



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942-35 70 40
Fax.: 942-35 70 41
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº.: **0000813/2017**
NIG: 3907542120170009317
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000180/2018

Intervención: Demandante	Interviniente:	Procurador: MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Demandado	BANCO SANTANDER SA	RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA nº 000180/2018

Santander, a 13 de julio de 2018

Vistos por mí, IÑIGO LANDÍN DÍAZ DE CORCUERA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander, los autos de Juicio Ordinario nº 813/17, instados por actuando en interés de su socio representada por la Procuradora Sra. Mendiola Olarte y defendida por la Letrada Sra. Bernáldez Bretón, contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador Sr. Vesga Arrieta y defendida por el Letrado Sr. Fernández de Retana Gorostizagoiza, en procedimiento de nulidad o responsabilidad contractual y reclamación de cantidad, dicto la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora Sra. Mendiola Olarte, en la representación citada, se interpuso en su día demanda de juicio ordinario contra la demandada en la que se manifestaba que

y un ahorrador de perfil conservador, carente de especiales conocimientos financieros, y sin interés por productos financieros de riesgo, por lo que su condición de consumidor y cliente minorista es incuestionable. En septiembre de 2007, unos empleados de la oficina de la demandada de su localidad le ofrecieron la adquisición de un producto denominado Valores Santander, que el aceptó, comprando el 12 de septiembre de 2007 tres títulos de tal producto e invirtiendo en dicha operación de compraventa un total de 15.000 €, bajo la creencia de que se trataba de un producto de escaso

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 16/07/2018 10:55

Firmado por: IÑIGO LANDÍN, Raquel Perales Saez

Código Seguro de Verificación 3907542010-8e8c043a09759025960572f134f17d446RwdAA==

riesgo y alta rentabilidad, pues esa fue la única información recibida por parte de la demandada para su adquisición, que resultó falsa y errónea, toda vez que no se le advirtió de que se trataba de un derivado financiero complejo y alto riesgo de pérdida que en absoluto se ajustaba a su perfil financiero, y cuyo precio podía ser fijado libremente por la demandada en unas condiciones imposibles de comprender para el comprador, siendo por tanto la cláusula que fijaba el precio abusiva, además de no cumplir con los criterios de transparencia. De este modo, la demandada había actuado con falta de transparencia, persiguiendo su propio beneficio y aprovechándose de su posición prevalente y de la falta de conocimientos suficientes de para colocarle un producto financiero complejo que de otra manera no habría contratado, y que le causó graves pérdidas patrimoniales cuando en agosto de 2012, sin recibir entonces tampoco la información adecuada, fue instado por la demandada a canjear los títulos por acciones por valor de 5.778,70 €, lo que le supuso una pérdida de 9.221,30 € respecto de su inversión inicial. Además la contratación se había producido con anterioridad a la aprobación por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la nota de valores del producto. Por último, la demandada había incumplido no solo sus obligaciones de información pre y post-contractuales, sino también numerosas obligaciones relacionadas con la ampliación de capital, la apertura de ventanas de cancelación y la aplicación de las cláusulas anti-dilución.

Por todo ello el contrato era radicalmente nulo por infracción de normas imperativas y abusividad e indeterminación en la fijación del precio, y subsidiariamente generaba la obligación de la demandada de indemnizar al comprador los daños y perjuicios causados por el grave incumplimiento de sus obligaciones.

La demandante aportó con la demanda los documentos en que fundaba su derecho, solicitando que se dictara sentencia que, estimando la demanda: 1) Declarara la nulidad radical del indicado contrato de compra de los Valores Santander, por estar los títulos adquiridos fuera del tráfico mercantil, al haberse vendido con anterioridad a la aprobación de la nota de valores; y condenara a la demandada a abonar a

15.000 € más los intereses legales, previa deducción en ejecución de sentencia del valor que tuvieran entonces los títulos recibidos en virtud del canje, pero sin obligación del comprador de devolver los rendimientos de dichos títulos, por concurrir causa

torpe; 2) Subsidiariamente, declarara la nulidad radical del indicado contrato de compra, por abusividad, dada la indeterminación en la fijación del precio, debiendo restituirse mutuamente las partes sus prestaciones, de conformidad con el art. 1303 CC; y 3) Subsidiariamente, declarara la responsabilidad contractual de la demandada por incumplimiento de sus obligaciones de información pre y post-contractuales, y la condenara a indemnizar al en la cantidad de 9.221,30 €; abonando la demandada en cualquiera de los casos las costas del proceso.

SEGUNDO: Turnada a este Juzgado la demanda, se admitió a trámite, dándose traslado de la misma a la demandada y emplazándola a comparecer y contestar en el término de veinte días, lo cual verificó admitiendo la realidad de la contratación, si bien planteando con carácter previo la falta de legitimación activa de la asociación demandante para entablar las acciones ejercitadas en nombre del , y manifestando en cuanto al fondo: que ni era cierto que el producto se hubiera comercializado antes de la publicación del folleto informativo, ni ello supondría una nulidad radical; que no cabía nulidad por abusividad por indeterminación del precio, porque la demandante ni aclaraba si con ello estaba aludiendo a la falta de algún elemento del contrato o a la nulidad de alguna cláusula por abusiva, pero ni cabe un control de abusividad del precio ni puede pedirse la nulidad del contrato, sino solo de la cláusula, y el doble control de transparencia hace referencia a las condiciones generales de la contratación, que no a un tríptico informativo o folleto de emisión; que no podía alegarse causa torpe o dolo si no se estaba ejercitando una acción de anulabilidad; que precisamente lo que la demandante pretendía era sortear una acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, porque dicha acción ya estaría caducada; que el había formalizado el contrato de forma voluntaria y con pleno conocimiento de las características del producto, habiendo recibido una información adecuada para su comercialización (que no un servicio de asesoramiento), así como toda la documentación legalmente exigible a tal fin, siendo la información facilitada sobre el producto y su clasificación concordantes con sus características, y no encubriendo un producto de mayor riesgo o complejidad, características que tampoco eran predicables de dicho producto, como tampoco era desaconsejable para minoristas; que el comprador no había impugnado la validez del contrato hasta que el producto dejó de ofrecer rentabilidad, lucrándose hasta entonces con los rendimientos percibidos, lo que revelaba que el contrato no adolecía de ningún vicio de

nulidad ni la demandada había faltado a su obligación de información contractual, sino que simplemente el comprador había sufrido pérdidas con ocasión de una inversión efectuada en un producto de renta variable; que tampoco podía acogerse la acción subsidiaria de reclamación de indemnización por incumplimiento contractual, porque no se habían producido los incumplimientos alegados, pues ni había prestado ningún servicio de asesoramiento al comprador, ni la demandada había incumplido su deber de información, ni ese eventual incumplimiento generaba un perjuicio económico directo, ni podía suponer responsabilidad contractual si se había producido en fase precontractual, y además dicha acción estaría prescrita ex art. 945 C de c; y en cualquier caso se daría una situación de enriquecimiento injusto si, caso de estimarse la demanda, el demandado no devolviera los títulos percibidos por la contratación ni los rendimientos obtenidos de los mismos.

La demandada aportó con su contestación los documentos en que fundaba su derecho, solicitando que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con condena a la demandante en costas.

TERCERO: Citadas las partes a la celebración de la audiencia previa prevista por la Ley, en el día señalado asistieron ambas debidamente representadas, ratificándose en sus respectivas pretensiones e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Se desestimó la excepción de falta de legitimación activa, por las razones que obran en autos. Abierto el periodo probatorio, la demandante propuso prueba documental interrogatorio del legal representante de la demandada y prueba testifical, y la demandada prueba documental y testifical. Se admitieron todas ellas, a excepción de determinada prueba documental propuesta por la demandante, y se citó a las partes a vista, y llegado el día se practicaron las admitidas con el resultado que obra en autos, exponiendo seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO: En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Qué son los Valores Santander y sus características.

Con carácter preliminar es necesario examinar las características del producto financiero contratado en su día por las partes. Según se deduce del tríptico y de la nota de valores aportados unidos a autos (Docs. 2 de la demanda y 3 de la contestación), en el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por la demandada junto con otras dos entidades, se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones, y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 € cada uno de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 €. Si no se adquiría ABN Amro, la amortización de los valores se produciría el día 4 de octubre de 2008 con reembolso del nominal del valor más la remuneración a un 7,30 % nominal anual (7,50% TAE). Si por el contrario se adquiría ABN Amro (como así sucedió), los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión, de modo que en este caso no se produciría el reembolso en metálico. El canje de los valores en obligaciones y la conversión de éstas en acciones se producirían simultáneamente, y para la conversión, la acción Santander se valoraría al 116% de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles. Dicho canje se produciría voluntariamente por el titular de los valores el día 4 de octubre de 2008, 2009, 2010, 2011 y, obligatoriamente, el día 4 de octubre de 2012. Por lo demás, la retribución al titular de los valores se fijaba en un tipo de interés anual del 7,30 % hasta el día 4 de octubre de 2008 y, del euribor más 2,75% a partir de esa fecha.

De lo expuesto en dichos documentos informativos se desprende que los Valores Santander son bonos convertibles en acciones, esto es un producto mixto entre renta fija y renta variable, de carácter especulativo y de riesgo, y por tanto complejo, pues así resulta de la lectura del tríptico, y más concretamente de la explicación de los supuestos de canje y de fijación de su precio de conversión, y así lo reflejan igualmente sus notas características referidas en la nota de valores del producto.

De entre esas notas que convierten al producto en complejo y de riesgo para el inversionista destacan: su liquidez limitada; la supeditación de recibir la remuneración pactada a la situación financiera del emisor; la consideración del producto como un "recurso propio" de la entidad (con todas las limitaciones legales de disponibilidad que ello implica); la amortización unilateral por la entidad a un valor nominal prefijado y por tanto ajeno a su valor real de

cotización (y por ello con grave riesgo de la pérdida completa de la inversión por parte del adquirente); y su clasificación muy desfavorable en el orden de prelación de créditos. Como resaltaba la **SAP Cantabria, sec. 4ª, 3-5-16**, se trata de un producto en el que el percibo del interés resultaba secundario, puesto que la verdadera suerte final del producto venía a consistir en una suerte de apuesta sobre la evolución de la cotización de la acción del banco en un periodo que podía superar el año; es decir, en el fondo se invitaba al cliente a apostar, de modo que si la acción subía, ganaba, y si no alcanzaba el 116%, perdía; pero además el número de acciones que recibiría en el momento del canje dependía, no del valor de que tuviera la acción en dicho momento, sino en la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, que podía ser anterior en más de un año; y como también la adquisición de ABN Amro quedaba a voluntad de la demandada durante un periodo de diez meses, podía decidir hacerlo en una fecha en que la cotización de la acción fuera alta, o más alta que la que previsiblemente tuviera en la primera fecha de canje. Por lo tanto, al tratarse de producto definible como bono convertible, su carácter complejo, especulativo y de riesgo no ofrece duda, y así lo declaró la **SAP Cantabria, sec. 2ª, 19-7-16**, citando en este punto la **STS 17-6-16**, y lo han confirmado las más recientes **SSAP Cantabria, sec. 2ª, 1-2 y 14-5-18**.

Lo expuesto permite concluir que los Valores Santander no son un producto de inversión apto para clientes minoristas de perfil ahorrador, sino para aquéllos interesados en invertir su dinero buscando una elevada rentabilidad y asumiendo el correspondiente riesgo. Y desde luego, dada su complejidad, no son conceptualmente equiparables a otros productos de inversión. De hecho, resulta llamativo que en la nota de valores o folleto informativo del producto (Doc. 2 de la demanda, página 12) la propia demandada afirmara literalmente que los Valores Santander eran "*un instrumento financiero singular. El emisor no tiene constancia de la existencia de valores comparables en el mercado español que puedan servir de referencia para valorar los Valores*", lo cual es incompatible con sostener a la vez (como alega la demandada en su contestación -páginas 26 a 29-) su sencillez y posible equiparación a otros títulos de renta fija o variable habituales y de conocimiento generalizado (como pueden ser las acciones).

Luego como producto complejo, su comercialización requiere evaluar los conocimientos y experiencia inversora de los potenciales compradores, así como

suministrarles una información precontractual lo más explícita y clara posible.

SEGUNDO: Pretensión principal. Nulidad absoluta o de pleno derecho.

La demandante plantea como pretensión principal la nulidad radical del contrato de compra de los Valores Santander, por estar los títulos adquiridos fuera del tráfico mercantil, al haberse vendido con anterioridad a la aprobación de la nota de valores, así como por abusividad, por indeterminación en la fijación del precio.

Ambos motivos deben ser rechazados de plano, pues como razonaba la **SAP Cantabria, sec. 4^a, 5-4-16**, los deberes de información y documentación, tanto en fase de formación precontractual como postcontractual, son deberes instrumentales, pues tienen como fin el correcto y completo conocimiento del producto de inversión y de sus riesgos por parte del cliente, de modo que la contravención de las normas que los regulan difícilmente puede determinar la nulidad radical de los contratos, porque: ni la doctrina del Tribunal Supremo, al resolver recientemente múltiples recursos que denuncian la infracción de esos deberes, y estimarlos, ha deducido como consecuencia la nulidad radical de los contratos; no existe ningún obstáculo para que, después de celebrado el contrato con infracción de esos deberes, las partes pudieran haberlo confirmado facilitando al cliente la información omitida; resultaría paradójico e injusto que el infractor de las normas reguladoras de los deberes de información y documentación precontractual tuviera legitimación para instar la nulidad, lo que podría hacer si estuviéramos ante esa clase de invalidez absoluta; resultarían de idéntica condición el contratante experto y el inexperto, ya que también el primero, pese a no necesitar recibir con detalle esa información, podría instar la nulidad del contrato si no le beneficiase; la protección del cliente en este tipo de reclamaciones se alcanza plenamente por medio de la acción de anulabilidad fundada en error-vicio. Y en cuanto a la "alterabilidad unilateral del precio de conversión", porque, aceptando (como resulta del tríptico y de la nota de valores) que su determinación se haría bajo parámetros objetivos (criterio definidor del precio por referencia a un dato objetivo y ajeno a la voluntad de la demandada cual era la media de la cotización de la acción durante un periodo -es decir, fijación del precio por referencia a una cosa cierta-), ni puede imputarse a la demandada un comportamiento

arbitrario en orden a la fijación de aquel precio, ni en cualquier caso lo denunciado en la demanda es un supuesto del art. 1256 CC, pues este precepto solo proscribiera el arbitrio de uno de los contratantes cuando de dicho comportamiento se hace depender la entera validez o el cumplimiento del contrato, lo que no es el caso.

Análogamente, la **STS Pleno 30-6-15**, citando la **STS 15-12-14**, se ha planteado cuáles deben ser las consecuencias de las aludidas infracciones de los deberes legales de información, recordando que si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, sin embargo no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que trasponen el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias, por lo que, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail -C-591/10-, apartado 27). Y de acuerdo con esta doctrina del TJUE, como la normativa comunitaria MIFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, procedía analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad radical ex art. 6.3 CC del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por dicha normativa, teniendo en cuenta que la norma legal interna que introdujo los deberes legales de información no estableció dicha consecuencia para el caso de incumplimiento, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, cual es la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional de Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas por infracción muy grave. Por ello concluía el Pleno de la Sala que si bien la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener ciertamente un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio en los términos expuestos en la STS 20-1-14, la mera infracción de estos deberes de información no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, y

así lo ha ratificado posteriormente la **STS 3-6-16**, como recoge la **SAP Cantabria, sec. 2ª, 15-11-16**.

Más recientemente, y en el examen de un supuesto muy parejo al de litis, la **SAP Cantabria, sec. 2ª, 12-1-18** (citada por la demandada), precisaba: que la vigente Ley de Mercado de Valores (LMV) aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre mantenía en su actualmente vigente art. 36 la misma redacción que el derogado art. 26, a tenor del cual la admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial no requerirá autorización administrativa previa, si bien estará sujeta al cumplimiento previo del requisito de "aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un folleto informativo, así como de su publicación"; que el art. 34 reproduce y mantiene la obligación de publicar el folleto informativo, al señalar que "el registro previo y la publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores será obligatorio para: a) La realización de una oferta pública de venta o suscripción de valores; b) La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial"; que el actual art. 279, al regular las infracciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones exigidas para el correcto funcionamiento del mercado primario de valores y la negociación de instrumentos financieros en los mercados secundarios de valores, tipifica como infracción muy grave la realización de ofertas públicas de venta o suscripción o la admisión a negociación, sin cumplir los requisitos de los artículos 33.2, 36.1, 35, 76 o 77, la colocación de la emisión sin atenerse a las condiciones básicas establecidas en el folleto, en caso de que deba elaborarse dicho documento, o la omisión de datos relevantes o la inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño en dicho documento, cuando, en todos estos supuestos, la cuantía de la oferta o de la admisión, o el número de inversores afectados, sean significativos; y que la citada normativa imperativa, contenida tanto en la legislación derogada de la LMV como en la actualmente vigente, pone en evidencia que el efecto jurídico previsto en la misma para el caso de contravención de sus normas imperativas no es la nulidad de la contratación suscrita, sino la imputación de responsabilidad indemnizatoria (ex art. 28 de la LMV derogada o del art. 38 de la ley en vigor) y, en cualquier caso, la imputación de una responsabilidad administrativa sancionable.

Y como tampoco la autorización afecta en nada a la existencia intrínseca del producto, no cabe alegar que estaba fuera del tráfico mercantil en el sentido de "fuera del comercio de los hombres" referido en el art. 1271 CC.

Por lo demás, tiene razón la demandada cuando precisa que ni cabe control de abusividad sobre un elemento esencial del contrato cual es el precio, ni la declaración de nulidad de una cláusula abusiva conlleva la nulidad del contrato, sino solo de la cláusula (STS 8-6-17 y AAP Cantabria, sec. 2ª, 23-11-16), y ello es aplicable también al doble control de transparencia (supuesto de abusividad), debiendo añadirse en este caso que dicho control hace referencia a las condiciones generales de la contratación, que no lo son ni el tríptico informativo, ni el folleto de emisión, ni la nota de valores.

Tampoco resultan relevantes para la resolución del caso las alegaciones referidas a la infracción de normativa sobre consumidores y usuarios, pues como recuerda la **STS 17-1-18**, los productos financieros están sujetos a la legislación del mercado de valores y a la normativa MiFID (Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE) y lo relevante, en su caso, a efectos de la apreciación del vicio del consentimiento, es que el cliente tenga la cualidad legal de minorista, siendo completamente intrascendente que sea o no consumidor, puesto que su legislación reguladora no resulta aplicable a los productos financieros. Y es que constituye línea jurisprudencial reiterada desde la **STS 14-11-06** (citada por la demandada en su contestación) la exclusión de la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores a las operaciones de naturaleza especulativa, limitación que se ha trasladado de forma expresa al art. 91 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que excluye la normativa sobre cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios respecto de los contratos relativos a valores (con independencia de su forma de representación), instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle.

Finalmente, las alegaciones de causa torpe y dolo solo son predicables de las acciones de nulidad

relativa o anulabilidad (arts. 1265, 1301 y 1306 CC), que la demandante no ha ejercitado.

TERCERO: Responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones.

Esta acción planteada de modo subsidiario a la de anulabilidad es congruente con los hechos descritos en la demanda, y además la jurisprudencia (SSTS 10-7-15, 30-12-14 y 18-4-13) entiende que no cabe descartar que el incumplimiento grave por parte del banco de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero (más concretamente el incumplimiento del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa exigibles al proponer al cliente la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo no adecuados a su perfil de riesgo) pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de la inversión, aunque lógicamente sea preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. A este respecto la **SAP Cantabria, sec. 4ª, 3-5-16**, con cita de las SSTS 18-4-13 y 12-1-15, recordaba que para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa y no de mera disponibilidad, y que es ella la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no sus clientes (inversores no profesionales) quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas, pues sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Y en el mismo sentido se pronuncia la también ya mencionada **SAP Cantabria, sec. 2ª, 19-7-16**, citando la **STS 1-2-16**, e igualmente las más recientes **STS 20-9-16** y **SAP Cantabria, sec. 2ª, 10-2-17**.

Esta pretensión subsidiaria sí debe estimarse, toda vez que, como señalaba la citada **STS 10-7-15**, el incumplimiento por el banco del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible, al proponer a un cliente la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo aconsejable, supone un incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el

mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales, apto para imputar ex art. 79 bis 6 LMV a quien presta un servicio de asesoramiento financiero la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor del producto adquirido; siendo por tanto viable ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de esos deberes, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado, siendo ese perjuicio la pérdida de la inversión.

Es indudable que la acción planteada de manera subsidiaria es estrictamente de indemnización de daños y perjuicios, y no de resolución contractual, como interpreta la demandada, y así la **STS (Pleno) 13-9-17** que cita en su favor (página 63 de su contestación) en realidad no favorece su postura, pues lo que dicha resolución declara (siguiendo una línea ya constante de la que son ejemplo las SSTS 20-7-17, 10-7-15, 20-1 y 30-12-14, y 18-4-13) es que el incumplimiento de la obligación de información no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento (pues dicha resolución presupone un contrato ya perfeccionado y por tanto al que concurren ambas partes con pleno conocimiento y consentimiento de las obligaciones asumidas), pero sí a una indemnización por incumplimiento contractual por los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia del incorrecto asesoramiento prestado, que es precisamente la acción aquí planteada. En la misma línea se pronuncia la reciente **SAP Cantabria, sec. 2ª, 13-2-18**. Y aunque alguna de esas sentencias se refería a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia resulta también aplicable respecto de las exigencias que el art. 79 bis.6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. Y dentro del ámbito del asesoramiento financiero, discutiéndose la observancia de las obligaciones de la entidad demandada derivadas de tal relación contractual, la legitimación pasiva de la demandada deviene indiscutible, pues, como se dirá, fue ella la que recomendó al comprador la contratación de un producto financiero no adecuado para él y que le supuso un perjuicio patrimonial concreto y directo.

Por tanto, no cabe razonar que un incumplimiento precontractual no puede nunca generar responsabilidad contractual, pues la responsabilidad que se está imputando a la demandada es puramente indemnizatoria,

por el inadecuado asesoramiento financiero prestado al comprador *previamente* a la adquisición de los títulos y que motivó dicha adquisición, entendido dicho asesoramiento como la recomendación de compra de un producto de inversión interesante que no requiere de la formalización específica de un contrato de gestión de carteras, y que no deja de ser una prestación contractual por el mero hecho de efectuarse verbalmente (pues se lleva a cabo en el ámbito de la relación comercial propia existente entre el banco y el cliente), siendo por tanto el asesoramiento una prestación contractual con independencia de que sea preparatoria de la formalización del contrato de inversión, pues es doctrina jurisprudencial reiterada (así SSTs 12-2-16 y 20-1-14), siguiendo la conocida **STJUE 30-5-13** (C-604/2011) que lo que determina que haya o no asesoramiento no es tanto la naturaleza del producto, como la conducta del banco, es decir, que (como fue el caso) sea éste quien ofrezca el producto. Y así, el art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE entiende como servicio de asesoramiento en materia de inversión la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros; y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales, careciendo de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Por lo tanto, si el incumplimiento del deber de información exigible en la fase precontractual puede determinar la responsabilidad de la entidad financiera por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida de valor de la inversión si la defectuosa información precontractual recibida llevó al cliente a efectuar una inversión no querida y desaconsejable que le supuso como consecuencia directa una pérdida patrimonial, en el caso que nos ocupa es patente que la demandada no ha acreditado (como le incumbía) haber prestado al comprador una información escrupulosa, detallada y completa de todas las características del contrato y sus eventuales riesgos, sin que la declaración del legal representante de la demandada fuera apta a tal efecto, no ya por su evidente falta de objetividad derivada de su relación laboral con la demandada, sino especialmente porque reconoció no haber intervenido personalmente en la

operación. Y lo que es indudable (y el representante de la demandada no lo negó) es que la iniciativa de contratar este producto partió de la demandada, pues la operación de venta fue prácticamente coetánea a haberse registrado el tríptico informativo del producto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por lo que no hubo tiempo material de publicitarlo a la generalidad del público, ni por tanto resulta creíble que fuera el comprador quien acudiera a la oficina de la demandada a interesarse por el producto de forma proactiva, como se dice en la contestación (página 33). Pero, además, si en tanto que producto complejo (como es el de litis) no era adecuado ofrecérselo a cualquier cliente minorista, no consta que la demandada examinara el perfil del comprador para determinar esa idoneidad, ni recabara ningún tipo de información al respecto, a pesar de que (como se señala expresamente en la contestación) ni era cliente de su oficina, ni la demandada conocía su historial inversor o de qué productos financieros era o había sido titular.

Hubo por tanto asesoramiento, y el mismo fue inadecuado y causalmente generador de un perjuicio económico al , siendo frente a ello irrelevante que en la orden de compra de los valores (Doc. 5 de la contestación) se hiciera constar mediante la utilización de una fórmula-tipo estereotipada que el comprador había recibido y leído el tríptico informativo y entendido las características, complejidades y riesgos del producto, pues ello resulta insuficiente para entender cumplido el deber de información, que además para el banco es una obligación activa y no de mera disponibilidad.

En definitiva, el producto ofertado al comprador no era adecuado para él, y la demandada no ha acreditado habérselo explicado de modo suficiente para entender cumplido el deber de información exigible, especialmente en lo referido a sus principales riesgos; y aun cuando por la fecha de la contratación no fuera exigible el cumplimiento de la normativa MIFID, ni concretamente el sometimiento al cliente de un test de idoneidad (pues tanto la Ley 47/2007 -por la que se dio nueva redacción a los arts. 78 bis y 79 bis de la Ley 24/88- como los apartados a) y h) del art. 48.2 de la Ley 26/1988 -introducidos por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre-, se publicaron en diciembre de 2007, y el contrato de litis fue suscrito tres meses antes), la obligación de las entidades financieras de facilitar a sus clientes una información veraz, suficiente, clara y completa es no solo indiscutible, sino además consustancial al principio de buena fe recogido con

carácter general en el art. 7 CC, y específicamente en el ámbito contractual en el art. 1258 CC.

Por ello debe concluirse que la demandada es responsable ex art. 1101 CC de los daños sufridos por el [redacted] por la pérdida de valor de su inversión, toda vez que al ofrecerle la adquisición de un producto complejo y de riesgo que no se adecuaba a su perfil inversor ni a su capacidad de comprensión, le causó una pérdida económica indiscutible y cierta (atendiendo al importe inicial de la inversión y al no discutido valor inferior de la misma una vez efectuado el canje), siendo clara la relación causal entre la inversión y la pérdida, y a su vez entre la recomendación (asesoramiento) de la demandada y la decisión del [redacted] de invertir, y en este sentido no puede negarse la producción de ese perjuicio inicial porque las acciones recibidas en canje puedan subir en el futuro, pues ello es un futuro frente al hecho cierto del valor de las acciones al momento del canje, que se había desplomado respecto a la fecha de compra de los valores canjeables.

CUARTO: Dicho esto, el contrato de asesoramiento financiero así caracterizado es esencialmente diferente del de comisión o corretaje, por lo que la responsabilidad contractual derivada del mismo no está sometida al plazo prescriptivo del artículo 945 del Código de Comercio (en adelante CCom), que se refiere a la responsabilidad de agentes de bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques. Es cierto que la **STS 23-2-09** (citada por la demandada en su contestación - página 75-) hizo extensivo a las sociedades de inversión este plazo prescriptivo de tres años del artículo 945 CCom, pero, en primer lugar, se trata de una sola sentencia aislada, por lo que no puede considerarse todavía como jurisprudencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.6 CC; y en segundo lugar, lo decisivo de esta sentencia radica en que circunscribe la aplicación del plazo de tres años del art. 945 a los estrictos términos de dicho artículo, esto es, a las acciones de responsabilidad contra los profesionales que operan en el mercado de valores en sustitución de los agentes de cambio y bolsa, incluyendo por tanto a las sociedades de inversión, por lo que no toda reclamación derivada de un contrato de estas características estará sometida al plazo de tres años, sino sólo las acciones directas de responsabilidad contra la sociedad de inversión.

Por ello, dicha sentencia no es contradictoria con la **STS Pleno 9-9-14**, que señalaba que la acción de

resolución de un contrato por incumplimiento contractual no está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del art. 1301 CC, y que, como no se aplica este precepto y no existe un plazo de prescripción específico para la acción de resolución del contrato por incumplimiento, procede aplicar el general de quince años previsto para las acciones personales del art. 1964 CC.

En efecto, el Tribunal Supremo diferencia nítidamente en 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 CCom para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de cuatro años de caducidad, del artículo 1301 CC para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento; y c) el plazo de quince años, de prescripción, del artículo 1964 CC para el resto de las acciones (ahora reducido a un plazo de cinco años a partir de la Ley 42/2015). Por ello la solución a la cuestión planteada pasa por determinar qué acción se ejercita, y seguidamente aplicar el régimen legal correspondiente, y en este caso los compradores ejercitan una acción de indemnización de daños y perjuicios derivada del incorrecto asesoramiento prestado por la demandada para la adquisición de un producto de su propiedad, que ella misma había emitido y comercializado como medio de financiar una operación de compra de una entidad bancaria, por lo que es patente que no estamos ante una acción de responsabilidad de una sociedad de inversión (cuya función, como la de los corredores y agentes, es esencialmente de intermediación -de ahí la equiparación auspiciada por la STS 23-2-09-), sino en la más amplia de daños y perjuicios en el ámbito contractual prevista en el art. 1101 CC, no estando en consecuencia justificada la pretendida aplicación del artículo 945 CCom, como desde luego tampoco la del art. 1902 CC, al reclamarse una responsabilidad contractual y no extracontractual, siendo por tanto aplicable el plazo general de prescripción vigente en la fecha del contrato, que era de quince años (art. 1964 CC), y conforme al cual no hay duda alguna de que la acción no está prescrita.

En este sentido cabe citar, sin ánimo exhaustivo, las SSAP Coruña, sec. 4^a, 25-11-16 y 23-9-16; Murcia, sec. 1^a, 17-10-16; Madrid, sec. 13^a, 19-9-16, y sec. 11^a 30-9-15; y Álava, sec. 1^a, 1-6- y 30-12-15.

QUINTO: En cuanto a la cantidad concreta a la que debe ascender la indemnización, de todo lo argumentado se desprende que el daño para el comprador se concretó en el momento del canje de los bonos por acciones, lo que se produjo el 10 de agosto de 2012, momento en el que recibió un contravalor inmediatamente liquidable de su inversión que (no se ha discutido) se concretó en una pérdida económica respecto a su inversión inicial, y esa pérdida está en relación casual directa con la defectuosa observancia por el banco de sus deberes de información en la contratación, por lo que, siguiendo lo razonado por las **SSAP A Coruña, sec. 4ª, 25-11-16 y 23-9-16**, como el sentido de esta sentencia no es anulatorio ni resolutorio, y no impone la restitución de las prestaciones que fueron objeto del contrato, sino puramente indemnizatorio, no hay razón que justifique la devolución en propiedad al banco de las acciones fruto del canje, por lo que, puesto que la validez del contrato queda preservada, nada tiene que restituir el perjudicado a la causante de su daño patrimonial, perfectamente concretable en la diferencia de valor, al tiempo del canje voluntario de los valores por acciones, entre el valor de cotización real de las acciones y el precio de canje prefijado por la demandada tomando como referencia el valor de cotización en la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, si bien debiendo descontarse el importe de aquellos rendimientos percibidos por el comprador durante la vigencia de la inversión, que amortiguaron la pérdida sufrida con ocasión de la misma. Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente por la ya citada **STS 20-7-17**, que para cuantificar la indemnización reclamada atendía a la pérdida de valor del bono tras el canje, debiendo restarse de dicha cantidad el importe líquido recibido por el a través del abono de cupones del bono antes de su venta.

De este modo, conforme a la información plasmada en los Docs. 9.D de la demanda y 31 y 32 de la contestación tenemos que, habiéndose tomado como fecha efectiva del canje voluntario el 10 de agosto de 2012, en dicha fecha el valor real de cotización de las acciones (no discutido) era de 4,99 €, y como la demandada entregó al comprador por los 15.000 € invertidos un total de 1.157 acciones, esto significa que las acciones recibidas tenían un valor real de $1.157 \times 4,99 = 5.773,43$ € frente al nominal de 15.000 €, de modo que el sufrió una pérdida patrimonial de 9.226,57 €.

No obstante, como la demandante fija dicha pérdida en la cantidad de 9.221,30 €, a dicha cifra habrá de

estarse (para evitar una incongruencia extra-petita), si bien habrá que deducir, como se ha dicho, el importe de aquellos rendimientos brutos percibidos por el comprador durante la vigencia de la inversión, es decir (Doc. 32 de la contestación) los 3.514,22 € percibidos en cupones, así como las 71 nuevas acciones recibidas sin coste alguno a raíz del canje (circunstancia no discutida por la demandante, y que aparece debidamente corroborada por los extractos contables de cada uno de ellos, que reflejan la adquisición de acciones en el número y fechas que refleja el Doc. 32, sin haber abonado importe alguno por ninguna de ellas), cuyo valor de mercado al tiempo del canje (aceptado por las partes en 4,99 €, de modo que $71 \times 4,99 = 354,29$ €) debe computarse, por venir tales adquisiciones causalmente unidas a la operación de canje, aunque se hubieran recibido con posterioridad.

Por el contrario, no puede tenerse en cuenta el importe de los rendimientos brutos percibidos por el de las acciones tras el canje, pues es indiferente a la relación comercial entre las partes el devenir de la inversión una vez finalizada dicha relación con ocasión del canje, y concretamente la fluctuación (positiva o negativa) que en adelante pudiera sufrir el valor de las acciones en el mercado bursátil.

De este modo, la pérdida sufrida por el sería de $9.221,30 - 3.514,22 - 354,29 = 5.352,79$ €, que es la cifra que deberá pagarle la demandada en concepto de indemnización de daños y perjuicios, para reequilibrar así las prestaciones de las partes y equiparar la operación contratada a una mera compra de acciones efectuada por a precio de mercado en la fecha del canje.

Por ello, procede estimar parcialmente en la suma señalada la acción subsidiaria de reclamación de daños y perjuicios ejercitada.

SEXTO: En cuanto a los intereses, son de aplicación los de los arts. 1100 y 1108 CC tácitamente solicitados en la demanda (pues se reclamaron intereses desde la fecha del desembolso de la inversión), pues es sabido que la exigibilidad de dichos intereses moratorios no es incompatible con la inicial iliquidez de la suma reclamada, ya que como recuerdan entre otras las SSTs 6-11 y 15-7-09, y 16-5-07 (y en idéntica línea cabe citar, por ejemplo, la **SAP Cantabria, sec. 3ª, 24-6-05**), si bien durante mucho tiempo la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez,

y con apoyo en el aforismo (sin base histórica ni de derecho positivo) "in illiquidis non fit mora", vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir prácticamente y de modo general coincidencia absoluta de la suma concedida con la solicitada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial, dicha exigencia fue atenuada a partir de la STS 5-3-92, y seguida por las SSTS 18-2-94, 20-7-95 y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la sustancial, de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses. Y así a partir del **Acuerdo de la Sala 1ª de 20-12-05** quedó consolidada una nueva orientación (plasmada, entre otras, en las posteriores SSTS 5-12-11, 6-4-09, 17-11-08 y 9-2-07), que, prescindiendo del alcance dado al aforismo clásico "in illiquidis non fit mora" atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del "dies a quo" del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado, de modo que, según explicita la **STS 26-10-10**, "*si no ofrecen duda los supuestos de cantidades indiscutibles o reconocidas, igualmente deben admitirse aquellos en que, tratándose de deudas de cantidad, la reducción de la reclamada resulte de compensaciones, exclusión de partidas o contingencias más o menos inicialmente inciertas pero que no justifican o explican la oposición total, pues de otro modo no se evitarían los grandes abusos por parte de los deudores morosos, a los que bastaría discutir, aun infundadamente, sobre la existencia o cuantía de la deuda, para exonerarse del pago de intereses moratorios*".

Dicho razonamiento resulta sin duda aplicable al caso presente, en que, con independencia de que la concreta cuantía de la indemnización haya tenido que ser concretada en sentencia, se ha estimado la demanda por resultar manifiesta e indiscutible la responsabilidad de la demandada por la defectuosa comercialización de un producto que era inidóneo para el comprador y que le causó graves pérdidas, debiendo además tenerse en cuenta que la cantidad fijada como indemnización parte de unos datos (cantidad invertida -

valor final de la inversión + rendimientos obtenidos) que ya eran conocidos perfectamente por la demandada al tiempo de la demanda (de hecho ha sido ella la que los ha aportado), y que el devengo de intereses moratorios recaerá solamente sobre la cantidad objeto de condena.

No obstante, en este caso resulta procedente fijar el devengo de los intereses legales desde la fecha del canje (10 de agosto de 2012), y no del desembolso de la inversión, como se pedía en la demanda, por ser en el momento del canje cuando se percibió el último cupón y se cristalizó de manera definitiva la pérdida.

SÉPTIMO: De conformidad con el art. 394.2 LEC no procede condena en costas, dada la estimación parcial de la demanda, pues nótese que la demandante reclamaba en concepto de daños y perjuicios el abono de 9.221,30 € (esto es, sin asumir la correlativa devolución de los rendimientos percibidos por la inversión), y la cantidad objeto de condena asciende a poco más de la mitad, 5.352,79 €.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta en su día por la Procuradora Sra. Mendiola Olarte:

PRIMERO: DEBO DECLARAR y DECLARO que con ocasión de la venta en septiembre de 2007 de un total de tres títulos de un producto denominado Valores Santander, en la que invirtió 15.000 €, BANCO SANTANDER S.A. incurrió en RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL al incumplir sus obligaciones de información y adecuada comercialización del citado producto financiero, lo que ocasionó a un perjuicio patrimonial cuantificable en la suma de **5.352,79 €**.

SEGUNDO: DEBO CONDENAR Y CONDENO BANCO SANTANDER S.A. a pagar a **5.352,79 €**, cantidad que devengará un interés anual equivalente al legal del dinero desde el 10 de agosto de 2012 hasta la notificación de la presente resolución, y que se verá incrementado en dos puntos desde el día siguiente a dicha notificación hasta su completo pago.



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TERCERO: NO procede condena en COSTAS en este procedimiento, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Contra esta resolución cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, por escrito, en plazo de **VEINTE DIAS** contados desde el siguiente a la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANCO DE SANTANDER nº 5072000004081317 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por la Sra. Letrada de la Admón. de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo la Letrada de la Admón. de Justicia doy fe.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 16/07/2018 10:55

Firmado por: IÑIGO LANDIN, Raquel Perales Saez

Código Seguro de Verificación 3907542010-8e8c043a09759025960572f134f17d446RwdAA==