



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3
Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357022
Fax.: 942357023
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO (CONTRATACIÓN - 249.1.5)**
Nº.: **0000275/2019**
NIG: 3907542120190004551
Materia: Obligaciones
Resolución: Sentencia 000163/2020

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	ENRIQUE CARRILLO OLMO	DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Demandado	BANCO SANTANDER SA	RAUL VESGA ARRIETA

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

SENTENCIA nº 163/2020

En Santander, a 28 de septiembre de 2020.

Vistos por mí, Eva Aja Lavín, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander y su correspondiente partido judicial, los presentes autos de juicio **ORDINARIO**, registrado con el número **275/2019**, seguidos en este Juzgado y en el que intervienen como parte demandante, D. Enrique Cabrillo Olmo, representado por el procurador D. Diego Francisco Diego Lavid, y defendido por el letrado D. Daniel Teja Bezanilla, y como parte demandada Banco Santander S.A, representada por el procurador D. Raúl Vesga Arrieta y defendida por el letrado D. Marco Rodrigo Gento, con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el procurador D. Diego Francisco Diego Lavid, en la representación que tiene acreditada en autos, se presentó el día 14 de marzo de 2.019 demanda de juicio ordinario ante este Juzgado, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en la misma constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando que se dicte sentencia en los términos contenidos en el suplico de demanda.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de 18 de marzo de 2.019, en el referido decreto se emplazó a la parte demandada a fin de que se personase y contestase, en su caso, la demanda dentro del término legalmente establecido, todo ello con los apercibimientos legales oportunos.

Por el procurador D. Raúl Vesga Arrieta en nombre y representación de Banco Santander S.A en fecha 26 de abril de 2.019 se contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó suplicando se desestimase íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO. Por diligencia de ordenación de fecha 2 de mayo de 2019 se tuvo por contestada la demandada por el procurador D. Raúl Vesga Arrieta en nombre y representación de Banco Santander S.A, y se citó a las partes señalando para la celebración de la audiencia previa prevenida en los artículos 414 y concordantes de la NLEC el día 4 de junio de 2.019, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo tal actuación en soporte que recoge la imagen y el sonido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 147 y 187 de la NLEC.

CUARTO. No alegadas ni apreciadas de oficio excepción de tipo procesal alguna, se recibió el juicio a prueba proponiendo ambos litigantes aquellos medios probatorios que tuvieron por conveniente para la defensa de sus intereses.

QUINTO. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló como fecha del juicio el día 24 de marzo de 2.020, que hubo de ser suspendida y señalada de nuevo para el día 25 de septiembre de 2020. En dicha fecha no compareció la parte actora y si lo hizo la demandada, por lo que de conformidad con el artículo, se celebró el juicio con las formalidades legales y el resultado que consta en el acta levantada por el Secretario Judicial y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo dicha actuación en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y del sonido, tal como previenen los artículos 147 y 187 de la NLEC. Practicadas las pruebas, tras los trámites legales, quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita como acción principal la de anulabilidad por error vicio en consentimiento respecto de los contratos de compra de Valores Santander suscritos en fecha 20 y 28 de septiembre de 2007 por el actor y su esposa fallecida, interesando la aplicación de los efectos del artículo 1.303 del Código Civil, subsidiariamente ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de informar en que ha incurrido la parte demandada y solicita que se le indemnice en la suma de 23.256,28€, más intereses, menos los rendimientos obtenidos con los VST y sus intereses.

La parte demandada se opone a la pretensión de contrario formulando respecto de la acción de anulabilidad que la misma se encuentra caducada. Así mismo alegando que no ha existido error en el consentimiento del actor, quien fue debidamente informado del producto suscrito, y de sus consecuencias, por ostentar el mismo conocimientos financieros y perfil inversor, y al negar que haya existido asesoramiento. Por lo que respecta a la acción de indemnización de daños y

perjuicios ejercitada con carácter subsidiario, opone la excepción de prescripción por entender que se trata de una acción de responsabilidad extracontractual a la que sería aplicable el plazo de un año, o en otro caso el plazo de 3 años previsto en el artículo 945 del Código de Comercio. Sostiene que no ha habido incumplimientos de normativa bancaria aplicable pues en modo alguno será aplicable la directiva MIFID que no había entrado en vigor a la fecha de suscripción del contrato.

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

1º-El 20 y el 28 de septiembre de 2.007 D. Enrique Cabrillo Olmo y su esposa Dña. Juana Martos suscribieron sendos contratos de compra del producto financiero denominado Valores Santander en el mercado secundario, por el que adquirieron en ambas compras 8 títulos por importe de 40.000€, que le fueron ofrecidos por un empleado de la entidad financiera Banco Santander S.A, dada la alta rentabilidad que el mismo supondría a la compradora. (doc. 1 de la demanda, doc. 5 y 6 de la contestación).

2º-En la orden de compra tan sólo se hacía constar que el ordenante manifestaba haber recibido y leído antes de la firma de esta orden, el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como que se le había indicado que el resumen y el folleto completo estaban a su disposición. No consta sin embargo, la entrega real y efectiva de la nota de valores y del folleto, ni del tríptico. No consta que se les explicaran las características reales y los riesgos del producto. (doc. 1 de la demanda, doc. 5 y 6 de la contestación).

3º-En el tríptico se señalaba como características del producto las siguientes: Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio bancario, en el que se integraba el Banco Santander, 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, no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al fijo de 7,30% 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 se pagaría antes del 4 de octubre de 2008. Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, Banco Santander S.A. estaba obligado a emitir obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del banco, de manera que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. El canje podía ser voluntario u obligatorio. El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuable o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o 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, 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

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

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 emitiesen 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 devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión. Una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinadas de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid. (doc. 3 de la contestación).

4º- D. Enrique Cabrillo Olmo y su esposa Dña. Juana Martos primero, y D. Enrique solo tras el fallecimiento de Dña. Juana el 23 de julio de 2011, percibieron rendimientos brutos por la adquisición de los 8 títulos de Valores Santander la suma de 9.255,70€ hasta la fecha del canje voluntario acontecido el 4 de julio de 2.012. A la fecha del citado canje percibió 3.018 acciones. Con posterioridad ha venido percibiendo dividendos por importe de 7.195,20, hasta el 27 de diciembre de 2017 en que procedió a la venta de las acciones. En el momento de la venta de las 3.018 acciones percibió la cantidad de 16.896,27€. (doc. 39 de la contestación).

5º-Dña. Juana falleció el 23 de julio de 2011, habiendo sido adjudicados sus VST a D. Enrique en la escritura de partición y adjudicación de herencia de fecha 12 de enero de 2012. (doc. 1 bis de la demanda)

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

La nueva regulación se limitaba a concretar aún más las importantes exigencias de información que debe facilitar el banco a la hora de suscribir contratos con sus clientes. La referida regulación introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, e introdujo el artículo 71 regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional; entre otros extremos, sobre la

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0a4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79. bis 3, 4 y 7). La nueva regulación también la integra el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, el cual incorpora al ordenamiento español la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, y que establece en nuestro ordenamiento un completo catálogo de normas a seguir por las entidades que prestan servicios de inversión, sustituyendo en amplia medida lo dispuesto anteriormente en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, para establecer un régimen mucho más extenso de información a la clientela, exigiendo la realización de un test o examen de idoneidad o conveniencia antes de la prestación del servicio, así como un régimen de seguimiento para la ejecución de las órdenes de los clientes, distinguiendo al efecto entre el tratamiento -mucho más cuidadoso- que debe darse a los clientes minoristas del conferido a los clientes con perfil inversor profesional.

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MIFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor" que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0a4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

La diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008.

Ciertamente la Directiva 2004/39/CE, conocida como MIFID, acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, se incorpora a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19/12, que reformó la LMV al efecto y con el RD 217/2008 y es verdad que ninguna de estas normas habían entrado en vigor al tiempo de efectuarse la primera suscripción los VS pero no se puede olvidar la jurisprudencia del TJUE que impone al juez nacional, al aplicar el Derecho nacional, sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, hacer «*todo lo posible*», a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, en esa interpretación «*alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva*».

Así lo proclaman las sentencias de 13/11/1990, *Marleasing*, C-106/89, apartado 8, 16/12/1993, *Wagner Miret*, C-334/92, apartado 20, 14/7/1994, *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 26, 27/6/2000, caso *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, apartado 30, 4/7/2006, caso *Adelener*, C-212/04, o 14/1/2010, caso *Zentrale zur Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbs*, C-304/08, entre otros.

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

Si examinamos la normativa del mercado de valores vigente a la fecha del primer contrato, sorprende la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, el RD 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta,

presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3).

Se garantizaba un nivel homogéneo básico de salvaguarda mediante la imposición a las entidades de crédito de unos deberes de orden general que rigen con independencia del tipo de cliente que intervenga en la operación (minorista o profesional) o de la complejidad del producto y que explicita el artículo 79 de la LMV.

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

De otra parte era aplicable el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29/7, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, lo que está en directa relación con la propia normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, la Ley 7/1998, de 13-abril.

Como también estaba en vigor el RD 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que incorporaba un Anexo que recogía todo un código general de conducta que obligaba al Santander, conforme su artículo 1, de actuar con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes y de no inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio así como, conforme sus artículos 4 y 5, solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación e información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer – obligación esta incumplida – y suministrarles toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, no menos incumplida en el caso y más teniendo en cuenta que el precepto señala que la información a la clientela 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 y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y además acompañada de las explicaciones necesarias a fin de evitar malentendidos.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Por otra parte habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia reiterada del TS que desde la sentencia 840/14 de 20 de enero ha venido señalando en sucesivas sentencias como la de 17-6-2.014, 7-7-2.014, 8-7-2.014, que “la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso num. 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento”.

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

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

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).

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

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Por eso son muchas las resoluciones que han anulado contratos aplicando, e interpretando del modo expresado, la normativa previa a la transposición de la Directiva MIFID, tales como la sentencia de Pleno nº 491/2015, de 15/9, rec. 2095/2012, y las SSTs nº 535/2015, de 15/10, rec. 452/2012, FJ 7º, nº 588/2015, de 10/11, rec. 1381/2012, FJ 9º, nº 610/2015, de 30/10, rec. 816/2012, nº 631/2015, de 26/11, rec. 1314/2012, FJ 9º, nº 688/2015, de 4/12, rec. 1468/2012, FJ 13º, nº 689/2015, de 16/12, rec. 2087/2012, FJ 7º, nº 693/2015, de 4/12, rec. 2170/2012, FJ 2º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 726/2015, de 22/12, rec. 2657/2012, FJ 7º, nº 738/2015 de 30/12, rec. 2317/2013, FJ 6º, nº 742/2015, de 18/12, rec. 2220/2012, FJ 3º, nº 31/2016, de 4/2, rec. 2862/2012, FJ 3º, nº 32/2016, de 4/2, rec. 3134/2012, FJ 3º, nº 154/2016, de 11/3, rec. 3334/2012, o la recientísima nº 496/2016, de 15/7, rec. 547/2013, FJ 5º.

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

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

Añade además, un análisis del concepto de inversionista del cliente bancario. Y señala partiendo del contenido de la STS de 25 de febrero de 2.016 que “aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares, ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Como ya declaró el TS en las sentencias 244/13 de 18 de abril, y 769/14 de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber que información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. (...) el hecho de tener un patrimonio importante, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en estos casos se diera a los clientes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de una inversión compleja y sin garantías”.

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

Finalmente, la SAP de Cantabria de fecha 19 de julio de 2016 ratifica los criterios mantenidos por la sección 4ª en su sentencia 3 de mayo de 2016.

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

remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

Por su parte la SAP de Cantabria de 19 de julio de 2.016 concluye que “los bonos del banco popular y los Valores Santander son productos análogos. Por lo tanto los valores merecen también la calificación de complejos y arriesgados. Consecuentemente con esta calificación es claro que el Banco Santander venía obligado a facilitar previa y adecuadamente información al inversor minorista para que le quede claro que las acciones que va a recibir no tiene por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que puede tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje todo o parte de la inversión”.

CUARTO. Entrando en el análisis de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento que se ejercita con carácter principal, se hace preciso analizar en primer término si la misma ha caducado, tal y como sostiene la parte demandada.

Para resolver tal cuestión habrá de estarse a la reciente jurisprudencia del TS, así como de la AP de Cantabria. Así la SAP de Cantabria de 16 de noviembre de 2.016 y posteriormente la de 11 e marzo de 2.019 “El artículo 1.301 del Código Civil sigue declarando que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y que su nacimiento se producirá, en los supuestos de error, desde la consumación del contrato. Es cierto que, como explica la STS de 24 de mayo de 2016, se mantienen las dificultades para determinar el momento de consumación a efectos de provocar el nacimiento del plazo, no desde luego en los contratos de ejecución instantánea o simultánea –en que los que se recibe íntegramente y en un determinado momento la prestación comprometida-, pero sí en los de tracto sucesivo. La doctrina tradicional identificaba consumación del contrato con agotamiento o completa ejecución de las prestaciones (STS 24.6.1897, 20.2.1928 y 11.6.2003). Sin embargo, la jurisprudencia más reciente no acepta siempre esta identificación (consumación y agotamiento al considerar determinante que se haya podido tener conocimiento del error o dolo. En tal sentido, la STS de 25 de febrero de 2016 (con cita de otras), en relación con las relaciones contractuales complejas, tuvo la oportunidad de señalar que *“Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del artículo 1.301 del Código Civil, hemos establecido en sentencias de esta Sala 489/2015, de 16 de septiembre, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, que «(e)n relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».* Conforme a dicha doctrina, no puede tomarse como referencia la fecha en que las partes suscribieron el primer contrato de cuenta de valores en el año 2000, sino que habrá de estarse a la fecha en que, con relación a cada producto de inversión objeto de litigio, los demandantes tuvieron conocimiento de su verdadera naturaleza y riesgos.” Cuando haya podido tener conocimiento del error en supuestos como el presente, en los que durante un tiempo el rendimiento

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0d4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

abonado es regular y la suerte final del producto depende de un suceso tan incierto como es la cotización de una acción o conjunto de acciones en una fecha futura determinada, no parece que pueda desligarse del instante final en que la inversión inicial en dinero se transforma en la entrega de las acciones, salvo que se haya producido previamente una conversión voluntaria, de tal grado que el plazo de caducidad no habría de nacer antes de que se produzca tal circunstancia.(...)En consecuencia, ni siquiera podría tomarse como día inicial del cómputo el instante en que el bono se convirtió en la obligación necesariamente convertible (2012) cuando, como aquí ocurre, la consumación (artículo 1.301 del Código Civil) habría de coincidir con el instante en que se tuvieron que entregar las prestaciones esenciales pactadas, que en este caso coincidiría con el canje o conversión final en acciones, forzosa (finales del año 2015) o voluntaria”.

En el presente caso el canje de las obligaciones convertible en acciones se llevó a cabo el 4 de julio de 2.012 (doc.9 y 41 de la contestación), momento en que sin duda ya salió del error. La demanda fue presentada el 14 de marzo de 2.019, por tanto, una vez transcurridos los cuatro años que prevé el artículo 1.301 del Código Civil como plazo de caducidad para su ejercicio, motivo por el que debe entenderse que está caducada, por lo que no procederá entrar a analizarla y deberá ser desestimada.

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

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

Señalar que es reiterada la jurisprudencia que sostiene que "la prescripción es una figura cuya aplicación ha de hacerse en forma restrictiva por no ser institución de Justicia intrínseca o estricta, sino que está basada en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, de manera que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, de tal modo que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparezca debidamente acreditada y sí, por el contrario, lo esté el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, su estimación se hace imposible o cuando menos desaconsejable (STS entre otras, de 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983, 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987 y 8 de octubre de 1988, 17 de junio de 1989, 22 de febrero de 1991, 24 de mayo y 20 de octubre de 1993, 18 de julio de 1994 y 26 de diciembre de 1995). De lo que se colige, en definitiva, que no solamente debe tenerse en cuenta para su apreciación el transcurso del tiempo sino también el "animus" del afectado, de manera tal que cuando aparezca fehacientemente evidenciado el "animus conservandi" por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, debe entenderse que queda correlativamente

interrumpido el "tempus praescriptionis" plazo que habrá de computarse a partir del día en que las acciones pudieron ejercitarse.

En el presente caso no procederá aplicar el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1.968 del Código Civil puesto que el mismo es el previsto para las acciones de responsabilidad extracontractual y no es una de estas la ejercitada. La parte específica en sus fundamentos de derecho que la acción que ejercita es la de responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información derivados del contrato de compraventa de valores (artículo 1.101 y siguientes del Código Civil), por lo que el plazo de prescripción aplicable al tratarse de una acción personal, no sometida a un plazo específico, será el de 15 años del artículo 1.964 del Código Civil, hoy reducido a 5 años tras la reforma de la ley 42/15 de 5 de octubre. Ninguno de los cuales habría transcurrido, puesto que de aplicarse los cinco años se iniciaría el cómputo desde octubre de 2.015.

Así lo sostiene la SAP de Pontevedra de fecha 8 de septiembre de 2.017 cuando establece que "La excepción de prescripción (la caducidad debe ser rechazada de plano ante la falta de previsión legal) no puede ser acogida porque el plazo legalmente previsto en el artículo 1.964 del Código Civil para el ejercicio tempestivo de la acción -quince años en la fecha de formalización del contrato y cinco años tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 6 de octubre-, no había transcurrido cuando se presentó la demanda. Recuérdese que se trata de una acción por incumplimiento contractual sin previsión específica alguna, por lo que resulta de aplicación la norma general recogida en el citado precepto".

La cuestión que procede plantearse ahora es si cabe aplicar el plazo de prescripción específico previsto en el artículo 945 del Cco en relación a la acción de responsabilidad de las sociedades de inversión.

El citado precepto establece que "la responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de Buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Por lo que respecta a la jurisprudencia que ha analizado tal precepto indicar que la SAP de Murcia de fecha 17 de octubre de 2.016 establece que "El Tribunal Supremo diferencia nítidamente 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 del Cco, para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de cuatro años, de caducidad, del artículo 1.301 del Código Civil para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento; c) el plazo de quince años, de prescripción del artículo 1.964 del Código Civil para el resto de acciones, ahora reducido a cinco años, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 42/15. Por ello la solución a la cuestión planteada es simple, pues basta determinar qué acción se ejercita y aplicar el régimen legal correspondiente". La referida Audiencia termina concluyendo que el plazo aplicable es el de prescripción de 15 años, hoy cinco.

Lo primero que habrá de analizarse es si las entidades financieras cuando intervienen en la comercialización de productos financieros ostentan el carácter de sociedades de inversión, o no.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

El artículo 62.1 de la LMV en su redacción vigente en el momento de llevarse a cabo la adquisición de los Valores Santander tenía la siguiente redacción: “Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la presente Ley”.

Los artículos 64 y 65 señalaban respectivamente que “*Son empresas de servicios de inversión las siguientes: a) Las sociedades de valores; b) Las agencias de valores; c) Las sociedades gestoras de carteras*”. Y que “*Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todas las actividades previstas en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello*”. Vemos como la redacción inicial de la LMV optó por atribuir la característica de operador del mercado exclusivamente a las sociedades y agencias de valores. A las entidades de crédito, inicialmente, únicamente se les atribuyó competencia bursátil de carácter marginal. Posteriormente, las Directivas 93/22/CEE y 93/6/CEE se publicaron con la finalidad de construir un mercado financiero único y, consecuentemente, un mercado único de valores.

En España, ese imperativo comunitario ha sido acogido en la reforma de la LMV (Ley 37/1998), que recoge, ya, el más extenso término de empresas de servicios de inversión (investment firms). Las empresas de servicios de inversión, de conformidad con el contenido del artículo 62 de la LMV son aquellas entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros, sobre los instrumentos señalados en el artículo 2 de la LMV/88. Se consideran empresas de servicios de inversión, de conformidad con el contenido del artículo 64 del referido cuerpo legal, las sociedades de valores, las agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras y las empresas de asesoramiento financiero. Asimismo, se admite que las entidades de crédito compitan con éstas pues, aunque no sean empresas de servicios de inversión según la LMV, pueden realizar habitualmente todos los servicios de inversión y actividades complementarias, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello, tal y como se deriva del contenido del artículo 65 de la LMV. La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, vigente en el momento de la contratación, derogada el 28/6/2014 por la Ley 10/2014 de 26 de junio, disponía en su artículo 1 que “Se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio”, recogiendo el referido Real Decreto Legislativo en su artículo 1 en su redacción vigente en el momento de la contratación que “A efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, se entiende por «entidad de crédito»: a) Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. b) Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en el párrafo a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico. 2. Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Pues bien atendiendo al contenido de la citada regulación, debemos concluir que las entidades financieras no son sociedades de inversión pese a que puedan intervenir en mercados financieros, por lo que no cabría aplicarles el plazo del artículo 945 del Código de Comercio que analiza la acción de responsabilidad de estas y no de entidades bancarias propiamente dichas. Para aplicar analógicamente una norma se hace necesario que se den similitudes esenciales entre el supuesto de hecho que recoge la norma y aquel al que se pretende aplicar la misma por analogía. En este caso es evidente que el banco no actuaba intermediando entre el cliente y una tercera empresa para que aquel adquiriera un producto financiero de un tercero, sino que en este caso el banco estaba comercializando su propio producto financiero, emitido por él mismo. Actuó en beneficio propio, pues con la venta de los VST buscaba obtener financiación para la adquisición de ABN AMRO, generando con ello un evidente conflicto de intereses respecto de su cliente. Por tanto, no se da el supuesto de hecho incardinable en el citado precepto, por lo que no será aplicable ese plazo de prescripción de 3 años sino el de quince años, hoy cinco, el cual no ha transcurrido, por lo que no estará prescrita la acción.

SEXTO. Por último, procederá entrar a analizar si se incumplieron las obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada al no haber dado la información clara y veraz que le viene impuesta por la regulación ya expuesta. Y la conclusión debe ser afirmativa.

El actor, no cabe duda de que debe ser calificado como minorista, no siendo objeto de controversia tal cuestión por la demandada.

En el presente caso la entidad demandada plantea que el actor tenía un perfil inversor arriesgado, dado que con anterioridad a la suscripción de los VST tenían suscritos productos de inversión como, participaciones preferentes, seguros, acciones, fondos de inversión, lo que acreditan con los doc. 11 a 15 de la contestación a la demanda. Pero debemos indicar que se desconoce el riesgo asumido con tales productos puesto que nada se ha acreditado al respecto, ni tampoco qué fue lo que se le explicó al suscribirlos, por lo que el simple hecho de tener contratados aquellos no puede llevarnos a calificarlos como inversores de riesgo.

Se niega por la entidad demandada la existencia de un contrato de asesoramiento con el actor, lo que conllevaría que no habría incumplimiento alguno de los deberes de información que dimanaban de aquel. Pues bien, en el presente caso el actor sostiene que le fue ofrecido por los empleados del banco los VST, que no eran por él conocidos. Que se lo ofertaron como un producto con el que podía ganar dinero sin riesgo. Por su parte el empleado del banco, que fue interrogado, D. Carlos Guerrero, sostuvo que no recordaba nada sobre la contratación por el tiempo transcurrido. El mismo señaló que no recordaba en concreto las operaciones suscritas con el actor, pero sí admitió que eran ellos quienes ofrecían el producto por su alta rentabilidad. A la vista de que no ha quedado acreditado que el actor fuera un inversor avezado, con conocimientos extensos en esta materia y que por su formación académica y profesional no tenía por qué saber qué productos hay en el mercado financiero en cada momento, nos debe llevar a concluir que la forma de acceder a los VST no fue otra que por medio de la información individualizada y personal que sobre la existencia de los mismos le fue dada por algún empleado del banco, por lo que cabe concluir que hubo un verdadero asesoramiento.

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Ello le obligaba a la entidad a extremar el deber de informar adecuadamente sobre las características y riesgos del producto. En cuanto al carácter del mismo cabe calificarlo de complejo, pues aún implicando que al final iban a percibir acciones del Banco Santander, se incluían en el tríptico informativo toda una serie de variables dependiendo de si se llevaba a cabo la OPS con éxito o no, distintas posibilidades de canje voluntario en sucesivas fechas anuales los días 4 de octubre de 2.008, 09, 10, 11 y la posibilidad de acordar otros canjes voluntarios ante determinadas circunstancias, siempre en base a lo que acordara el Banco, así como la existencia de una valoración del precio de la acción para el momento del canje obligatorio el día 4 de octubre de 2.012, que venía prefijado por el banco a la fecha que eligiera para la conversión de los valores en obligaciones y que se dejaba al arbitrio de la entidad. Hecho que además quedó constatado desde el momento en que en un principio se fijó el precio del cambio en 16,04€ para finalmente acordar que fuera al precio de 12,96€ (doc. 19, 21, 22, 26 y 27 de la contestación), lo que pone de manifiesto que quedaba totalmente al albur del banco, lo que no consta que se explicase de forma clara en la información remitida a la CNMV, ni que se le comunicase verbalmente al actor, pues en este punto las explicaciones dadas por el empleado del banco en la vista no fueron claras. Es una cuestión de gran trascendencia a los ojos de esta juzgadora la cuestión relativa a la determinación del precio de canje, la forma en que se iba a llevar a cabo y sin bien en el tríptico y folleto se señala con claridad que se fijará en un 16% más del precio medio de cotización de los cinco días previos a la fecha en que se hizo la conversión de los valores en acciones, no consta que se indicase que la fecha de esa conversión era elegida por el banco, por lo que podía condicionar el precio al que se iba a hacer el canje obligatorio en octubre de 2.012. Pero lo que si no consta que advirtieran en la documentación, ni tampoco verbalmente los empleados, tal y como se pudo ver con la declaración de D. Carlos Guerrero, es que ese precio incluso podía ser alterado posteriormente cuantas veces tuviera a bien la entidad, haciendo ampliaciones de capital, y dejando a su absoluto control tal cuestión al margen de la incidencia que la subida o bajada del precio de las acciones pudiera tener. Se considera fundamental que se les hubiera informado a los clientes que ese precio de cambio inicial quedaba bajo el exclusivo control del banco, y eso no consta que se hiciese ni documental, ni verbalmente, en el momento de las compraventas llevadas a cabo en septiembre de 2.007 en el mercado secundario, y es importante, pues el banco modificó hasta en cinco ocasiones ese precio de canje (doc. 19, 21, 22, 26 y 27 de la contestación), que sin embargo, en el momento inicial daba a entender que estaba prefijado de forma definitiva nada más convertir los VST en obligaciones convertibles. Todas esas cuestiones hacen que los VST deban considerarse como producto complejo y que el banco estuviera obligado a informar a sus clientes de todos y cada uno de esos extremos. Así como de la posibilidad de sufrir importantes pérdidas si el precio de la acción bajaba, y de la imposibilidad de obtener beneficios con ellas a menos que superaran el 116% del valor de mercado fijado por el banco. En el presente procedimiento la demandada no acredita en absoluto que diera toda esa información a sus clientes con anterioridad a la compra del producto. En este caso no consta que se entregase el tríptico al actor con la antelación suficiente para que pudiera examinarlo antes de la firma con calma. La declaración del empleado al respecto es insuficiente, pues nada aclara sobre ese extremo.

En cuanto a la información facilitada verbalmente por el empleado que los comercializó, D. Carlos Guerrero, debe señalarse que de su declaración se desprende que no recordaba de manera expresa qué fue lo que se le comentó al

actor en el momento de la compra. Se desconoce si le explicaron que existía la posibilidad de pérdida de capital, de que los rendimientos podían en determinadas circunstancias no ser cobrados, el precio de conversión prefijado por la entidad en el momento también decidido por ella, ni si le habló de la posibilidad de modificar ese precio de canje.

Tampoco consta que se le diera información documental que explicara de forma clara y comprensible, para alguien sin conocimientos financieros específicos, todas esas cuestiones. Con respecto al tríptico del producto (doc. 3 de la contestación) la SAP de 3 de febrero de 2017 señala que no cumple con ese deber de información aseverando que "en cuanto al tríptico de la emisión, que en esa misma cláusula se dice entregado, debe recordarse que según las exigencias legales del instante de la contratación, debía de cumplir con los parámetros del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que expresamente indicaba que "El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores", espíritu que más tarde, por el artículo 64 RD 217/2008, se precisa aún más al indicar que deberá contener "una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas", sin perjuicio de que más tarde se profundiza todavía más en el deber informativo esencial del folleto y su resumen por mor de las exigencias contenidas en los arts. 37 y 209 TRLMV, aunque estas últimas normas no resultan de aplicación al caso por razón de la fecha del contrato. Pues bien, como ya se ha analizado en la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 3 de mayo 2016 o de esta Sala de 19 de julio y 17 de Octubre de 2016, es deficiente -cuando el estándar de información debe ser alto- a la hora de hacerlo comprensible (es inevitable que tenga algunos conceptos técnicos, pero resulta inapropiado si lo que se quiere es informar a un cliente no experto, pues recuérdese que el Real Decreto-Ley 5/2005 exigía brevedad y lenguaje no técnico) en lo que realmente es relevante: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia. El texto, suficientemente complejo para un cliente no experto, no contiene una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto del riesgo de pérdida del capital invertido -como así ocurrió por la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-; ni tampoco es fácil deducirlo de los ejemplos teóricos de rentabilidad cuando, al contrario, advierten que no suponen estimación alguna de la cotización futura de los valores o la acción Santander, o, lo que es peor, incorporan solo dos escenarios posibles ("ejemplos teóricos de rentabilidad") pero no precisamente el que habría de ser objeto de precisa información, es decir, el acontecido consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria. Al contrario, omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, y que tal bajada era perfectamente posible, pues como función económica esencial tenía como presupuesto, amén de proveer de fondos al banco, proporcionar una inversión al cliente para que, en función del comportamiento en bolsa de la acción -y siempre que superara el 116%-, pudiera obtener un beneficio. Pero lo relevante es lo que sucede antes del canje, pues al inversor le debe quedar claro -en palabras de la STS de 17 de junio de 2016 -, que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró el producto, por lo que la explicación sobre el desenvolvimiento del mismo se revela esencial cuando el riesgo de pérdida es evidente. Es por ello, como ya afirmaba la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en línea con lo que después

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0e4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0a4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

ha mantenido el TS en su sentencia tantas veces reiterada por su importancia, de 17 de junio de 2016, que resultaba trascendente advertir con una especial claridad y oportunamente resaltada que el número de acciones que recibiría en el instante del canje dependía del valor que tuvieran a la fecha de emisión de las obligaciones convertibles -que podría ser bastante anterior en el tiempo-, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% de la cotización de la acción cuando la citada emisión se produjera, del otro. Y eso es precisamente lo que supone ser conocedor y consciente de la dinámica o desenvolvimiento del producto, fundamentalmente por conocer las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones a canjear. Es decir, como expresaba el artículo 5.3 RD 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, no consta fuera de duda que se haya proporcionado, en atención al perfil del cliente, toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva".

Por tanto, es evidente que la demandada no ha acreditado haber cumplido con el deber de informar que deriva del contrato de asesoramiento por el que se vinculó con el actor y que de ello se ha derivado unos claros perjuicios para el mismo ante la evidente pérdida de capital sufrido, que de haberle sido advertido el riesgo, no parece habría tenido, puesto que no habría contratado. Ello le debe llevar a indemnizar en las pérdidas efectivas sufridas que se calcularán partiendo de lo realmente invertido en la compra, que fue 40.000€, menos los rendimientos brutos percibidos que ascendieron a la suma de 9.255,70€, menos el importe total que percibió por dividendos hasta el momento en que vendió las acciones el 27 de diciembre de 2017 en la suma de 7.195,20€, y menos el importe obtenido en la venta de 16.896,27€, más los intereses legales desde la interpelación judicial y hasta sentencia. Tales operaciones deberán ser llevadas a cabo en ejecución de sentencia.

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

OCTAVO. En materia de costas será aplicable el artículo 394 de la LEC, en este caso dada la estimación de la demanda, procederá imponer el pago de las costas a la demandada.

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

PARTE DIPOSITIVA

Estimar la demanda presentada por el procurador D. Diego Francisco Diego Lavid en nombre y representación de D. Enrique Cabrillo Olmo:

1º-Condernar a Banco Santander S.A por incumplimiento de los deberes de información a indemnizar a D. Enrique Cabrillo Olmo en la cantidad que resulte de la diferencia entre la suma de cuarenta mil euros (40.000€), respecto del capital invertido, menos los rendimientos brutos percibidos que ascendieron a la suma de nueve mil doscientos cincuenta y cinco euros con setenta céntimos de euro (9.255,70€), menos el importe total que percibió por dividendos hasta el momento en que vendió las acciones el 27 de diciembre de 2017 en la suma de siete mil



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Eva Aja Lavín,
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 29/09/2020 22:16

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

Código Seguro de Verificación: 3907542003-5d8e56fc0a4709e1f09dfe2e947e19501TJAA==

ciento noventa y cinco euros con veinte céntimos de euro (7.195,20€), y menos el importe obtenido en la venta de dieciséis mil ochocientos noventa y seis euros con veintisiete céntimos de euro (16.896,27€), más los intereses legales desde la interpelación judicial y hasta sentencia.

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

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

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria que, en su caso, se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

DEPÓSITO PARA RECURRIR: Conforme establece la ley 1/09 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ 1/85 de 1 de julio y se añade la disposición adicional 15ª para la interposición del referido recurso de apelación la parte recurrente deberá constituir un depósito de 50€.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

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

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la dictó, habiéndose celebrando en Audiencia Pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo la LAJ, doy fe.