citado canje percibió 3.773 acciones. Con posterioridad ha venido percibiendo dividendos por importe de 9.255,19€ hasta enero de 2.018. (doc. 44 de la contestación).

6º-D. [redacted] y Dña. [redacted] percibieron rendimientos brutos por la adquisición de los 10 títulos de Valores Santander la suma de 21.299,15€ hasta la fecha del canje forzoso acontecido el 3 de julio de 2.012. A la fecha del citado canje percibió 7.547 acciones. Con posterioridad ha venido percibiendo dividendos por importe de 18.022,26€ y 53 acciones más hasta enero de 2.018. (doc. 45 de la contestación).

TERCERO. Debemos sentar como premisas que el primer contrato de compra de Valores Santander fue suscrito en fecha septiembre de 2.007, por lo que el mismo no quedaba sometido a la a la ley 47/2007 del 19 de diciembre por la que se modifica la ley del mercado de valores, en cualquier caso eso no significa que la normativa anterior no tuviera ya previsto un desarrollo normativo de protección del cliente (LMV antes de la reforma y RD 629/93). Sin embargo, el segundo de los contratos suscrito en marzo de 2.008, ya se produce una vez entrada en vigor la citada normativa. [redacted]

La nueva regulación se limitaba a concretar 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 su [redacted] ncia financ [redacted] [redacted] os (artículo 79. bis 3, 4 y 7). La nueva regulación también la integra el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de

como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones [redacted] e 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 [redacted] financiera (ingresos [redacted] os y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le conv [redacted], según especifica el artículo 72 del RD 217/2008.

Ciertamente la Directiva 2004/39/CE, conocida como MIFID, acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, se incorpora a nuestro derecho mediante la Ley 4 [redacted] 7, de 19/12 [redacted] reformó la LMV al efecto y con el RD 217/2008 y es verdad que ninguna de estas normas habían entrado en vigor al tiempo de efectuarse la primera suscripción los VS pero no se puede olvidar la jurisprudencia del TJUE que impone al juez nacional, al aplicar el Derecho nacional [redacted] o pos [redacted] hacer «*todo lo posible*», a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, en esa interpretación «*alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva*».

Así lo proclaman las sentencias de 13/11/1990, *Marleasing*, C-106/89, apartado 8, 16/12/1993, *Wagner Miret*, C-334/92, apartado 20, 14/7/1994, *Faccini Dori*, C-91/92, [redacted] so *Océano* [redacted] vat Editores, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, apartado 30, 4/7/2006, caso *Adelener*, C-212/04, o 14/1/2010, caso *Zentrale zur Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbs*, C-304/08, entre otros.

Y esta consideración ha obtenido la sanción de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su STS nº 467/2015, de 21 de julio, que razona que la calificación del cliente como inversor profesional (en este caso minorista) no supone aplicar una norma posterior aún no vigente sino tener en cuenta una realidad relevante, los conocimientos y preparación del actor que, razona la Sala, «*indudablemente también en la normativa anterior influía*».

Si examinamos la normativa del mercado de valores vigente a la fecha del primer contrato, sorprende la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito [redacted] dido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, el RD 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en [redacted] decisión conll [redacted]" (art. 5.2) [redacted]

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Se garantizaba un nivel homogéneo básico de salvaguarda mediante la imposición a las entidades de crédito de unos deberes de orden general que rigen con independencia del tipo de cliente que intervenga en la operación (minorista o profesional) o de la complejidad [redacted] cita el art. [redacted] [redacted]

Esta previsión normativa desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10/5, por lo que ha de interpretarse conforme a ella, que fija en sus artículos 10 a 12 un «elevado estándar» [redacted] obligaciones de buena fe, prudencia e información por las empresas de inversión a sus clientes. [redacted]

De otra parte era aplicable el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29/7, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa [redacted] de crédito [redacted] [redacted] las bases que deben presidir las relaciones entre las [redacted] de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y [redacted] las ante [redacted] copias de cada clase de [redacted] [redacted] directa [redacted] normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, la Ley 7/1998, de 13-abril. [redacted]

[redacted] también estaba en vigor el RD [redacted] pre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que incorporaba un Anexo que recogía todo un código general de conducta que obligaba al Santander, conforme su artículo 1, de actuar con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes y de no inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio así como, conforme sus artículos 4 y 5, solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación e información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer – obligación esta incumplida – y suministrarles toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, no menos incumplida en el caso y más teniendo en cuenta que el precepto señala que la información a la clientela [redacted] debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, [redacted] los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y además acompañada de las explicaciones necesarias a fin de evitar malentendidos. [redacted]

Por otra parte habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia reiterada del TS que desde la sentencia 840/14 de 20 de enero [redacted] 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 [redacted] 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 pro [redacted] respecto del inverso [redacted] 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 [redacted] criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento”.

(...)El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este [redacted], las senten [redacted] 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que «como ya hemos recordado en otras ocasiones, "la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera [redacted] son los [redacted] ron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (STS 689/2015, de 16 de diciembre)». (...)

Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formal [redacted] de la inform [redacted] iones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, de 16 de septiembre). (STS de 4 de mayo de 2.017).

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, si [redacted] 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).

El artículo 1:201 de los llamados Principios de Derecho Europeo de Contratos (en acrónimo PECL) que dispone como un deber general que cada parte debería actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

Por eso son muchas las resoluciones que han anulado contratos aplicando, e interpretando del modo expresado, la normativa previa a la transposición de la Directiva MIFID, tales como la sentencia de Pleno nº 491/2015, de 15/9, rec. 2095/2012, y las SSTs nº 535/2015, de 15/10, rec. 452/2012, FJ 7º, nº 588/2015, de 10/11, rec. 1381/2012, FJ 9º, [redacted] 816/201 [redacted] [redacted] 11, rec. 1314/2012, FJ 9º, nº 688/2015, de 4/12, rec. 1468/2012, FJ 13º, nº 689/2015, de 16/12, rec. 2087/2012, FJ 7º, nº 693/2015, de 4/12, rec. 2170/2012, FJ

2º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 738/2015 de 30/12, rec. 2317/2013, FJ 6º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 31/2016, de 4/2, rec. 2862/2012, [REDACTED] rec. 3134, [REDACTED] [REDACTED] 16, de 11/3, rec. 333 [REDACTED], o la recientísima nº 496/2016, de 15/7, rec. 547/2013, FJ 5º.

Por último añadir por lo que respecta a la carga de la prueba en este tipo de procedimientos según SAP de Salamanca de fecha 20 de noviembre de 2.013 “corresponderá al actor que invoca la nulidad del contrato probar la certeza de los hechos de los que se desprenda ordinariamente el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (...), y al demandado acreditar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos denunciados por el demandante (aportando el contrato y otros documentos para demostrar la veracidad de información precontractual y contractual suficiente para el conocimiento y experiencia del cliente en cuestión, así como la testifical de sus directores y empleados para acreditar la existencia de reuniones informativas y la capacidad del cliente para comprender el contrato, todo lo que el demandado deber [REDACTED] información impuestos a las entidades [REDACTED] de otra [REDACTED] no puede escudarse en la pretendida complejidad del contrato de permuta financiera y su presunta ignorancia o inexperiencia para trasladar toda la carga de la prueba a la entidad bancaria, sino que tendrá que demostrar el cumplimiento de los deberes legales de información y transparencia, acreditar las circunstancias de la contratación y su propia inexperiencia como inversor o contratante de productos bancarios y financieros, correspondiendo a la entidad de crédito desvirtuar los hechos y circunstancias denunciadas por el actor aportando los mismos o diferentes medios probatorios”.

Estos criterios jurisprudenciales se han visto reforzados en recientes sentencias del TS así en las dos de 10 de diciembre de 2.015, 10 de noviembre de 2.015, entre otras. En este mismo sentido se ha pronunciado la reciente SAP de Cantabria de fecha 3 de mayo de 2.016, con remisiones a las STS de 4 de abril de 2.016 y 12 de febrero de 2.016, que ha modificado el criterio manteniendo anteriormente en su sentencia de fechas 1 de Julio de 2.014, 21 de enero de 2015, 20 de mayo de 2.015. En la referida sentencia se hace mención a la exigencia de información clara, veraz y cierta por parte de la entidad, al concepto de asesoramiento en los términos indicados [REDACTED] el error como vicio del consentimiento a valorar conforme a las pautas indicadas por el TS.

Añade además, un análisis del concepto de inversionista del cliente bancario. Y señala partiendo del contenido de la STS de 25 de febrero de 2.016 que “aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos [REDACTED] complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaró el TS en las sentencias 244/13 de 18 de abril, y 769/14 de 12 de enero de 2.015, para la entidad de servicios [REDACTED] obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores,

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Idx.html

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==

el cliente no puede saber que información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe [redacted] confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. (...) el hecho de tener un patrimonio importante, o que los clientes hubieran realizado alguna [redacted] versiones previas no [redacted] nvierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en estos casos se diera a los clientes una información adecuada para contratar el producto [redacted] n conocimiento y asunción de una inversión compleja y sin garantías”.

Así se reitera en la STS de 4 de mayo de 2.017 al establecer que “A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala ha declarado que el hecho de que el cliente se [redacted] empresario [redacted] tifica que pudiera conocer los riesgos del producto contratado (sentencias 244/2013, de 18 de abril, 11/2017, de 13 de enero). La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no resulta de la actuación empresarial en actividades ajenas al sector financiero (en el caso, e [redacted] carpintería [redacted] e interiores). Para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros. Es doctrina de la sala que tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error (sentencias 633/2015, de 13 de noviembre, 11/2017, de 13 de enero). No basta con los co [redacted] mundo de [redacted] de tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad (sentencia 549/2015, de 22 de octubre)”.

Finalmente, la SAP de Cantabria de fecha 19 de julio de 2.016 ratifica los criterios mantenidos por la sección 4ª en su sentencia 3 de mayo de 2.016.

En cuanto a la calificación del tipo de producto se debe destacar la STS nº 411/2016, de 17 de junio, que enjuicia obligaciones convertibles, emitidas por otra entidad bancaria, y califica las obligaciones necesariamente convertibles en acciones como producto complejo y también arriesgado, lo que incrementa el deber de información de la entidad sobre los riesgos del producto. Así señala que “que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono , pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

Por su parte la SAP de Cantabria de 19 de julio de 2.016 concluye que “los bonos del banco popular y los Valores Santander son productos análogos. Por lo tanto los valores merecen también la calificación de complejos y arriesgados. Consecuentemente con esta calificación es claro que el Banco Santander venía obligado a facilitar previa y adecuadamente información al inversor minorista para

que le quede claro que las acciones que va a recibir no tiene por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que puede tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje todo o parte de la inversión”.

CUARTO. La primera cuestión que debe ser objeto de análisis es la relativa a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada.

Al respecto decir que tal cuestión ha sido ya resuelta por la SAP de Cantabria de fecha 3 de febrero de 2.017 en la que se establece que “La cuestión de la legitimación de las asociaciones de consumidores para la defensa en juicio de intereses privados de sus asociados encuentra respuesta en el artículo 11.1 LEC que dispone que "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios"; la interpretación de tal precepto no puede soslayar que en esta materia es obligado el favorecimiento de la defensa de los intereses de los consumidores en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 51 de la CE que dispone que "los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos", por lo que no cabe un visión reductora que no se encuentra además en la literalidad de la norma, que distingue claramente entre los intereses generales de los consumidores y usuarios y los de los asociados y los de las asociaciones; el argumento se refuerza con lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en su art. 37, c) incluye entre los derechos de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas el de "Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios."; y así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de Octubre de 2007 al decir que "este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre, FFJJ 2 y 3)". Frente a ello no puede oponerse como contradictorio lo dispuesto en el art. 7.3 LOPJ al decir que "los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción", pues, de una parte, la LOPJ no es de mayor rango que la LEC, pues entre las leyes orgánicas y ordinarias la relación no es jerarquía y esta es una materia en la que no hay una reserva de ley orgánica, por lo que debe entenderse que la LEC, posterior a la primera, ha ampliado la legitimación prevista en la LOPJ únicamente para los intereses colectivos. Por lo demás, la consideración de la demandada acerca de que la admisión de una legitimación así supone un fraude de ley en busca de una gratuidad del proceso -

dado el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores-, que el asociado no tendría de otro modo no puede ser admitida porque la extensión de dicho beneficio es cuestión que no afecta a la legitimación, y puede ser definida por el legislador como tenga por conveniente. Y, en fin, el criterio que aquí se sostiene reconociendo la legitimación de la asociación para actuar en nombre propio los derechos de su asociado es sostenido también por otros tribunales, como la AP Granada en sentencia de 18 de septiembre de 2015 y la AP Castellón en sentencia de 8 de Julio 2016”.

Por tanto, a la vista de tal resolución no cabe sino concluir que efectivamente la actora está plenamente legitimada para actuar por sus asociados. La condición de asociados del Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] queda acreditada con el anexo 2 de la demanda. Igualmente queda probada la existencia de autorización de los citados asociados a la entidad actora a fin de reclamar judicialmente en relación al producto Valores Santander (en adelante VS) con el anexo 3 de la demanda.

QUINTO. La acción ejercitada con carácter principal por la parte actora es la nulidad absoluta por infracción de los artículos 26 y 30 de la LMV, al sostener que por la demandada se procedió a la primera venta de los VST antes de haber procedido al registro en la CNMV del folleto, y por tanto, sin que se aprobaran las condiciones de la emisión. Sostiene que los contratos se suscribieron en fechas previas [REDACTED] 07 cuando la [REDACTED] tuvo lugar en esa fecha. La demandada niega que el contrato de compra del producto tuviera lugar antes de la aprobación del folleto puesto que sostiene que en la fecha que indica la actora como de suscripción no existían aún las órdenes de compra del producto, las cuales fueron remitidas a las distintas oficinas del banco en la tarde del 19 de septiembre por lo que no pudieron ser empleadas con anterioridad. Entiende que en fecha anterior lo que se produjo fue una manifestación de interés por parte de los actores, y que eso fue lo registrado en el sistema informático del banco, si bien, la compra no se efectuó hasta después del 19 de septiembre, aunque no concreta fecha.

Debemos sentar como premisa que es cierto que es dudosa la fecha exacta de suscripción de la orden de compra de los valores. En la orden acompañada como dco. 1 de la demanda y doc. 5 de la contestación no recoge fecha alguna de suscripción, por lo que [REDACTED] e concluir a la vista de esas pruebas que la orden de compra fuera previa al día 19 de septiembre de 2.007. Lo cierto es que se da una clara discrepancia entre las partes en cuanto al momento de la firma de la orden de compra. Tras analizar la prueba practicada no cabe sino concluir que la orden de compra no pudo ser suscrita hasta después del 19 de septiembre de 2.007, pues no estaban a disposición de la red comercial de la demandada según consta acreditado con el doc. 38 de la contestación, al que debe darse pleno valor probatorio al no haber sido impugnado por la actora y no haber sido desvirtuado mediante prueba de contrario, en el que se pone de manifiesto que la entrega del modelo de suscripción de la orden de compra no fue remitido a las oficinas hasta las 19 horas del día 19 de septiembre, por lo que nunca pudo ser firmado por los actores en fecha anterior de septiembre de 2.007, pues no se encontraba en las oficinas el referido documento. Por otro lado, porque no sería posible que en las referidas órdenes se hiciese referencia a un hecho desconocido y futuro como lo era la fecha en que iba a ser aprobado el folleto por la CNMV [REDACTED] las órdenes [REDACTED] [REDACTED] denante manifiesta haber recibido y leído, antes de firmar esta orden el triptico registrado en la CMNV el 19-9-07”, esa fecha no podía ser conocida con

anterioridad a ese día. Por otro lado, tal realidad se ve apoyada por el contenido de los doc. 36 y 37 de la contestación donde se refleja que en las previsiones del banco estaba que el periodo de venta se abriría el 17 o 18 de septiembre de 2.007, precisamente porque el Consejo [redacted] mandada [redacted] sería aprobado entre el [redacted] 18 de septiembre. Sin embargo, posteriormente en las instrucciones definitivas de cómo cumplimentar las órdenes de compra ya se estableció como periodo de comercialización del 20 de septiembre al 2 de octubre (doc. 38 de la contestación), una vez se conoció la fecha exacta de la aprobación del folleto el día [redacted] septiembre. No existe prueba de que la demandada conociera esa fecha de aprobación del folleto por la CNMV con anterioridad al momento en que esta se produjo, por lo que la referencia en la orden al día 19 de septiembre sólo pudo hacerse ese día en el modelo de orden de compra, lo que conlleva que no pudiera ser firmado en fecha anterior de septiembre. Si atendemos a las órdenes internas del banco es más [redacted] fechas anteriores a [redacted] lo que se hizo fue una reserva y que esa fecha inicial fue [redacted] asumida por el empleado a posteriori cuando ya se suscribió la orden de compra para hacer coincidir las fechas, puesto que la instrucción del banco era la de mantener la misma fecha de la reserva inicial, no introducir una [redacted] para mantener [redacted] una vez confirmada la [redacted] orden. [redacted] concluir que efectivamente los actores tuvieron que suscribir la orden de compra tras el 19 de septiembre de 2.007, si bien, se desconoce cuándo de manera exacta. Lo cierto es que el cargo de los importes adquiridos [redacted] [redacted] cargados en sus cuentas en [redacted] octubre de 2.007 por lo que la suscripción debió ser previa a esa fecha (doc. 11 de la contestación).

Ello nos debe llevar a desestimar la acción de nulidad absoluta ejercitada pues no se entiende acreditada la infracción del artículo 26 y 30 de la LMV que señala la actora. Por otro lado, indicar que el TS ya en numerosas sentencias ha señalado que la infracción de normas administrativas, como lo es LMV no conllevará en ningún caso la nulidad radical, puesto que no se trata de normas imperativas cuya infracción prevea como sanción esa nulidad, sino que prevé sanciones de carácter administrativo.

Así la SAP de Cantabria de fecha 15 de noviembre de 2.016 lo señala indicando que “y es que, ciertamente, no es aceptable –como ya indicábamos en nuestras sentencias de 28 de septiembre y 3 de octubre de 2016- una conclusión tan radical como la inicialmente pretendida de declaración de nulidad del contrato por infracción de normas imperativas, con fundamento general en el artículo 6 del Código Civil, pues las situaciones de incorrección en el cumplimiento de las normas de protección [redacted] pueden tener tal consecuencia. Y ha de reconocerse que esta es la postura que parece compartir el TS en su sentencia de Pleno de 20-1-2014, pues a pesar de admitir que se había omitido el test preceptivo de conveniencia (en un supuesto de petición de nulidad de un contrato swap) *“lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”* En definitiva, no apuesta por la [redacted] –apreciable de oficio- sino por la presunción, ante la omisión, de un vicio del consentimiento.

En igual sentido se pronuncia la STS de 3 de junio de 2016, con cita de otras, en la que recuerda que *“la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MIFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o*

negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio”.

SEXTO. La acción ejercitada con carácter subsidiario por la actora es la de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de información respecto de los dos contratos suscritos en septiembre de 2.007 y marzo de 2.008, regulada en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, debiendo aclarar que no se ejercita la acción de resolución del contrato a la que se refiere la contestación a la demanda y en la que funda la improcedencia de la acción ejercitada a lo largo de la misma.

Pues bien, respecto de esta acción lo primero que habrá de analizarse es la excepción de prescripción de la acción por el transcurso de un año, por entender que se trata de una responsabilidad extracontractual y no contractual la demandada y la de 3 años del artículo 945 del Código de Comercio.

Señala la jurisprudencia que la excepción de 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 aparece fehacientemente, sino, por el contrario, por el propio 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.

En el presente caso no procederá aplicar el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1.968 del Código Civil puesto que el mismo es el previsto para las acciones de responsabilidad extracontractual y no es una de estas la ejercitada. 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 -quinque años en la fecha de formalización del contrato y

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20



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

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/ndex.html

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==

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 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, pues con la venta de los VST buscaba obtener financiación para la adquisición de ABN AMRO, generando con ello un evidente conflicto de intereses respecto de su cliente. 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, el cual no ha transcurrido, por lo que no estará prescrita la acción.

SÉPTIMO. Por último, procederá entrar a analizar si se incumplieron las obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada al no haber dado la

información clara y veraz que le viene impuesta por la regulación ya expuesta. Y la conclusión debe ser afirmativa en relación a ambos contratos de compra.

En cuanto a los asociados de la actora, no cabe duda de que deben ser calificados como minorista, no siendo objeto de controversia tal cuestión por la demandada.

La primera cuestión que se plantea es la relativa a su perfil inversor, puesto que la demandada sostiene que si que eran inversores dispuestos a asumir riesgos al ser titulares de numerosos productos de renta variable, como acciones, y por haber suscrito fondos de inversión y planes de pensiones asumiendo importantes riesgos. Para pronunciarnos sobre tal cuestión se hace preciso tener en cuenta la jurisprudencia dictada al respecto.

La AP de Cantabria de 3 de mayo de [redacted] 16 que [redacted] [redacted] va la condición de inversor arriesgado, ni de experto, e [redacted] 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 expresa [redacted] y 12.1.2 [redacted] que los clientes hub [redacted] ormente [redacted] 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, d [redacted] participado en fondo de invers [redacted] aridad 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 la prueba pone de manifiesto que efectivamente el Sr. [redacted] y la Sra. [redacted] contaban con inversiones en acciones de diversas entidades, como Banco Santander, Telefónica, Cintra, entre otras, así como una pluralidad de Fondos de Inversión, [redacted] es conforme a los folletos informativos aportados con la contestación a la demanda el riesgo asumido era medio-alto y en otras ocasiones bajo (doc. 12 a 16 de la contestación). En cualquier caso, lo que no se acredita por la entidad demandada es la información que a la hora de contratar esos productos le fue facilitada a los Sres. [redacted] si realmente eran conscientes de los riesgos efectivos que asumían con tal contratación, cuestión que tampoco se vio clarificada en el acto de la vista. Por tanto, y a tenor de la citada jurisprudencia, que sostiene que la existencia [redacted] nes previas no justifica por sí misma que se trate de un inversor avezado y de riesgo, es por lo que no cabe tener por acreditado ese perfil inversor sostenido en la contestación a la demanda.

Se niega por la entidad demandada la existencia de un contrato de asesoramiento con los socios de la actora, lo que conllevaría que no habría incumplimiento alguno

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==

de los deberes de información que dimanaban de aquel. Pues bien, en el presente caso la hija del Sr. [REDACTED] declaró que fue el director empleado del banco el que le ofreció el producto VS de forma individualizada y personalizada, como producto rentable y adecuado a sus intereses. Pero es que el propio subdirector de la sucursal Sr. [REDACTED] reconoció que el Sr. [REDACTED] actuaba conforme a las recomendaciones del referido director de la sucursal, con quien tenía una relación de confianza. Ello nos debe llevar a concluir que al Sr. [REDACTED] fue la entidad demandada la que le contactó para ofrecerle y venderle los VS, por lo que es evidente que hubo asesoramiento.

Ello le obligaba a la entidad a extremar el deber de informar adecuadamente sobre las características y riesgos del producto. En cuanto al carácter del mismo cabe calificarlo de complejo, pues aún ir[REDACTED]ndo que al final iban a percibir acciones del Banco Santander, se incluían en el tríptico informativo toda una serie de variables dependiendo de si se llevaba a cabo la OPS con éxito o no, distintas posibilidades de canje voluntario en sucesivas fechas anuales los días 4 de octubre de 2.0[REDACTED] y 4 de octubre de 2.0[REDACTED] y posibilidad de adquisición voluntarios ante determinadas circunstancias, siempre en base a lo que acordara el Banco, así como la existencia de una valoración del precio de la acción para el momento del canje obligatorio el día 4 de octubre de 2.012, que venía prefijado por el banco a la fecha que eligiera para la conversión de los valores en obligaciones y que se dejaba al arbitrio de la entidad. Hecho que además quedó constatado desde el momento en que un [REDACTED] acordó el cambio en [REDACTED] y se acordó que fuera al precio de 12,96€ (doc. 22 a 29 de la contestación), lo que pone de manifiesto que quedaba totalmente al albur del banco, lo que no consta que se explicase de forma clara en la información remitida a la CNMV, ni que se le comunicase verbalmente a los actores, pues en este punto las explicaciones dadas por la empleada del banco en la vista no fueron claras. Es una cuestión de gran trascendencia a los ojos de esta juzgadora la cuestión relativa a la determinación del precio de canje, la forma en que se iba a llevar a cabo y sin bien en el tríptico y folleto se señala con claridad que se fijará en un 16% más del precio medio de cotización de los cinco días previos a la fecha en que se hizo la conversión de los valores en acciones, no consta que se indicase que la fecha de esa conversión era elegida por el banco, por lo que podía condicionar el precio al que se iba a hacer el canje obligatorio en octubre de 2.012. Pero lo que si no consta que advirtieran en la documentación, ni tampoco verbalmente los empleados, tal y como se pudo ver con la testifical del Sr. [REDACTED] es que ese precio incluso podía ser alterado posteriormente cuantas veces tuviera a bien la entidad, haciendo ampliaciones de capital, y dejando a su absoluto control tal cuestión al margen de la incidencia que la subida o bajada del precio de las acciones pudiera tener. Se considera fundamental que se les hubiera informado a los clientes que ese precio de cambio inicial quedaba bajo el exclusivo control del banco, y eso no consta que se hiciese ni documental, ni verbalmente, ni en el momento de la primera suscripción, ni en el momento de la compraventa llevada a cabo en marzo de 2.008 en el mercado secundario, y es importante, pues el banco modificó hasta en cinco ocasiones ese precio de canje (doc. 22 a 29 de la contestación), que sin embargo, en el momento inicial daba a entender que estaba prefijado de forma definitiva nada más convertir los VST en obligaciones convertibles. Todas esas cuestiones hacen que los VST deban considerarse como producto complejo y que el banco estuviera obligado a informar a sus clientes de todos y cada uno de esos extremos. Así como de la posibilidad de sufrir importantes pérdidas al convertir la acción [REDACTED] en acciones [REDACTED] y posibilidad de obtener beneficios con ellas a menos que superaran el 116% del valor de mercado fijado por el banco. En el presente procedimiento la demandada

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Idx.html

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==

teóricos de rentabilidad") pero no precisamente el que habría de ser objeto de precisa información, es decir, el acontecido consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria. Al contrario, omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, y que tal bajada era perfectamente posible, pues como función económica esencial tenía como presupuesto, amén de proveer de fondos al banco, proporcionar una inversión al cliente para que, en función del comportamiento en bolsa de la acción -y siempre que superara el 116%-, pudiera obtener un beneficio. Pero lo relevante es lo que sucede antes del canje, pues al inversor le debe quedar claro -en palabras de la STS de 17 de junio de 2016 -, que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró el producto, por lo que la explicación sobre el desenvolvimiento del mismo se revela esencial cuando el riesgo de pérdida es evidente. Es por ello, como ya afirmaba la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en línea con lo que después ha mantenido el TS en su sentencia tantas veces reiterada por su importancia, de 17 de junio de 2016, que resultaba trascendente advertir con una especial claridad y oportunamente resaltada que el número de acciones que recibiría en el instante del canje dependía del valor que tuvieran a la fecha de emisión de las obligaciones convertibles -que podría ser bastante anterior en el tiempo-, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% de la cotización de la acción cuando la citada emisión se produjera, del otro. Y eso es precisamente lo que supone ser conocedor y consciente de la dinámica o desenvolvimiento del producto, fundamentalmente por conocer las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones a canjear. Es decir, como expresaba el artículo 5.3 RD 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, no consta fuera de duda que se haya proporcionado, en atención al perfil del cliente, toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva".

Por tanto, es evidente que la demandada no ha acreditado haber cumplido con el deber de informar que deriva del contrato de asesoramiento por el que se vinculó con los socios de la actora y que de ello se ha derivado unos claros perjuicios para los mismos ante la evidente pérdida de capital sufrido, que de haberles sido advertido el riesgo, no parece habrían tenido puesto que no habría contratado. Ello le debe llevar a indemnizar en las pérdidas efectivas sufridas que se calcularán partiendo de lo realmente invertido en las dos compras, que fue 138.825€ (50.000+88.825), más los intereses legales desde la fecha en que se efectuó cada una de las inversiones respecto del capital invertido, menos los rendimientos brutos percibidos que ascendieron a la suma de 32.868,73€ (11.569,58€+21.299,15€) más los intereses legales desde la fecha de cada percepción, menos el importe total que perciba por dividendos hasta el momento en que haga el cálculo efectivo de la suma a indemnizar, que a fecha de la certificación emitida por el banco ascendía a 27.277,45€ (18.022,26€+9255,19€), con los intereses legales desde la percepción de cada uno de ellos y con posterioridad en concepto de dividendos al precio de cotización a fecha de interposición de la demanda y menos el valor que hubieran obtenido de haber procedido a la venta de las acciones entregadas en el canje (3.773+7.547+53) a la fecha de interposición de la demanda. Tales operaciones deberán ser llevadas a cabo en ejecución de sentencia.

OCTAVO. En cuanto a los intereses serán aplicables a la cantidad resultante de tales operaciones el artículo 576 de la LEC.

NOVENO. En materia de costas será aplicable el artículo 394 de la LEC, en este caso dada la estimación sustancial de la demanda, puesto que la actora incurrió en pluspetición al solicitar el reintegro de un importe superior al invertido, pero al ser la diferencia entre lo pedido y lo concedido inferior al 10%, es por lo que procederá imponer el pago de las costas a la demandada.

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

PARTE DIPOSITIVA

Estimar la demanda presentada por el procurador Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte en nombre y representación de Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en representación de los intereses de D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED]

1º-Condernar a Banco Santander S.A por incumplimiento de los deberes de información a indemnizar a los socios de Asufin D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] la cantidad que resulte [REDACTED] una de [REDACTED] (325), más los intereses legales desde la fecha en que se efectuó cada una de las inversiones respecto del capital invertido, menos los rendimientos brutos percibidos que ascendieron a la suma de [REDACTED] (9,58€+21.299,15€) más los [REDACTED] les desde la fecha de cada percepción, menos el importe total que perciba por dividendos hasta el momento en que haga el cálculo efectivo de la suma a indemnizar, que a fecha de la certificación emitida por el banco ascendía a 27.277,45€ (18.022,26€+9255,19€), con los intereses legales desde la percepción de cada uno de ellos y los que se continúen generando hasta el efectivo cálculo y menos el valor que hubieran obtenido de haber procedido a la venta de las acciones entregadas en el canje (3773+7547+53) a la fecha de interposición de la demanda en el mercado secundario.

2º-Condernar a Banco Santander S.A al pago de los intereses en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno de la presente resolución sobre la cantidad que resulte una vez realizadas las operaciones indicadas al punto 1º- en ejecución de sentencia.

3º-Condernar a Banco Santander S.A al pago de las costas del procedimiento [REDACTED]

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese es [REDACTED] artes 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 co [REDACTED] [REDACTED] n lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

DEPÓSITO PARA RECURRIR: Conform [REDACTED] 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 15^a 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.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Emiliano del Vigo García

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

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.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Ermilano del Vigo García

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html

Fecha y hora: 11/03/2019 14:20

Código Seguro de Verificación 3907542003-e721159575e3e3848acf70ce2c89d2f3Q1gzAA==