



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 03 DE MÓSTOLES

C/ Luis Jiménez de Asúa, s/n, Planta 5 - 28931

Tfno: 916647305

Fax: 916188004

42020310

NIG: 28.092.00.2-2019/0005308

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 549/2019

Materia: Obligaciones; otras cuestiones

NEGOCIADO J

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

Demandado: BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D./Dña. JUAN ANTONIO GOMEZ GARCIA

SENTENCIA Nº 60/2020

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

Lugar: Móstoles

Fecha: trece de marzo de dos mil veinte

El Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE LOPEZ ORTEGA, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número TRES de Móstoles, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 549/19 a instancias de

representada por el Procurador DON ERNESTO GARCÍA-LOZANO MARTÍN y asistida por el Letrado DON FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR contra BANCO SANTANDER S.A, representado por el Procurador DON JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA y asistido por el Letrado DON JAVIER GARCÍA SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación de la parte actora, se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual después de alegar los hechos y los fundamentos de derecho que consideró aplicables al supuesto de autos terminó suplicando que se declare:

1º) Se declare el incumplimiento por parte de Banco Santander de sus obligaciones legales y contractuales en la operación objeto de la presente litis, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1.101 del Código civil, se condene a Banco Santander a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados, cuantificados en 398.687,40 euros según se detalla en la Tabla 2.

2º) De forma cumulativa con la anterior petición, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas y que, de conformidad con los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil, y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la



cuantía a cuyo pago venga condenada Banco Santander devengue el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que, en término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y representada por Procurador y contestase a la demanda lo cual verificó oponiéndose a la pretensión de la parte actora.

TERCERO.- Convocada la celebración de la Audiencia Previa, comparecieron las partes y se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, pronunciándose sobre los documentos presentados de contrario, fijando los hechos controvertidos y solicitando la parte actora como prueba la documental. La demandada propuso documental y testifical, declarándose la pertinencia de la prueba.

CUARTO.- Celebrado el acto del Juicio y practicadas las pruebas así como expuestas las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado los requisitos legales en vigor, habiéndose grabado la vista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Demanda.

La parte actora presenta demanda contra el Banco Santander, S.A exponiendo, en principio, una serie de antecedentes. Señala la demandante que se ejercita una acción de indemnización por el daño causado por dicha entidad como consecuencia del incumplimiento negligente de sus obligaciones en la operación de venta asesorada del producto denominado "Valores Santander", suscrito por importe de 700.000 euros, financiado por la propia entidad. La demandante ya inició otro procedimiento contra el Banco Santander, S.A por otro producto denominado sobre permutas financieras de tipos de interés ("swaps", por sus siglas en ingles). Dicho procedimiento que se turnó al Juzgado de Primera Instancia nº70 de Madrid (425/2015) finalizó por Sentencia firme 330/2017, de 4 de octubre, de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó a Banco Santander a abonar a la actora 859.378,24 euros más los intereses legales, teniendo como hechos probados la falta de formación financiera del demandante y su consideración como cliente minorista asesorado por la entidad. También pone de manifiesto el Procedimiento Ordinario 122/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Las Palmas de Gran Canaria, cuyo recurso de apelación fue estimado por la Sentencia de 6 de julio de 2016 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria,



declarando la nulidad de unos Contratos de Producto Estructurado Tridente recomendados por Banco Santander y de la financiación concedida por el propio Banco para su contratación y en la que el administrador de la actora, _____, "tampoco se ha acreditado que tenga la cualificación de inversor profesional o experto financiero". La demandante afirma la condición de cliente minorista y su perfil moderado, la existencia de asesoramiento prestado por Banco Santander, y la ausencia de información por parte de los empleados del Banco trayendo a colación la Sentencia 526/2018, de 23 de marzo, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que condena a Banco Santander por incumplir sus obligaciones en la comercialización de los "Valores Santander". Si Banco Santander hubiera perfilado a la actora habría conocido que su perfil era moderado, y que la finalidad de la inversión era "el ahorro", perfil incompatible con la adquisición de los denominados "Valores Santander". Este incumplimiento por parte de Banco Santander del artículo 79 de la LMV supuso la recomendación de un producto inadecuado para la actora, lo que ha causado el daño que se reclama.

_____ es cliente de Banco Santander en Las Palmas de Gran Canaria siendo uno de los clientes más importantes de la sucursal, por lo que la manera habitual de proceder era que los empleados de Banco Santander acudiesen por propia iniciativa a las oficinas de la actora para realizar las gestiones bancarias diarias y aprovechar esas visitas para ofrecerle sus productos. En el marco del servicio de asesoramiento prestado por Banco Santander, el 14 de septiembre de 2007, D. _____ y D. _____, asesores del Banco,

ofrecieron a la actora durante una comida informal en las inmediaciones de sus oficinas, el producto al que denominaron "Obligaciones del Santander", financiado por la propia entidad. Banco Santander tuvo la iniciativa de "proponer" una operación que consistía en suscribir el producto "Obligaciones del Santander" de manera apalancada. El documento explicativo consistió en una hoja manuscrita rellena por el empleado del Banco en el transcurso de la comida, donde figura el importe, el plazo, el interés, y un apunte que dice: "Precio de Conversión el 120%" dando su conformidad la demandante al documento denominado "Manifestación de Interés Valores Santander", procediendo a la contratación del producto. Banco Santander en la Contestación a la Demanda presentada en el Procedimiento Ordinario 424/2015 reconoció que la contratación del producto objeto del presente procedimiento se realizó el 14 de septiembre de 2007 el 14 de septiembre de 2.007 aportando en dicho procedimiento, junto con el documento denominado "PRODUCTO AMARILLO" la "Manifestación de Interés Valores Santander" firmada por la demandante, remitida a Banco Santander por fax el 14 de septiembre de 2007 y un documento interno de la misma fecha donde consta que el alta de la demandante para la adquisición de "VALORES CONVER BANCO SANTANDER" por importe de 700.000 euros se había realizado correctamente. Días después de la contratación del producto, el 28 de septiembre de 2007, D. _____ recibió una llamada de la sucursal para indicarle que tenía la documentación disponible para confirmar la contratación ya realizada suscribiendo a nombre de _____ el documento denominado "PRODUCTO AMARILLO" por importe de 700.000 euros y el mismo 28 de septiembre, Don _____ es

emplazado para que, el 4 de octubre de 2007, fecha del cargo en cuenta de la contratación,



acuda de nuevo a la sucursal junto con su esposa (están casados en régimen de gananciales) para contratar la financiación del 100% de la adquisición. El vencimiento del producto se produjo el 4 de octubre de 2012, recibiendo la demandante un extracto el día 11 de octubre de 2012 donde se indica que los 700.000 euros invertidos en el producto denominado "Valores Santander" se convierten en 54.012 acciones de Banco Santander. En la información fiscal elaborada por Banco Santander, consta que la pérdida del producto a vencimiento asciende a 383.107,11 euros. En la presente demanda se reclama la responsabilidad por incumplimiento en la prestación de determinados servicios de inversión por parte de Banco Santander frente a

La decisión de invertir por parte de la demandante, cliente de Banca Privada, sólo puede entenderse partiendo de la relación fiduciaria banco-cliente, relación de confianza en cuyo marco recibió la recomendación de Banco Santander de adquirir el producto objeto de esta litis. La presente demanda guarda relación con la quiebra de esta confianza y la existencia de un conjunto de malas prácticas cuyo origen se encuentra en la recomendación por parte de Banco Santander de un instrumento financiero complejo y contrario a los objetivos de inversión de la demandante, sin haberle proporcionado información suficiente sobre la verdadera naturaleza y riesgos del producto recomendado, y sin haber adecuado la recomendación a sus conocimientos y experiencia inversora. La parte demandante es un cliente minorista, sin formación financiera, sin cualificación de inversor profesional o experto financiero, sin dirección financiera, sin asesores externos más allá de los propios empleados de Banco Santander, con un perfil declarado como "Moderado", cuya finalidad de inversión es "el ahorro". Los Valores Santander son un producto complejo de alto riesgo; un derivado financiero, pues incluyen la venta por parte del cliente al Banco de una opción que se ejercita obligatoriamente en una fecha y por la que el cliente viene obligado a adquirir acciones del propio Banco a un precio determinado por una media de cotización más una prima. Banco Santander prestó al Cliente un servicio de inversión consistente en el asesoramiento de inversiones, recomendando y ejecutando la adquisición del producto en una negociación por cuenta propia. Banco Santander es asesor del cliente y, al mismo tiempo, emisor y vendedor del producto que recomienda. Banco Santander ha incumplido gravemente sus obligaciones de información, diligencia y lealtad que derivan de la legislación sobre la conducta que es exigible a las entidades que prestan servicios de inversión, vigente en el momento de la contratación de los Valores Santander. Banco Santander debió abstenerse de ofrecer a mi mandante la contratación de los denominados "Valores Santander", por resultar un producto inadecuado a su perfil moderado, máxime cuando dicho ofrecimiento se realizó sin informar de la verdadera naturaleza y de los riesgos del producto. La única información facilitada a la demandante para la contratación del producto fue un documento manuscrito por su asesor de Banco Santander, el Sr.

, de fecha 14 de septiembre de 2007. El documento denominado "PRODUCTO AMARILLO" suscrito por la demandante el 28 de septiembre de 2007 para confirmar la contratación ya realizada no contradice la información facilitada dos semanas antes ni proporciona información adicional. Tan sólo contiene una mención predispuesta por Banco Santander con el único fin de salvaguardar su responsabilidad. A Banco Santander le



correspondía la carga de informar sobre el producto que recomendaba y, sin embargo, no proporcionó la suficiente información para identificar las características y los riesgos de los Valores Santander. La actuación de Banco Santander ha causado unos daños y perjuicios de los que debe responder y que se concretan en las pérdidas sufridas por la demandante como consecuencia de la inversión en el producto inadecuado recomendado por Banco Santander, calculadas como el importe de la inversión, minorado en la liquidación final del producto y en los cupones cobrados. Por su parte, el perjuicio sufrido se corresponde con el interés legal del dinero devengado desde la fecha de la inversión hasta la de la interposición de la demanda. En orden a evitar un enriquecimiento injusto, a la indemnización solicitada se le descuentan los intereses legales devengados por las cantidades percibidas por la demandante como consecuencia de haber contratado el producto. En total, la cuantía reclamada en concepto de indemnización por daños y perjuicios por la actuación de Banco Santander asciende a 398.687,40 euros.

SEGUNDO.- Contestación a la demanda.

La entidad demandada presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la pretensión del actor alegando que en el año 2007 suscribió un total de 140 Valores Santander por un importe global de 700.000 euros (el importe nominal unitario de cada Valor Santander era de 5.000 euros), mediante la firma de la orden de suscripción. Con anterioridad a la suscripción de la orden, el administrador único de , el Sr. ya había mostrado su interés en suscribir Valores Santander, para la entidad y reservó un importe de 700.000 euros, suscribiendo al efecto dos ejemplares del documento denominado "Manifestación de Interés Valores Convertibles" y que quedaron registradas informáticamente el 14 de septiembre de 2007. Asimismo, tras realizar estas reservas no vinculantes, el Sr. decidió invertir finalmente –y una vez publicado el folleto– la cantidad de 700.000 euros. La inversión se realizó tomando dinero a préstamo para posteriormente invertirlo. Ello se instrumentó mediante la firma ante notario de tres pólizas de crédito. La suscripción se realizó de forma consciente y voluntaria, habiendo sido el Sr. previamente informado por la demandada de las características y riesgos del producto, a través de los documentos registrados al efecto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV"). La suscripción de la orden de compra de Valores Santander se produjo tras haber sido debidamente informada la parte actora de las características y riesgos del producto, a través de las explicaciones facilitadas por el personal del Banco quien, además, le facilitó el tríptico informativo de la emisión (el "Tríptico") y puso a su disposición el folleto explicativo (la "Nota de Valores"), aprobados por la CNMV. ha vendido parte de las acciones recibidas en la conversión de los Valores Santander en acciones producida en octubre de 2012 junto con las acciones adicionales percibidas como dividendos. La parte actora no discute la validez y eficacia del contrato de suscripción de Valores Santander. Es revelador el momento en que la demanda es interpuesta, transcurridos 13 años y medio desde la contratación del producto y casi 7



años después de que los Valores Santander se convirtieran en acciones. También es significativo que la actora presentara una demanda de conciliación en octubre de 2012 que tuvo como resultado la no avenencia de las partes y que sin embargo no se presentara demanda solicitando la nulidad de la orden de suscripción. Lo que realmente ha ocurrido es que, sin culpa alguna de mi mandante, en el momento de la conversión (octubre de 2012) había descendido notablemente la cotización de las acciones de Banco Santander en las que se convirtieron los Valores Santander.

es una sociedad mercantil controlada por la familia , cuyo máximo representante es el cabeza de familia y administrador único de la mercantil, D. habiendo servido la

entidad de vehículo para realizar inversiones, como también sucedió antes con la sociedad que fue absorbida por en el

año 2013. Su facturación anual se situaba en torno a los 20 millones de euros. D.

, ha ocupado el cargo de administrador de las sociedades

S En la actualidad, ocupa el cargo de administrador único de las sociedades

. La actora y su administrador han invertido en productos de alto riesgo como Fondos de inversión de alto riesgo sin capital garantizado, acciones, seguros-inversión, Contratos de permuta financiera o "Swap", opciones sobre divisa, productos estructurados. La clasificación de la actora o de D. como clientes minoristas (por contraposición a cliente profesional) en modo alguno significa que no conociesen los contratos suscritos, ni que ignorasen la naturaleza de la operación, así como sus riesgos y consecuencias. Los Valores Santander eran un producto económicamente similar a la compra de acciones (puesto que estaba llamado a convertirse automática y necesariamente en acciones a una fecha determinada) pero que retribuía además con un interés hasta que se produjese la conversión en acciones. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones. El inversor, obviamente, asumía el riesgo de volatilidad inherente a toda inversión en "bolsa" (i.e. riesgo de mercado), por más que ese riesgo fuese atenuado por los importantes intereses que se recibían a cambio. Los Valores Santander eran un producto líquido, que podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado, si así lo decidía el inversor. La demandada emitió la correspondiente documentación: un folleto explicativo (la "Nota de Valores") de todas las características del producto, así como de sus riesgos y lo depositó ante la CNMV y el Tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto, documentos que fueron aprobados por la CNMV. La demandada en todo momento suministró a la parte actora toda la información necesaria sobre las características y riesgos del producto. En septiembre de 2007 se informó a acerca de la posibilidad de invertir en un producto que entonces se estaba preparando, los Valores Santander, cuyas condiciones definitivas se concretarían una vez el producto fuera autorizado por la CNMV. D. fue informado de que se le ofertaba un producto que se convertía en acciones y que lo haría a un precio predeterminado firmando el documento denominado "Manifestación de interés". Una vez aprobada la Nota de Valores y el



correspondiente Tríptico por la CNMV, el Banco puso a disposición del Sr. Gidwani la documentación legal quien suscribió la orden de suscripción por un importe de 700.000 euros. El contenido de la orden de compra acredita que, con carácter previo a realizar la inversión, la actora había recibido la información necesaria sobre la naturaleza, características, condiciones y riesgos de los Valores Santander y, en concreto, el Tríptico informativo supervisado y aprobado por la CNMV. Fue a solicitud de la parte actora, como se trató la posibilidad de invertir de forma apalancada mediante la celebración de uno o varios contratos de préstamo. El personal del Banco explicó a D. las ventajas e inconvenientes de la operación, así como las condiciones que se le otorgaban para cada póliza. D. decidió, con el objeto de incrementar sus posibilidades de ganancia y con el fin de no disponer del efectivo de para acometer esta inversión, solicitar tres préstamos por importes y vencimientos distintos que se ajustaban a sus necesidades. Con posterioridad a la inversión, Banco Santander siguió proporcionando información a la demandante a través de cartas, información fiscal, extractos informativos de la opción de conversión voluntaria. Desde la adquisición del producto, la actora recibió los cupones (intereses) trimestrales que se fueron devengando; rendimientos que aceptó sin queja ni protesta. Así, hasta la conversión de los Valores Santander en el año 2012, la actora percibió un total de 167.976,52 euros, en concepto de intereses. La evolución negativa de la inversión fue obviamente conocida de adverso, no solo por cuanto es información pública (página web de la Bolsa de Madrid) sino porque le fue oportunamente suministrada por el Banco. En octubre de 2012 los 140 Valores Santander de los que era titular la parte actora se convirtieron en 54.012 acciones de Banco Santander. A su vez, las acciones en las que se convirtieron los Valores Santander generaron beneficios trimestrales hasta su venta en el marco del programa "Santander Dividendo Elección". En concreto, un total de 42.216,31 euros y 16.986 nuevas acciones. La actora vendió parte de las 54.012 acciones recibidas en la conversión producida en octubre de 2012 y las 16.986 acciones recibidas como dividendos. Las sanciones administrativas de la CNMV invocadas en la demanda para la resolución de este pleito son irrelevantes.

TERCERO.- Expuestas las controvertidas posiciones de las partes debemos señalar que la acción que está ejerciendo la entidad demandante es la de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales contemplada en el artículo 1.101 del Código Civil que determina que: *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas."*

Para dar una adecuada solución a la problemática planteada en la presente litis debemos partir de una serie de hechos que deben ser considerados como probados a tenor del conjunto de las pruebas practicadas en los presentes autos comenzando por el hecho reconocido, por ambas partes, de que la entidad demandada, Banco Santander, S.A lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera



holandesa ABN Amro y para financiar dicha operación emitió el 4 de octubre de 2.007 los denominados Valores Santander, estando esta emisión vinculada a la operación descrita por lo que su evolución posterior quedaba también ligada al resultado de esta operación de tal manera que:

- 1) Si no se adquiría ABN AMRO los valores serían amortizados en fecha 4 octubre 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo de 7,30%;
- 2) Si se adquiría ABN AMRO, los valores se convertían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones, devengándose un interés anual del 7,30% el primer año y el Euribor más 2,75% los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del banco, que podía efectuarse, bien anualmente (cada año a partir de octubre de 2007) a iniciativa del inversor, esto es, de forma voluntaria, o bien obligatoriamente, transcurrido cinco años (4 de octubre de 2.012) desde la emisión del producto, conforme a un valor o precio de conversión determinado al inicio.

El precio de referencia para el canje de los Valores Santander en acciones se encontraba predeterminado y así se indicaba claramente en el Tríptico informativo registrando ante la CNMV y aportado como documento número 5 del escrito de contestación a la demanda.

Aprobado el folleto y el correspondiente tríptico por la CNMV, el demandante suscribió los referidos Valores Santander rubricando la correspondiente orden de compra por un valor nominal de 700.000 euros (doc. 20 demanda), orden de compra en la que bajo el apartado de observaciones se refleja que el ordenante ha *recibido y leído*, antes de la firma de la orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como que se le ha indicado que el resumen y el Folleto completo están a su disposición, manifestando que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y sus riesgos.

El vencimiento del producto se produjo el 4 de octubre de 2012, recibiendo la entidad demandante un extracto el día 11 de octubre de 2012 donde se indica que los 700.000 euros invertidos en el producto denominado "Valores Santander" se convierten en 54.012 acciones de Banco Santander.

CUARTO.- Producto contratado.

Conforme al artículo 401.2 de la Ley de Sociedades de Capital, las obligaciones, o bonos, son valores emitidos en serie o en masa, mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes los suscriben. Son valores de



financiación con los que el emisor obtiene recursos financieros a título de crédito que, por tanto, deberá restituir en el momento de su vencimiento.

Lo característico de la operación radica no en el contenido del contrato sino en su forma de documentación: el derecho de crédito del obligacionista frente a la sociedad emisora se incorpora a un valor representativo de una parte alícuota de la cantidad total del préstamo, que se caracteriza por su negociabilidad y su aptitud para ser transmitido libremente sin necesidad de notificación al deudor. El crédito se fracciona así en una pluralidad de valores que incorporan unos derechos comunes y uniformes frente a la sociedad emisora, y que pueden ser fácilmente negociados en mercados organizados. Al igual que las acciones, las obligaciones tienen la consideración legal de valores mobiliarios o negociables y pueden estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta (artículo 412.1 LSC), aunque esta última forma de representación es obligatoria para las obligaciones que coticen en un mercado de valores (artículo 496.1 LSC). La acción o participación es una parte alícuota del capital que atribuye al titular derechos corporativos o de socio, y, entre ellos, participar en los eventuales beneficios sociales, por lo que habitualmente se caracterizan como valores de renta variable o participativos. En cambio, la obligación es una parte alícuota de un crédito que confiere a su titular la condición de acreedor e incorpora el derecho a percibir un interés periódico y a obtener la restitución del principal, definiéndose como valores de renta fija, de deuda o no participativos.

Existen clases de valores en los que estas diferencias aparecen difuminadas (acciones privilegiadas con derecho a un dividendo fijo, obligaciones con participación en beneficios) o que permiten el tránsito entre ambas (obligaciones convertibles en acciones). El reembolso de las obligaciones deberá realizarse por la sociedad emisora en el plazo convenido, conforme al plan o cuadro de amortización fijado en el momento de la emisión. Pero existen otras formas posibles de rescate que, al tener lugar al margen del plan de amortización o en fecha distinta a la de su vencimiento normal, podrían calificarse de impropias o extraordinarias. Se trata del pago anticipado de las obligaciones que pueden haberse previsto en la escritura de emisión, como facultad de la sociedad emisora o resultado de un convenio entre la sociedad y los obligacionistas; de la compra en bolsa de las obligaciones a efectos de amortizarlas; o de la conversión de las mismas en acciones; aunque en este caso, al transformarse la condición de acreedor por la de accionista, se exige el consentimiento individual de las obligacionistas (artículo 430 LSC). Las obligaciones convertibles en acciones son una simple modalidad de obligaciones que incorporan un derecho de crédito frente a la sociedad emisora y que, en caso de no ser convertidas, deben reembolsarse en la fecha de su vencimiento. Su característica principal consiste en la facultad que otorgan a sus tenedores para optar, como alternativa a la restitución de la suma prestada, por la conversión de las obligaciones en acciones, en los periodos y de acuerdo con la relación de conversión que la sociedad emisora ha establecido. La conversión se concibe legalmente como una facultad del obligacionista, que puede optar entre conservar su originaria posición de acreedor, esperando la normal



amortización de los valores, o integrarse en la sociedad como accionista mediante la conversión de los mismos en acciones, aunque nada impide configurar la conversión en términos forzosos u obligatorios, en cuyo caso la emisión de obligaciones convertibles opera en realidad como un aumento de capital diferido en el tiempo. Por ello no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal ni ser convertidas cuando este valor nominal sea inferior al de las acciones que correspondan según la relación de cambio (artículo 415 LSC), garantizándose así el principio de integridad del capital social. Junto a las medidas de protección atribuidas con carácter general a todos los obligacionistas, los tenedores de obligaciones convertibles tienen otros instrumentos de tutela específicos que tratan de salvaguardar su posición de socios potenciales, evitando que la sociedad pueda alterar el contenido económico del derecho de conversión mediante operaciones con efecto reflejo e indirecto sobre el valor de las acciones destinadas a los obligacionistas. Así, si la sociedad realiza un aumento de capital con cargo a reservas, se exige la modificación de la relación de cambio de las obligaciones por acciones en proporción a la cuantía del aumento (artículo 418.2 LSC). Del mismo modo, la sociedad no puede acordar una reducción de capital con devolución de aportaciones, salvo que con carácter previo reconozca a los obligacionistas la facultad de ejercitar su derecho de conversión (artículo 418.3 LSC). En el caso que nos ocupa el contrato litigioso se refiere a la adquisición de un producto denominado "Valores Santander". La emisión de los citados valores, según el tríptico de condiciones, se realizó en el marco de una oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de la entidad financiera ABN AMRO Holding. Durante los meses de junio y julio de 2007 se formó un consorcio bancario entre las entidades Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis para adquirir la entidad financiera ABN AMRO. Para financiar esta operación Banco Santander emitió el 04.10.2007, a través de por Santander Emisora 14 0 S. A. Unipersonal, (íntegramente participada por Banco Santander SA), un total de 1.400.000 valores, de única serie y clase, con un valor nominal unitario de 5.000 € (en consecuencia, el importe total de la emisión alcanzaba los 7.000.000.000 euros), emitidos a la par, esto es, por su valor nominal, garantizando el Banco Santander S.A. la emisión.

Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN AMRO mediante la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación, de forma que si llegado el día 27 de julio de 2008, la OPA no prosperaba, y por ello no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de renta fija y se amortizarían el 04.10.2008 con una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE), sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada y no pagada.

Por el contrario, si antes del 27 de julio de 2008 la OPA prosperaba y el Consorcio adquiría ABN AMRO, como así ocurrió, Banco Santander S.A. estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribir las en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes



del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del Banco, de manera que en ningún caso se produjera el reembolso en metálico. Cada vez que se producía un canje de valores, las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran los titulares de los valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones del Banco Santander.

El canje podía ser voluntario u obligatorio. El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores y podía llevarse a cabo necesariamente los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicable, la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario. El segundo, el obligatorio, tendría lugar el 4 de octubre de 2012, o bien, antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos. Así, el 4 de octubre de 2012 todos los valores en circulación serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander. El día 30 de marzo de 2012 la Junta de Accionistas del Banco acordó conceder a los titulares de estos valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión en 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, julio, agosto y septiembre. Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones por su valor nominal y las acciones al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones convertibles. Así el precio de referencia para el canje de los valores se encontraba predeterminado, fijado ya en octubre de 2007. Desde la fecha en que se emitieran las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30 % nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir de 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengarla la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión.

Una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid. El inversor, pues, podía adelantar la conversión, esto es, el canje por acciones ordinarias de Banco



Santander, el 4 de octubre de cada año y enajenar las acciones o esperar al canje obligatorio, a la conversión final, que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2012. Llegada esta fecha operaba necesariamente el canje a la cotización predeterminada anteriormente señalada, por tanto, el éxito y el riesgo de la inversión dependería del valor de las acciones en el momento de la conversión.

El precio de referencia para el canje de los Valores en acciones quedó predeterminado o fijado en octubre de 2007. Así dicho precio de referencia de las acciones del Banco a efectos de conversión, quedó establecido en 16,04 euros por acción, resultado de aplicar un 116 % a la media aritmética de los precios ponderados de la acción de Banco Santander en el mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores al 17 de octubre de 2007, que había sido 13,83 euros, y el número de acciones que correspondía a cada valor Santander a efectos de conversión quedó fijado en 311,76 acciones por cada Valor.

Esta relación de conversión resulta de dividir el valor nominal de cada valor Santander (5.000 €) por el precio de referencia antes indicado (16,04 €).

La Junta General de Accionistas fijó un precio de conversión un 16 % superior al precio de mercado para evitar un efecto dilutivo de esa emisión sobre los demás accionistas, y también previó un mecanismo antidilución para los titulares de los Valores Santander de forma que el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital del banco. Por ello, el precio de referencia definitivo al que se canjearon los valores el día 4 de octubre de 2012, fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el día 30 de julio de 2012. Los valores convertibles no tenían el capital garantizado y su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía.

En todo caso, se trataba de un producto líquido, es decir podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, y tenían la solvencia del Banco Santander y la adicional de La Caixa respecto al 10 % del total de la emisión.

La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander, sociedad cotizada que opera en bolsa, de manera que el carácter complejo, entendido como de riesgo, surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer



año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado. Si bien dicha adquisición se realiza conforme a un precio por acción fijado previamente, siendo igualmente un riesgo posible que en el momento en el que se realiza la efectiva conversión el valor de la acción haya descendido respecto al determinado previamente.

QUINTO.- Naturaleza de la acción ejercitada y prescripción de la acción.

La entidad demandada considera improcedente la acción de responsabilidad contractual ejercitada de adverso al no haber concretado ninguna obligación de carácter contractual derivada del contrato que reputa infringido como causante del daño que reclama considerando que los incumplimientos de obligaciones previas a la celebración de un contrato por el que se adquiere un producto financiero no tienen naturaleza contractual.

En lo que respecta a la acción indemnizatoria derivada de la inadecuada información proporcionada antes de la contratación ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo que ha distinguido entre lo que es propiamente una acción resolutoria de lo que es una acción indemnizatoria dejando claro que no sería posible la primera por la sencilla razón de que el incumplimiento en que la resolución se ha de basar en el de los deberes surgidos del contrato y no de los anteriores, mientras que en la indemnización por incumplimiento de deberes precontractuales no hay más límite que la concurrencia de los presupuestos que se exigen a toda responsabilidad civil.

Es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017, cuando señala: *"Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; 677/2016, de 16 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre; y 62/2017, de 2 de febrero. 2. -No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento"*.

En lo que respecta a la indemnización por incumplimiento, la misma Sentencia señala que según las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, *"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*



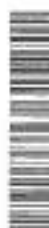
responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.” En consecuencia, cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado.

La entidad demandada plantea subsidiariamente y, para el supuesto de que el Juzgador considere que mediante la acción ejercitada es posible también exigir responsabilidad de carácter extracontractual, que la acción estaría prescrita, al estar sometida al plazo de prescripción de un año recogido en el artículo 1.968 del CC, plazo que empezaría a computarse, en el caso más favorable para la parte actora, desde la fecha del acta de conciliación sin avenencia de fecha 1 de febrero de 2013.

Como anteriormente se ha indicado, no estamos analizando la posible existencia de responsabilidad extracontractual, sino que es perfectamente admisible el ejercicio de una acción contractual indemnizatoria. Como señala la Sentencia de la Sección 12ª de la AP de Madrid de fecha 15 de marzo de 2.018: *“En la tipología que deriva del artículo 1.089 del Código Civil, el deber de información cuya infracción se erige en causa jurídica del daño a indemnizar está establecido por Ley (tanto en sentido formal, como material) y por tanto, no es extracontractual, denominación y categoría que se ha de reservar para aquellos casos en que entre agente y perjudicado no existe contacto jurídico alguno previo a la misma causación del daño.”*

La entidad demandada también especifica que si se entendiera que la acción de responsabilidad ejercitada se funda en una alegada inexactitud de los términos del folleto sería de aplicación el plazo prescriptivo de tres años contenido en el artículo 28 de la LMV (actual art. 38.3 del Real Decreto Legislativo 4/2015) por lo que la acción estaría también prescrita añadiendo que también estaría prescrita la acción si se entendiese de aplicación el plazo de tres años establecido en el artículo 945 del Código de Comercio (“CCOM”), que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable a la responsabilidad incurrida en la prestación de servicios de inversión.

Tampoco puede ser estimada esta segunda invocación de la prescripción pues como señala la SAP Madrid, Sección 12ª de 15 de marzo de 2.018, anteriormente referenciada, *“aunque ciertamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de febrero de 2009 consideró “al artículo 945 del Código de Comercio 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”, en el caso presente, no hay contrato de prestación de servicio de inversión, sino directa comercialización de un producto propio, a cuya operación están ligados unos especiales deberes de información precontractual, y por tanto, y a falta de previsión específica, rige el plazo general para la prescripción de las acciones personales, que para la ejercitada, es el de quince años (artículo 1.964 del Código Civil, en su redacción original).”*



En consecuencia, los diversos plazos aplicables en este tipo de procedimientos sobre productos financieros complejos quedarían de la siguiente manera: a) el plazo de prescripción de tres años del artículo 945 o CCOM para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de 4 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, de acuerdo con la redacción dada al mismo por la Ley 42/2015.

Atendiendo a la acción contractual de indemnización que se ejercita por la actora, el tiempo de prescripción aplicable es el de las obligaciones personales previsto en el 1964 CC, de acuerdo con la D.T. 5ª de la 42/2015, en relación con el artículo 1939 CC. En su redacción original el artículo 1964 del Código Civil establecía un término de prescripción de quince años para las acciones personales que no tuvieran señalado un término especial, plazo de prescripción que evidentemente no ha transcurrido pues los Valores Santander se adquirieron en el año 2012. Este plazo prescriptivo de quince años se rebajó al de cinco años por ley 42/2015, de 5 de octubre, disponiendo el actual artículo 1964.2 del Código Civil que *"las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan"*. A su vez la disposición transitoria quinta de la referida ley 42/2015 establece que *"El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil"* y este precepto que *"La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."* También resulta evidente que desde la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 1964 del Código Civil no ha transcurrido el plazo de prescripción de cinco años.

SEXTO.- Obligación de información.

La prueba practicada en autos ha llevado al Juzgador a la convicción de que fue la entidad bancaria, a través de sus empleados, la que tomó la iniciativa de ofrecer los Valores Santander al legal representante de

El testigo, Don _____, director de zona de Gran Canaria en el Sur de la isla, empleado del Banco Santander, manifestó en el acto del juicio que en el año 2.007 era director de zona y que _____ era un cliente de lo más importante en la oficina, siendo sobre el año 2.004 cuando empezó la relación con dicha entidad manteniendo unos 4 o 5 contactos al año con dicho cliente, habiendo participado



en la inversión de los Valores Santander en el año 2.007 y en su "ofrecimiento" habiéndose realizado dicho ofrecimiento en las instalaciones de la referida empresa.

Nos encontramos ante un asesoramiento en materia de inversión pues existe una recomendación sobre un instrumento financiero concreto y además personalizada pues se presenta como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales.

En este sentido la Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa dos consideraciones relevantes:

(i) entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando *"un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales"*, debiendo tomarse para ello en consideración *"tanto la naturaleza de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor"*

(ii) la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en los últimos años, determina que pueda advertirse un asesoramiento en materia de inversión derivado de la utilización de un lenguaje con elementos de opinión y presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero; máxime en aquellos supuestos en los que la red comercial tiene fijados determinados objetivos comerciales, o recibe incentivos que priman la venta de un determinado producto frente a otros.

En el presente supuesto no le cabe duda al Juzgador de la existencia de recomendación personalizada para la adquisición de los Valores Santander cuando así expresamente lo reconoció en el acto del juicio el testigo Don

, empleado del banco que vendió los valores, al afirmar que participó en el ofrecimiento del producto a la entidad demandante a cuyo legal representante dice haber explicado el producto reconociendo el documento manuscrito aportado como número 15 de la demanda del que se desprende que el producto era convertible necesariamente en acciones y condicionado a la adquisición de un Banco, con ventana anual de conversión, testimonio que debe ser tomado con todas las reservas pues como señala la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de enero de 2015, en relación con la contratación de otro producto financiero complejo, *"no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado"*.



El hecho de que la iniciativa en la oferta de la operación objeto del presente procedimiento fuese de Banco Santander también se acredita por el apunte de 14 de septiembre de 2007 realizado en la agenda de visitas de Don

legal representante de , por los asesores del Banco (Documento nº 13 demanda), donde consta que fueron los empleados del Banco quienes visitaron al cliente para "proponer la inversión en Obligaciones del Santander".

Por otra parte, la entidad actora manifiesta que debe ser considerada como un cliente minorista y de perfil moderado no compartiendo este último extremo la entidad demandada pues mostrándose conforme con el hecho de ser minorista entiende que, de haber estado vigente la normativa MIFID, debería haber sido considerada una empresa de perfil dinámico o agresivo y para ello hace alusión a la adquisición por la actora de otros productos financieros arriesgados. Señala la demandada que la actora y su administrador han invertido en productos de alto riesgo como Fondos de inversión de alto riesgo sin capital garantizado, acciones, seguros-inversión, Contratos de permuta financiera o "Swap", opciones sobre divisa y productos estructurados por lo que la clasificación de la actora o de D. como clientes minoristas (por contraposición a cliente profesional) en modo alguno significa que no conociesen los contratos suscritos, ni que ignorasen la naturaleza de la operación, así como sus riesgos y consecuencias.

Siendo cierta la existencia de contrataciones de otros productos financieros ello no conlleva, necesariamente, la consideración de la parte actora como experta inversora. La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Como recuerda la sentencia 149/2017, de 2 de marzo: "*La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras, según las cuales no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable (...)* En esta línea, puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estas fueran los estudios del contable de la empresa (sentencias 244/2013, de 18 de abril, 633/2015, de 13 de noviembre, 673/2015, de 9 de diciembre, y 496/2016, de 15 de julio)".

No consta en el presente supuesto que el legal representante de , Don , tenga conocimientos especializados en productos financieros ni tampoco se ha esforzado la entidad demandada en acreditar este extremo desde el momento en el que no ha solicitado, pudiendo hacerlo, el interrogatorio de dicho



legal representante, hurtando así al Juzgador la posibilidad de comprobar el alcance de los conocimientos financieros del mismo. Quizás tenga que ver esta actitud procesal de la parte actora, en cualquier caso legítima, la existencia de otro procedimiento previo que se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid (ordinario 424/2015) del que no se desprende que el representante legal tuviera formación financiera.

Banco Santander estaba obligado a tomar en consideración el perfil inversor del cliente para prestarle el asesoramiento adecuado, aun en el caso de que las órdenes de compra hubieran sido anteriores a la trasposición a nuestro Derecho de la Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) -que tuvo lugar mediante la Ley 47/2007 de 19 de diciembre-, y ello por cuanto la propia Ley del Mercado de Valores entonces vigente ya dedicaba todo un título, el VII, a las llamadas "Normas de Conducta" entre las cuales destacaba la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes (79.1.a) o la de mantenerlos siempre adecuadamente informados (art. 79.1.d); y en desarrollo de las mismas se había dictado el RD 629/93 sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, que incluía como anexo un "Código General de Conducta" en el que se preveía que las entidades de inversión debían solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (art. 4.1) y que debían ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión (art. 5.1).

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015 declara que: "3.- Así, hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba "[u]na 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. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza" 4.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción (que, como veremos, se cita como infringido en el tercer motivo de casación), ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúan en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "[a]segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".



Por otra parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Considera el Juzgador que la entidad demandada no ha cumplido con la carga de probar que transmitió toda la información necesaria pues, aunque ha aportado cierta prueba documental entre la que cabe destacar el tríptico informativo y la nota remitida a la CNMV, ninguno de estos documentos es suficiente para acreditar que la información que en ellos se contiene fue transmitida al cliente.

Debemos tener en cuenta que la entrega del tríptico precisaría, para su correcta comprensión, de ciertos conocimientos que difícilmente pueden presumirse en el actor, del que no consta que tenga una formación financiera y, además, el documento de suscripción de la orden de compra estereotipado por la entidad financiera carece de toda información, ni siquiera mínima del producto, sin más referencia que la remisión al tríptico y la prevención de que el cliente asume y conoce todos los riesgos de la operación, de modo que por esta vía era imposible conocer las características del producto. Como señala la sentencia de la Sección 1ª de la AP de Barcelona de fecha 16 de abril de 2019, *"la publicidad con la que fue dada a conocer la emisión es equívoca, confusa y distorsionadora porque remarca en letras grandes la percepción de un interés del 7,5% el primer año y en adelante el euribor más 2,5%, con un gran anuncio en el que indica que "la oportunidad ha vuelto", y en letra muy pequeña que al cumplirse los 5 años los valores se convierten en acciones, remitiéndose al folleto remitido a la CNMV así como que la emisión se amortiza anticipadamente al cabo de un año de producirse los supuestos previstos en el folleto, con lo que no se transmite ninguna idea de*



riesgo, y tampoco se informa de la finalidad de la emisión" o como señalaba la sentencia de la misma sección de la AP de Barcelona de fecha 1 de febrero de 2016 "para la correcta valoración y comprensión del producto, tal como se describe en el Tríptico, se requiere una formación financiera superior a la de un cliente medio de la banca comercial (...) lo que podía ser obvio para un inversor avezado al examinar el Tríptico en cuestión, -pues si se adquiría el Banco ABN Amor, según se dice: "los valores serán necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles. Dichas obligaciones serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión"-, es decir, que no se trataba de una inversión en que estuviese garantizado el capital, ya que el valor de las acciones que finalmente se obtendrían dependería de las oscilaciones del mercado bursátil, -amen de que su valoración sería al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander n en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles-, no podemos decir que lo fuese para un cliente medio. En ningún lugar se dice que había riesgo de pérdida del capital, y cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración, no se hace referencia a esa posibilidad, lo que podía hacer pensar que no existía. Es más, se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último que "no se paga remuneración en ningún período de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander: € 11,5 TAE: -21%", pero tampoco aquí se hace ninguna referencia a la posible pérdida de capital. Por último, incluso la mención que se hace en el tan repetido Tríptico, "Los Valores cuentan con la garantía solidaria e irrevocable de Banco Santander", -en referencia a la garantía hasta y después de la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, toda vez que el emisor no era Banco Santander-, podía inducir a confusión a un cliente inexperto haciéndole pensar que el Banco garantizaba el capital invertido."

Estas deficiencias no se ven subsanadas por el documento manuscrito expedido por el testigo Don (doc.15 demanda) pues del mismo se desprende tan solo una información básica sobre la cantidad a invertir, el plazo, los intereses pero no se pone de manifiesto de manera clara y contundente el riesgo de pérdida de la inversión de tal manera que, como señala la demandante, con esas explicaciones nunca pudo sospechar que, de los 700.000 euros depositados, a su vencimiento le devolverían acciones del propio Banco Santander con una minusvalía de 383.107,11 euros de manera que no podría hacer frente a las pólizas que suscribió para la contratación del producto.

No cabe duda de que en la orden de compra-suscripción (doc.20 demanda) aparece que "el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado" pero como señala la STS de 12 de enero de 2015: "Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. María Rosario en el sentido de que "he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..." y



"declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo". Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista"

SÉPTIMO.- Estimándose la acción de indemnización de daños y perjuicios, estos son valorados por la entidad demandante en los daños ocasionados que se concretan en las pérdidas sufridas por la actora como consecuencia de la inversión calculadas a partir del importe de la inversión, minorado en la liquidación final del producto y en los cupones cobrados (Documento nº 27). Por su parte, el perjuicio sufrido se corresponde con el interés legal del dinero devengado desde la fecha de la inversión hasta la de la interposición de la demanda. En orden a evitar un enriquecimiento injusto, a la indemnización solicitada se le descuentan los intereses legales devengados por las cantidades percibidas por la actora como consecuencia de haber contratado el producto. En total, la cuantía reclamada en concepto de indemnización por daños y perjuicios por la actuación de Banco Santander asciende a 398.687,40 euros.

Para determinar cuál debe ser el importe de la indemnización es ilustrativa la STS 14 de enero de 2018 según la cual:

"1.- La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por esta sala en la sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, al decir, en relación con los arts. 1101 y 1106 CC, que: «Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo, ya declaró que la aplicación de la regla compensatio lucri cum damno significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.» Por su parte, la STS 754/2014, de 30 de diciembre, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que "el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado



reducido el producto y los intereses que fueran cobrados por los demandantes". 2.- En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste. 3.- Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor. Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro."

Como señala la AP Madrid, Sección 21ª en sentencia de 22 de octubre de 2.019 en un supuesto similar al presente: "La cuantía indemnizatoria vendría en principio determinada por los dos elementos señalados por la demanda, el importe de la inversión (...) menos el valor de las (...) acciones de Banco Santander cuando se produce la conversión de los Valores Santander en estas acciones (...), pero al resultado se debe deducir también, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 4 de julio de 2018, los intereses brutos obtenidos por los demandantes por la titularidad del producto Valores Santander (...), con un resultado indemnizatorio total de (...), no procediendo descontar de la indemnización los beneficios o dividendos obtenidos por la titularidad de las acciones."

En el presente supuesto no podemos admitir la valoración realizada por el demandante desde el momento en el que, en sus cálculos, está integrando los intereses devengados desde la fecha de la inversión como si de una acción de nulidad contractual se tratara. Efectivamente, en relación con el pago de intereses, como indican las sentencias de la AP de Madrid, Sección 21ª, de fecha 17 de Mayo de 2017 y 25 octubre de 2.017, al no haberse declarado la nulidad de la compraventa de del producto no es de aplicación el artículo 1.303 del Código Civil, que impone, como consecuencia de la nulidad, la devolución del precio "con los intereses", es decir el interés legal, de la suma de dinero a que ascendió el precio, devengado desde la fecha en que fue entregado. La petición del interés legal del dinero ha de incardinarse en la indemnización de daños y perjuicios por morosidad regulada, con carácter general, en los artículos 1.101, 1.100 y 1.108 del Código Civil. En base a esta disciplina jurídica, nunca podría devengarse el interés legal del dinero



desde la fecha de entrega de la suma de dinero en concepto de precio, pues lo impide el artículo 1.100 del Código Civil y tan sólo cabría la posibilidad del devengo del interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación extrajudicial o judicial hasta la fecha de esta sentencia y a partir de ésta regirá el tipo agravado previsto en el art. 576.1 LEC hasta el cumplimiento.

En consecuencia, el demandante tendrá derecho a la indemnización que resulte de deducir a los 700.000 euros invertidos en Valores Santander, el valor de las acciones al tiempo de la conversión que según la información fiscal presentada como documento número 27 de la demanda determinaría la cantidad de 310.028,88 € (54.012 acciones a razón de 5,7400 €/acción) a lo que habría que deducir los rendimientos de los Valores Santander (167.976,52 €) determinando un montante indemnizatorio de 221.994,60 € al que habrá que añadir los intereses legales desde la interposición de la demanda y los moratorios procesales desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

OCTAVO.- Las costas se impondrán de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que estimando, parcialmente, la demanda planteada por el Procurador Don Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de
contra BANCO SANTANDER S.A debo condenar a la demandada a que abone a la actora la cantidad de DOSCIENTOS VEINTIUNO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS (221.994,60 €) con los intereses legales desde la interposición de la demanda y los moratorios procesales desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse, en este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, para poder interponer el recurso de apelación contra la presente sentencia deberá acreditarse, al tiempo de interponerse el recurso, la constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 €) en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado con apercibimiento de que, de no acreditarlo, se procederá a la inadmisión del recurso. Solo quedan exentos de la constitución de este depósito el



Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos autónomos dependientes de todos ellos así como todas aquellas personas que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

E/.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/info
mediante el siguiente código seguro de verificación: 0945554161506872128497