



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357024
Fax.: 942357025
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº.: **0001235/2017**
NIG: 3907542120170016111
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000181/2018

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

SENTENCIA nº 000181/2018

En Santander, a 17 de julio del 2018.

El Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros, Magistrado Juez de Primera Instancia nº 4 de Santander y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario 1235/17 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante con procuradora Sra. Mendiola Olarte y letrada Sr/a. Bernáldez Bretón y de otra como demandada la entidad "Banco de Santander S.A.", representada por el procurador Sr. Vesga Arrieta, y asistido por el Letrado Sr. Fernández de Retana Gorostizagoiza sobre nulidad del contrato o reclamación de cantidad como indemnización de daños por contrato bancario y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se turnó a este Juzgado procedente de la oficina de reparto demanda de juicio ordinario suscrito por el/la procurador/a al que se hace referencia en el encabezamiento en la representación mencionada en la que tras relatar los hechos base de su demanda y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de la demanda y se:

1).- DECLARE NULIDAD POR ABUSIVIDAD POR LA INDETERMINACION DE PRECIO Y CANTIDAD de las acciones objeto último de las ordenes Valores Santander de 50.000 y 450.000€ ambas suscritas por , al hacer depender el cumplimiento del contrato, en última instancia de la voluntad del profesional financiero provocando una DESIGUALDAD SUSTANCIAL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES que según el art. 3 Directiva 93/13CE en concordancia con el art. 1.303 CC determina su nulidad con la restitución mutua de las prestaciones; y por

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 19/07/2018 13:52
Firmado por: Justo Manuel García Barros, Isabel Torcida
Código Seguro de Verificación 3907542004-095f5f6664531c5f53d1f108021589ccHZAdAA==

LESIVIDAD POR SER CONTRARIO A LA BUENA FE del art.1.258, 1449 y art. 1273 Código Civil al desconocer la parte más débil el precio y cantidad de acciones Santander que son objeto esencial del contrato. Y ADEMÁS para la orden de 142.493€ se declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS por INCUPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE EVALUACION E INFORMACION ESTABLECIDOS EN EL ART. 79 bis LMV EN CUANTO A LA CONVENIENCIA de volver a invertir en Valores Santander, y condene a la entidad al pago de 72.691,36€ por ser el capital perdido a fecha de conversión.

2).- SUBSIDIARIAMENTE para todas las ordenes Valores Santander suscritas por _____, se declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS por INCUPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASESORAMIENTO E INFORMACION sobre el producto VALORES SANTANDER al ser INADECUADO, COMPLEJO Y DE ELEVADO RIESGO, no adaptado a las instrucciones de mínimo riesgo y necesidad de conservación de capital de _____ JUBILADOS, y proceda a condenar al pago de 346.339,30€ por ser el importe de la pérdida de la inversión a fecha de conversión (04-10-2012), de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad contractual por el incumplimiento legal y contractual de deberes de información, al asesorar dichas compras sin avisar del alto riesgo de pérdida de capital.

3).- MAS SUBSIDIARIAMENTE para todas las ordenes suscritas por los _____, para el caso de que las anteriores peticiones no sean acordadas, pido al tribunal que declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO de las CONDICIONES DE EMISION incluidas en el TRIPTICO INFORMATIVO y la NOTA DE VALORES estimados en 346.339,30€ por ser el capital perdido calculado por la diferencia de lo invertido con el valor de las acciones a fecha de conversión de los valores en acciones.

4).- En todo caso, condenar a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento dada la actuación DOLOSA del banco durante toda la relación contractual (ART. 394.3 LEC) y de conformidad con la Sentencia del TS, Sala Civil del 17 de marzo de 2016 (Rec.: 2532/2013) en relación a las peticiones alternativas o subsidiarias.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda y se tuvo por parte legítima al referido procurador en nombre y representación del actor según lo acreditaba por poder e incoando el procedimiento correspondiente se acordó dar traslado a la parte demandada para que contestara a la misma. La parte

demandada contestó en plazo. Citadas las partes comparecidas para la Audiencia Previa, tuvo lugar con los efectos que se encuentran recogidos en el DVD correspondiente.

TERCERO.- Señalada fecha para el Juicio el 27 de junio de 2018, en dicha fecha se llevan a cabo las pruebas admitidas, que fueron las de interrogatorio de los actores, pericial y testifical de los empleados del banco. Se concluyó por las partes personadas como a su derecho convino y quedaron los autos para sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de algunos de los plazos por el trabajo que pesa sobre este órgano judicial y la propia complejidad de este tipo de pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PREVIO.

Como se ha puesto de manifiesto tanto en la demanda como en la contestación, que son socios de la entidad actora y en cuyo beneficio se actúa, suscribieron en septiembre de 2007, en dos fechas distintas, con la entidad demandada la adquisición de un producto que consideraban seguro y que resultaron ser Valores Santander, por la cantidad total de 500.000 euros. En el mes de Junio de 2008 dan orden de adquirir otros 31 títulos del mismo producto por la cantidad de 155.000 euros. Se les carga en la cuenta la suma de 142.866 euros.

En este momento se está solicitando por la parte actora que se declare la nulidad del contrato, o subsidiariamente el derecho de la parte actora a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos en dicha operación, que entiende que es la diferencia entre el valor invertido y el precio de las acciones que se le entregaron en el canje. Para decidir la cuestión es necesario en primer lugar establecer en qué consiste dicho contrato y posteriormente determinar si han concurrido en la contratación los defectos que se ponen de relieve por la parte actora.

Como se desprende tanto de la demanda como de la contestación, así como de las múltiples sentencias citadas por las partes se trata de una materia ampliamente tratada por los tribunales, y nos atendremos a las resoluciones que sobre ello han recaído, especialmente las de nuestra Audiencia Provincial, pero

también teniendo en cuenta las de otros órganos judiciales , como luego veremos. No obstante ello, y como se pone de relieve de la profusa documentación aportada por las partes, las resoluciones judiciales distan mucho de ser unánimes en esta materia.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DE

La parte demandada ha alegado en primer lugar la falta de legitimación activa “ad procesum”, al considerar que la acción que se estaba ejercitando es una acción de carácter individual y que por ello no podía acudir representando a los perjudicados. Ya se desestimó esta excepción en la audiencia previa, pero consideramos conveniente que consten por escrito los motivos de dicha desestimación.

Ciertamente los tribunales no se han pronunciado del mismo modo sobre esta cuestión, pero en este supuesto tenemos que seguir las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Cantabria que se han decantado por la misma postura.

En efecto en sus sentencias de 3 y 21 de febrero de 2017 ambas secciones han considerado que la citada asociación tiene legitimación para la defensa de los intereses individuales. Se basan para ello en que si bien en el artículo 7.3 de la LOPJ se establecía que: “los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que 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.” Pareciendo que se limita su legitimación a los intereses colectivos, sin embargo en el artículo 11.1 de la LEC se establece 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”. En este caso no cabe duda de que se autoriza para defender los derechos de sus asociados distintos de los de la asociación y de los generales.

Así también 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."

Se establece también por nuestra Audiencia que la condición de consumidor se tiene incluso en el caso de que se trate de operaciones lucrativas, siempre que no se trate de su actuación profesional. Esto lo fundamenta la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017.

En este mismo sentido, pero mucho más por extenso, se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 1 de junio de 2017, a la que nos remitimos.

Se alega también por la entidad demandada la inexistencia de poder especial para ejercitar esta representación. Pero en la sentencia de 3 de febrero antes mencionada se pone de relieve por nuestra Audiencia que no existe normativa alguna que exija un poder especial y notarial. Basta con la acreditación de que pertenecen a la asociación y de que autorizan a esta para ejercitar en su nombre las acciones de reclamación de los valores Santander. De hecho ni siquiera es necesaria esta última documentación, pues como se ha dicho por la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 7 de diciembre de 2017, precisamente a las mismas partes procedimentales: "La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de sus asociados, que establece el art. 11 LEC (EDL 2000/77463), no es un supuesto de simple representación, pues el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte; mientras que en los casos del art. 11 LEC (EDL 2000/77463), es parte procesal la propia asociación y no sus miembros, por lo que no estamos ante una representación legal o voluntaria, sino ante una legitimación extraordinaria. Y consta con la documentación aportada, que los asociados en cuyo interés actúa autorizaron a esta asociación para que en su defensa e interés pudieran ejercer acciones judiciales, por la defectuosa comercialización de un producto, y aunque no se concrete cuales son esos productos y que acciones concretas van a ejercitarse, ello deba considerarse suficiente para las acciones ejercitadas en el presente proceso."

En el presente caso además en el momento del juicio comparece el señor Ávila, al que no se le hizo ni una sola pregunta relativa a que la actora no tuviera su representación.

Debe pues considerarse que la actora está suficientemente acreditada para plantear la presente demanda.

TERCERO.- LOS VALORES SANTANDER.

El producto objeto del contrato - Valores Santander- se gesta de la siguiente manera:

a.- Durante los meses de junio y julio de 2007 el consorcio bancario formado por la entidad demandada, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición de las acciones (OPA) de la entidad financiera holandesa ABN AMRO.

b.- La entidad demandada emitió los Valores Santander el 4-10-07 para financiar la anterior operación a través de Santander Emisora 150 S.A. Unipersonal. Esta sociedad estaba íntegramente participada por la demandada y su único objeto era la emisión de instrumentos financieros con la garantía de Banco Santander. En el documento de registro inscrito en la CNMV el 19 de septiembre de 2007 consta la emisión de valores por importe total de 7.000.000.000 euros, con 5.000 euros de valor nominal unitario y emitidos a la par (por su valor nominal). El Banco Santander garantiza la emisión.

c.- Por su vinculación a la OPA descrita, la evolución de la emisión resultó también vinculada al resultado de esa operación. En consecuencia, se fijaban las siguientes condiciones: 1.- Si llegado el día 27 de julio de 2.008 el Consorcio no adquiría ABN Amro mediante la liquidación de la OPA -o si aun adquiriéndose Banco Santander no hubiese emitido las obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA- los valores emitidos se amortizarían el 4-10-08, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés fijo del 7,30%. 2.- Si, por el contrario, antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, los valores emitidos se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de la demandada, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones), y devengando un interés anual (7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos) pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión en acciones del Banco, con lo que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico.

d.- La conversión podía realizarse de dos modos: de forma voluntaria, anualmente y a iniciativa del inversor, u obligatoriamente transcurridos cinco años desde su emisión (en concreto, el 4 de octubre de 2012). No obstante, la Junta de Accionistas del Banco acordó el 30 de marzo de 2012 conceder a los titulares

de los Valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión los 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, 4 de julio, 4 de agosto y 4 septiembre de 2012..

e.- El precio de referencia para el canje de los Valores en acciones se encontraba predeterminado, esto es, fijado ya en octubre de 2007 y constante en el tríptico. Se indicaba así que "para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento". Ello significaba que si no se hubiera producido una conversión o canje voluntaria en el instante de vencimiento previsto (4.10.2012) se tornaba forzoso a una cotización predeterminada: las acciones de Banco Santander se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones necesariamente convertibles. En suma, la conversión se realizaría al tipo de cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles -octubre del 2007- más un 16 %; en consecuencia, por encima de su cotización en ese momento.

f.- El éxito, pero también el riesgo, de la inversión dependería del valor de esas acciones en el momento de la conversión. De este modo, si en el instante de la conversión, la cotización de la acción del Banco fuera superior a la predeterminada de 16,04 €, los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento. Sin embargo, en caso contrario, si el valor de la acción fuese inferior al precio de referencia, los contratantes adquirirían acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha. Sea cual fuera, en consecuencia, la evolución de la acción del Banco, el cliente siempre recibiría un número ya determinado de acciones. El precio de referencia de las acciones a efectos de conversión quedó establecido en 16,04 € por acción.

g.- Llegado el 4 de octubre de 2012, se produjo la conversión forzosa a la cotización predeterminada anunciada en la nota de valores y en el tríptico informativo (docs. nº 4 y 5). Se adoptaron dos instrumentos antidilutivos: de un lado, la Junta General de Accionistas fijó un precio de conversión un 16%, superior al precio de mercado; del otro, para los titulares de Valores Santander fue minorando el precio inicial de referencia (16,04 euros) a efectos de conversión, como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de la entidad demandada. En consecuencia, el precio de referencia definitivo de

conversión el 4 de octubre de 2012 fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el 30 de julio de 2012 (documento nº 22).

h) Como consecuencia de ello los adquirentes reciben en 4 de octubre de 2012, fecha de la conversión obligatoria, 50.539 acciones del Banco Santander.

CUARTO.- NULIDAD RADICAL POR FALTA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO O CANTIDAD DE ACCIONES.

Como se ha puesto anteriormente de relieve, la actora ejercita una acción principal y otra subsidiaria. La principal es la acción de nulidad absoluta o radical al considerar que falta uno de los elementos esenciales del contrato, manteniendo la parte que no se puede dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato.

No es necesario reiterar en este procedimiento la ingente doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas y la posibilidad de los tribunales de declarar las mismas, así como de su obligación de controlar la transparencia de las cláusulas que aparezcan en los contratos en los que se ven afectados consumidores.

Lo cierto es que en el presente supuesto la parte actora mantiene que de la documentación emitida por el banco para comercializar estos productos no se podía determinar ni el precio por el que se canjearían las acciones en el momento de la conversión, ni el número de estas. De lo que deduce que el contrato quedaba al arbitrio de la parte actora. No podemos estar de acuerdo con ello ya que, como se ha puesto de relieve en diversas ocasiones por los tribunales, en la documentación emitida para la celebración de este contrato, tanto la nota de valores como el tríptico se contenía que el cambio futuro iba a ser : “(ii) las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles”

Sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente haremos sobre el conocimiento por el adquirente de esta determinación, lo que no se puede decir es que no estuviera concretado en el momento de la suscripción.

Además de ello tiene razón también la parte demandada cuando mantiene que la nulidad de las cláusulas contractuales se refiere efectivamente a las que constaran en los contratos, sin que se pueda considerar como tales a la nota de valores o al tríptico. La reclamación sobre la dificultad de entender estos documentos puede venir por el ejercicio de otras acciones, pero no puede fundamentar la nulidad del contrato. Entendemos que a estos efectos se ha

pronunciado con claridad nuestra Audiencia Provincial en la sentencia de 7 de diciembre de 2016.

Por todo ello se desestima la acción de nulidad ejercitada como principal.

QUINTO.- INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. EJERCICIO DE LA ACCIÓN.

Como veníamos diciendo, la acción subsidiaria ejercitada pretende la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento por la entidad demandada de las obligaciones de información impuestas por la normativa, acogiéndose a lo que se establece en el artículo 1101 del C.C. que obliga a resarcir los daños a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, o contravinieran el tenor de aquellas.

La parte demandada se ha opuesto a ello alegando en primer lugar que no resulta adecuado el ejercicio de esta acción de resarcimiento de daños cuando los incumplimientos provienen de la fase precontractual, debiendo acudir a la nulidad por vicios en el consentimiento.

Se basa para ello en que el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 2016 dice lo siguiente: "No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil (EDL 1889/1), según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento".[...] Ahora bien, como hemos dicho al resolver el primer motivo de casación, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1.265, 1.266 y 1.301 CC; pero no a una resolución del mismo por incumplimiento, en los términos del art. 1.124 CC (EDL 1889/1), dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad. Es decir, la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, pero no determina un incumplimiento con virtualidad resolutoria."

Sin embargo esta doctrina no resulta de aplicación aquí ya que lo que se está solicitando no es la resolución de un contrato por incumplimiento total del mismo, sino que, partiendo de la existencia de dicho contrato, se mantiene que una de las

partes, la demandada, ha incurrido en una actuación negligente que ha ocasionado unos daños a la actora.

En este mismo sentido se pronuncia la A.P. de Cáceres en su sentencia de 2 de diciembre de 2015 en la que recoge que: “Conforme al art. 1101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco. No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 244/2013, de 18 de abril, en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores , y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas»”.

Como se decía por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de esta plaza en su sentencia de 28 de marzo de 2017:” la jurisprudencia más reciente (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. Esta pretensión subsidiaria sí debe estimarse, toda vez que, como reiteraba 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.”

Más recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de julio de 2017 admite la posibilidad de que, no reuniéndose los requisitos necesarios para declarar la nulidad del contrato de adquisición de productos financieros, se pueda acudir a la indemnización de los daños ocasionados en caso de defectuoso asesoramiento por la entidad demandada. Estableciendo que: “El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIF 1D) así como en la normativa parlamentaria que lo desarrolla.”

SEXTO.- PRESCRIPCIÓN.

Se alega por la parte demandada que la acción indemnizatoria estaría prescrita al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 945 del Código de Comercio. En esta norma se establece lo siguiente: “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.”

Se hace mención también a que por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de febrero de 2009, se ha hecho una interpretación actualizada de dicha disposición manteniendo que resulta aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes.

Sin embargo, no es tampoco pacífica la aplicación de la mencionada doctrina, pues algunas Audiencias mantienen que efectivamente el plazo de prescripción de este tipo de actuaciones debe ser el referido de tres años, y otras entienden que resulta de aplicación el de 15 años general. A este respecto nos encontramos con que la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 17 de octubre de 2016, después de hacer una enumeración de los tribunales que están a favor de una u otra postura dice lo siguiente:” 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 (EDL 1885/1) para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de 4 años, de caducidad, del artículo 1301 CC (EDL 1889/1) para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento; y c) el plazo de quince años, de prescripción, del artículo 1964 CC (EDL 1889/1) para el resto de las acciones, ahora reducido a un plazo de cinco años, de acuerdo con la redacción dada al mismo por la Ley 42/2015 (EDL 2015/169101). Por ello la solución a la cuestión planteada es simple, pues basta determinar qué acción se ejercita y aplicar el régimen legal correspondiente. Partiendo de las consideraciones anteriores, basta examinar la demanda interpuesta para encontrar la respuesta al problema jurídico planteado.“. La citada audiencia termina inclinándose por el plazo de 15 años al considerar que la acción que se ejercitaba ese caso era de resolución contractual.

Sin embargo entendemos que se tiene que tener en cuenta también si la entidad bancaria ha obrado en forma similar a lo que hacían las citadas agencias de bolsa o Corredores de Comercio, ya que la aplicación analógica de una norma exige que existan similitudes esenciales entre el supuesto normado y el que se intenta asimilar.

En estos supuestos de venta de Valores Santander entendemos que no se da esta analogía, ya que el C.Comercio cuando establece ese plazo de prescripción se está refiriendo a la actuación de unas empresas que tenían como finalidad el intermediar en el mercado de valores, ofreciendo o adquiriendo para sus clientes productos de otras empresas, de los que no podían resultar responsables, y con este negocio no incurrían en conflicto de intereses.

En el presente supuesto, y como ya resulta conocido, el propio banco tenía interés en que se llevara a cabo la inversión, pues de esta manera obtenía una importante cantidad de dinero con la que adquirir el ABN AMRO. Sí existía un claro conflicto de intereses. Por otro lado estaba colocando sus propios productos, no haciendo de mediador de nadie.

Esto nos lleva a considerar que no se puede aplicar en este supuesto el plazo previsto en el artículo 945 C.Com. antes mencionado, y debiendo por ello ser de aplicación el plazo genérico de 15 años al que nos hemos referido con anterioridad, que ahora se ha reducido a cinco años, pero estos últimos deben computarse desde la ley de modificación de 2015, por lo que no ha transcurrido el plazo de prescripción referido.

No se puede olvidar tampoco a este respecto que la institución de la prescripción se ha considerado por la jurisprudencia una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (S.T.S. de 25 de noviembre y 20 de octubre de 2016, entre otras muchas). Por ello en casos como el presente en los que resulta dudosa la aplicación de uno u otro plazo se debe optar por el mas favorable para la parte que ejercita la acción.

SEPTIMO.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Como anteriormente se ha puesto de relieve, para que resulte de aplicación el artículo 1101 del Código Civil es necesario que la actuación del demandado haya sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que tenía. En este supuesto, como en todo lo similares, nos encontramos con que la parte actora lo que manifiesta es que no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores. Esta norma, según la sentencia del T.S. de 17 de junio de 2016 da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos.

Nuestra Audiencia Provincial en las sentencias de 3 de mayo y 19 de julio de 2016, y en las que se trata específicamente del producto Valores Santander, ha procedido a desarrollar los requisitos que se deben cumplir para entender que la información que ha sido facilitada por la entidad bancaria ha sido adecuada. Lo hacen siguiendo la doctrina que se ha sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016.

Según dichas sentencias se puede considerar que se deben cumplir los siguientes extremos:

a) los Valores Santander son un producto bancario que tiene la calificación de complejo de conformidad con lo que se ha recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, antes mencionada. se basa para ello en el artículo 79 bis ocho de la Ley del Mercado de Valores y mantiene que así lo considera también CNMV. Dice que a través de ellos el banco se recapitaliza siendo su principal característica que al inicio tienen un interés fijo mientras dura el bono pero después se convierte en acciones con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Por ello estima nuestro más alto tribunal que no solamente es un producto 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 en dinero tiene similitud con un depósito a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y puede producir la pérdida de la inversión.

b) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a estos efectos sigue la del TJUE, el simple ofrecimiento de un producto de inversión a un cliente minorista entraña asesoramiento. Esto supone que el banco debe mirar en primerísimo lugar por el interés del cliente y no por el propio y debió preguntarse si la inversión convenía a este. Existiendo un objetivo e importante conflicto de intereses entre el banco de Santander y el cliente se debían anteponer los intereses de este a los de aquel e informarle de ese conflicto y de que, como no podía ser de otra manera, el banco buscaría siempre el beneficio propio.

c) A la hora de la venta deberá desmenuzar y hacer comprensibles al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los valores sin limitarse a entregar este documento, pues el mismo maneja unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista. La propia sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2016 establece que el mero hecho de entregar un tríptico en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida la obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. La obligación informativa que establece la normativa del mercado de valores es una obligación activa no de mera disponibilidad.

d) Aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora productos financieros complejos si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigible. La misma sentencia del Tribunal Supremo tan mencionada recoge expresamente que " el hecho de tener un patrimonio considerable, o que

los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas, no los convierte tampoco en clientes expertos." Tampoco les convierte en clientes expertos el ser una sociedad mercantil, un empresario, licenciado en económicas, contable o poseer un considerable patrimonio. Las manifestaciones realizadas en los juicios por los empleados de la entidad bancaria que negociaron con el actor, más que tener valor de prueba testifical lo tienen de confesión y no es razonable conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que resulten beneficiosos para él, ni otorgar crédito a los testigos que mantienen o han mantenido una estrecha relación profesional con la parte que los propone.

e) El propio Tribunal Supremo advierte en numerosas resoluciones acerca de la ineficacia de las menciones predispuestas por la entidad bancaria consistentes en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional y vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de nuestra A.P. de 14 de mayo de 2018.

El Banco de Santander debió informar a los adquirentes representados por la actora con precisión e intensidad de los siguientes extremos: que el producto inicial se convertiría con toda probabilidad en acciones, el número de estas no se correspondería con la cantidad inicialmente invertida teniendo cuenta el precio en el momento de la conversión, que si la acción bajaba ello tendría un importante coste. Que tal bajada resultaba perfectamente posible y que la pérdida podía ser cuantiosa. Que el objeto del contrato no era el de percibir un interés como entendieron muchos de los clientes, si no arriesgar, de manera que si la acción subía el cliente ganaba y si bajaba perdía.

Se ha puesto de relieve también en la sentencia de 19 de julio de 2016 que el tríptico no contiene una advertencia clara y precisa de que el producto conlleva un riesgo de pérdida del capital invertido, siendo insuficientes los ejemplos teóricos de rentabilidad que se contienen en el mismo ya que una de las obligaciones del banco es no sólo advertir del riesgo sino incluso destacarlo y exagerarlo si cabe presentándolo como de posible aparición y no como contingencia sumamente improbable (sentencia AP de 3 de mayo de 2016)

Teniendo en cuenta lo anteriormente recogido nos encontramos con que en el presente supuesto no se ha acreditado por el banco que se haya procedido a llevar a cabo una información adecuada a lo que era el producto que se vendía. El empleado del banco que llevó a cabo la comercialización, , no recordaba concretamente cómo se llevó a efecto. Nos dice que no recordaba bien en qué consistía el producto, ni lo que explico, y que no le dijo que era de alto

riesgo. No basta para acreditar la suficiencia de la explicación la declaración que se hace por la señora Colón, pues como antes se ha puesto de relieve, estas declaraciones de los empleados se deben considerar como interrogatorio de la parte, es decir que sólo se tienen en cuenta aquellos aspectos que sean perjudiciales para la empresa para la que trabajan. En este caso tiene también trascendencia el hecho de que los adquirentes no tenían conocimiento ninguno del mercado financiero siendo su profesión la hostelería. El hecho de que la cantidad que invirtió procediera de la venta del restaurante que había constituido su negocio durante su vida activa nos lleva a presumir (artículo 386 LEC) que la información que se le dio no fue correcta, sin que pudieran conocer aspectos esenciales del producto como la posibilidad de que se sufrieran importantes pérdidas en la conversión en acciones, pues difícilmente se podrían entender que en estas condiciones, transcurrida ya su vida activa y entrando en la jubilación, estuviera conforme con adquirir un producto francamente peligroso.

En este caso sin embargo existe una especialidad, ya que como se ha puesto de relieve por la parte demandada la adquisición del producto financiero no se llevó a cabo en unidad de acto, ni en un tiempo cercano sino que una parte importante de él se adquirió casi un año después y por un precio inferior al nominal. Se trata de una circunstancia que ya ha sido contemplada por este Juzgador en otras ocasiones, como también se encarga de indicar la parte demandada. En efecto, en la sentencia de 9 de junio de 2017 decíamos lo siguiente: “De todo lo que anteriormente se ha recogido nos encontramos con que la obligación principal del banco era ponerle de relieve al cliente que se trataba de un producto con un riesgo importante que podía suponerle la pérdida total o parcial del capital que invertía en él. Ahora bien como se ha puesto de relieve reiteradamente por la jurisprudencia la falta de información por parte de los bancos no resulta trascendente en aquellos supuestos en los cuales el propio adquirente tuviera ya conocimiento de estos aspectos. En este caso está claro que el actor sabía que se trataba de un producto de riesgo, que se comportaba de una forma similar a las acciones y que desde el momento de su emisión hasta que lo compra había sufrido una baja del 38%, por lo que a nadie se le escapa que esto podía continuar en el futuro, como así fue. Por ello entendemos que en este caso el banco no ha incurrido en responsabilidad ya que su posible incumplimiento, o actuación negligente, no resultaba trascendente para conocer las características del producto.”

En este caso la diferencia entre el nominal y la cantidad que se paga era menor, pero ello no supone que la parte adquirente no pudiera conocer, o al menos haber conocido razonablemente, que el producto en el que estaba

invirtiendo no era un plazo fijo ni un producto seguro, sino que su valor sufría importantes modificaciones ya que en casi un año se había depreciado de 155.000 a 142.000 €. Esta diferencia, que el actor manifiesta en su interrogatorio que ignoraba, se podía deducir claramente tanto del documento que firma como orden de compra, en el que aparece una referencia a que el cambio límite sería de 95. Pero principalmente se pudo contemplar en la cartilla en la que se asienta el precio que se paga por los valores, estando claro en ella que resultaba inferior a la cantidad que se había indicado como nominal.

Todo ello nos lleva a considerar que la defectuosa información influye exclusivamente sobre la primera de las compras realizadas por los actores, en el mes de junio y por la cantidad de 500.000 €, sin que afectara a la segunda de las compras realizadas ya que en esta los actores tenían conocimiento de que el producto tenía un importante riesgo.

Además de ello, como se pone de relieve por la parte actora, no se llevó a cabo ningún tipo de prueba tendente a conocer la experiencia del cliente ni la conveniencia de los productos que se intentaban colocar.

Se ha producido por lo tanto un incumplimiento contractual de la parte demandada que ha ocultado aspectos esenciales del contrato que estaba obligada normativamente a explicar a la adquirente.

Pero además de ello en la acción de indemnización que se está ejercitando es necesario que se acredite una relación de causalidad entre dicha negligencia y el daño ocasionado. En este caso no resulta dudoso que se ha producido un daño patrimonial a la actora que en el momento del canje voluntario se le entregan acciones en función de un precio predeterminado que no se correspondía con el que en aquel momento tenían en bolsa. El perjuicio que se le ha producido es la diferencia entre la cantidad pagada para la adquisición del producto Valores Santander en el mes de septiembre de 2007, 500.000 euros, y las retribuciones de toda índole que haya recibido como consecuencia del mismo contrato, tanto los intereses, dividendos, como el valor de las acciones que se le hayan ido entregando. Valorando las acciones al precio que tuvieran en el momento de la conversión de los valores en acciones, o en la fecha de entrega de nuevas acciones por razón de las anteriores, mas el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda. Lógicamente refiriéndonos siempre a los productos comprados en 2007 y a sus consecuencias.

Se ha puesto de relieve por la jurisprudencia, entre otras por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de enero de 2016 que: “la omisión de información relevante con infracción de los deberes de asesoramiento eficaz imputable a la entidad bancaria, privó a los demandantes de la oportunidad de

decidir con pleno conocimiento de las circunstancias concurrentes tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la vida del producto sobre la efectiva suscripción del mismo como sobre la continuidad del producto o incluso sobre su enajenación a tiempo de evitar mayores pérdidas.” Su actuación por lo tanto es lo que provocó el perjuicio de la parte actora, que a su instancia adquiere unos productos que si le hubieran informado debidamente no los hubiera comprado.

Todo ello nos lleva a considerar que se debe indemnizar a la actora por los daños que se le han ocasionado en el citado contrato.

La cantidad a devolver se determinará en ejecución de sentencia si se interesa por las partes.

No procede tampoco la estimación de la pretensión ejercitada como “mas subsidiaria” respecto de la parte de la acción desestimada, pues lo que se pretende por la actora es mantener que se le produjo un daño al adquirir los valores en el año 2008, por el incumplimiento de lo recogido en el tríptico informativo y en la nota de valores. Pero como anteriormente se ha puesto de relieve para que se pueda considerar indemnizable el daño que se ocasiona por un incumplimiento contractual es necesario que se acredite que el perjuicio proviene de la negligencia o defectuosa actuación de la parte demandada, y en este caso esto no es así ya que en el momento de la adquisición de estos productos en el año 2008 ya se habían cumplido los requisitos establecidos para que se convirtieran en obligaciones convertibles y era conocido el precio de canje de las acciones, sin que se pueda comprobar de manera clara que el precio pudiera ser distinto si se hubieran realizados las restantes actuaciones que pretende la actora. En todo caso, y como antes se ha puesto de relieve, en ese momento la parte actora ya tenía conocimiento de que se trataba de un producto claramente distinto de un depósito y que tenía un riesgo. Todo ello nos lleva a desestimar también esta acción respecto de los valores adquiridos en el año 2008.

OCTAVO.- COSTAS.

Las costas en este caso no deben ser impuestas a ninguna de las partes ya que se produce una estimación parcial de las pretensiones ejercitadas en la demanda. Todo ello de conformidad con lo que se establecen artículo 394.2 LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que me confiere la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLO

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora señora Mendiola en representación de
contra la entidad "Banco de Santander S.A.", se declara el incumplimiento contractual de los deberes de información sobre el producto financiero de alto riesgo y enorme complejidad VALORES SANTANDER adquiridos en el mes de septiembre de 2007 al haberse producido la contratación sin una información clara, correcta, suficiente y precisa, entregada con la suficiente antelación y haciendo hincapié en los riesgos de la inversión, ordenando la indemnización de daños y perjuicios, debiendo devolver a los representados de la actora la cantidad que resulte de descontar de los 500.000 € invertidos los intereses, dividendos o retribuciones brutos de todo tipo cobrados durante la duración del contrato y el valor de las acciones que hubieran recibido tanto en el momento del canje como posteriormente por razón del contrato, valoradas al precio que tuvieran en el momento de la conversión de los valores en acciones o en la fecha de entrega de nuevas acciones por razón de las anteriores, más el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda.

No se hace especial imposición de las costas de esta instancia.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpone ante este tribunal en plazo de VEINTE DIAS contados desde la notificación, conforme a lo que se dispone 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.

De conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, (BOE 266 de 4 de noviembre de 2009), para interponer recurso contra esta resolución deberá constituirse depósito por la cuantía de 50 euros en la

cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado, lo que deberá acreditarse.
No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio mando y firmo.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 19/07/2018 13:52	Firmado por: Justo Manuel Garcia Barros, Isabel Torcida
Código Seguro de Verificación 3907542004-095f5f6664531c5f53d1f108021589ccHZAdAA==	

PUBLICACION.- 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 el Sr. Secretario su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en el procedimiento, de lo que yo el Secretario doy fe.