

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimotercera
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035
Tfno.: 914933911

37013860

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0068855

Recurso de Apelación 501/2020 (UNIPERSONAL)

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid
Autos de Juicio Verbal (250.2) 452/2019

APELANTE: D./Dña. NIEVES CUBERO OLIDEN
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

APELADO: BANCO SANTANDER SA
PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA N° 34/2021

ILMO. SR. MAGISTRADO:
D.LUIS PUENTE DE PINEDO

En Madrid, a cuatro de febrero de dos mil veintiuno. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en Resolución Unipersonal, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Verbal sobre Nulidad compra de acciones, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante Dña. NIEVES CUBERO OLIDEN, representado por el Procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu y asistido del Letrado D. Juan José Ortega García, y de otra, como demandado-apelado BANCO SANTANDER S.A. , representado por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido del Letrado D. Francisco Javier García Sanz.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 36, de Madrid, en fecha cuatro de marzo de dos mil veinte, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: SE DESESTIMA la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Blasco Mateu, en nombre y representación de D^a. NIEVES CUBERO OLIDEN, defendida por el Letrado D. Manuel Canle Hernández, contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijóo y defendida por la Letrado D^a. Marta Rodríguez Martín, por caducidad de la acción, con imposición de las costas causadas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha veintiocho de septiembre de dos mil veinte para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **RESOLUCIÓN el día dos de febrero de dos mil veintiuno.**

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento y antecedentes. D^a Nieves Cubero Oliden interpuso demanda de juicio verbal ejercitando la acción de anulabilidad de la compraventa del producto financiero denominado “Valores Santander” suscrito el 4 de octubre de 2007, abonando en ese momento la suma de 5000 €, y subsidiariamente la acción de incumplimiento de control contrato por falta de información reclamándose en concepto de daños y perjuicios la suma de 5000 €. La demanda interpuesta contra el Banco de Santander, S.A., manifestaba que en la fecha mencionada se suscribió lo que se creía era un producto seguro y sin riesgo, con capital garantizado, y que luego resultó ser el denominado “Valores Santander”. No se le informó de los riesgos asociados al mismo, como era el no percibir la remuneración, que esta fuera variable, amortización anticipada y el canje por acciones de nueva emisión por el propio Banco de Santander. De no producirse la amortización anticipada, los valores Santander serían canjeados por obligaciones necesariamente convertibles en acciones con carácter obligatorio el 4 de octubre de 2012. Señalaba la demanda que no se le entregó folleto informativo alguno y ni siquiera la orden de compra con un claro incumplimiento de la normativa aplicable. Como consecuencia de todo ello se interesó con carácter principal la nulidad por vicio del consentimiento debiendo procederse a la restitución de prestaciones entregando a la demandante la suma de 5000 €, con imposición de costas. Subsidiariamente, caso de no accederse a la nulidad interesada, se declarase el cumplimiento de las obligaciones contractuales en cuanto al deber de diligencia, lealtad e información de la venta de los instrumentos financieros y se le condenase a pagar en concepto de daños y perjuicios la suma de 5000 €, menos los intereses y en su caso dividendos cobrados por la demandante, deduciendo a su vez el valor de las acciones



recibidas por su cotización en la fecha de canje o, en su caso, en fecha de cumplimiento de la sentencia y pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda interpuesta, por el Banco de Santander, S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda señalando que la inversión se verificó de forma consciente y voluntaria, con pleno conocimiento de las características y riesgos del producto sin que hubiese hecho manifestación alguna hasta marzo del año 2019 en que se presentó la demanda desde el mes de septiembre de 2007 en que se formalizó el producto. Se alegó con carácter previo la caducidad de la acción de anulabilidad por haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha de suscripción del producto, estando caducada desde el 4 de octubre de 2016 y sin que la demanda se presentase hasta el 21 de marzo de 2019. En cuanto a la acción indemnizatoria, se entiende que estaría prescrita y que en cualquier caso no se daban los presupuestos de incumplimiento en cuanto a la información que debía ser facilitada por la entidad. Señalaba que el precio de referencia para el canje de los valores estaba predeterminado en las condiciones de la emisión y este fue al que se trajeron los valores el 4 de octubre de 2012 (12 ,96 €), según se comunicó a la CNMV el 30 de julio de ese mismo año. Se trataba, por tanto, de un producto análogo a la compra de acciones pero con una retribución establecida, por lo que no existía una ausencia de información en cuanto a sus características, por lo que ni procedía la declaración de nulidad, ni cabía que fuese indemnizada por daños y perjuicios, en tanto en cuanto la demandante conocía perfectamente las características de la inversión y que se trataba de títulos convertibles en acciones del banco de Santander. Como consecuencia de todo ello se interesó la desestimación de la demanda interpuesta.



El Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid dictó sentencia el 4 de marzo de 2020, complementada por auto de 20 de mayo de 2020, en la que se acordó estimar caducada la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento e improcedente la acción de daños y perjuicios al no haberse procedido a la venta de las acciones, por lo que no se podían haber materializado ni cuantificado los daños reclamados.

SEGUNDO.-Recurso de apelación. D^a Nieves Cubero Oliden interpuso recurso de apelación contra esa sentencia alegando error de valoración de prueba en la sentencia dictada en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios solicitada. Se entendía que la prueba había acreditado la existencia de daños y perjuicios, independientemente de que las acciones no hubieran sido vendidas. Por otro lado, se entendía acreditada la inexistencia de entrega efectiva de documentación precontractual y la falta de asesoramiento durante la vida del contrato, por todo lo cual debía estimarse su petición de ser indemnizada en concepto de daños y perjuicios tal y como se había interesado en su demanda.

Subsidiariamente, y como segundo motivo del recurso, se alegó la inexistencia de caducidad de la acción de anulabilidad, por todo lo cual se solicitó la revocación de la resolución dictada en primera instancia, la condena al Banco de Santander, S.A. a indemnizar daños y perjuicios de conformidad con lo reflejado en el suplico de la demanda o, en su defecto, a la anulación del contrato, con expresa condena en costas en ambas instancias.

Admitida a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dió traslado del mismo a la entidad apelada que dentro del plazo concedido formuló las



alegaciones que estimen pertinentes interesando la confirmación de la resolución dictada en primera instancia.

TERCERO.- Delimitación del objeto del recurso. Con carácter previo a analizar el primer motivo del recurso conviene destacar que la sentencia dictada en primera instancia estimó la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad que había sido opuesta por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda entendiéndose que habían transcurrido más de cuatro años en el momento de interponer la demanda desde que se consumó la operación en el año 2012. La parte demandante, pese a ser la acción de anulabilidad la ejercitada con carácter principal en su demanda, impugna el pronunciamiento estimatorio de la excepción de forma subsidiaria en su recurso, de modo que, siguiendo el orden establecido en el escrito de interposición presentado, habrá de analizarse previamente la procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Por otro lado, la parte demandada, en cuanto a la acción indemnizatoria amparada en el artículo 1101 del Código Civil por incumplimiento contractual, alegó la prescripción, debiendo entenderse rechazada la excepción opuesta en el auto aclaratorio, sin que la parte demandada haya formulado impugnación de la posible existencia de un gravamen eventual en el caso de revocación de la resolución dictada en primera instancia. Por tanto, no había reproducido la excepción de prescripción en esta segunda instancia a través de un recurso interpuesto por la demandada debe entrar seguidamente a analizarse la pretensión indemnizatoria por incumplimiento contractual recogida en el escrito de demanda y que en la sentencia de primera instancia se descartó por no haberse procedido a la venta de las acciones entregadas en el momento del canje, lo que descartaba que se pudiesen reclamar daños y perjuicios.



A mayor abundamiento, y en lo que a la prescripción se refiere, debe señalarse que en ningún caso podría estar prescrita por no ser de aplicación el plazo de cinco años, sino el de quince, de modo que en el momento de interponerse la demanda no podría estar prescrita. Tal y como señalara esta APM en sentencia de 19 de junio de 2020, Sección 25ª (Rollo de apelación 105/20): “La acción para hacer valer esta pretensión se encuentra sujeta al plazo de prescripción general de las acciones personales establecido en el artículo 1964 del Código Civil. Plazo prescriptivo fijado en quince años hasta la reforma de dicho precepto llevada a cabo por la Disposición Final Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre -en vigor desde el 7 de octubre siguiente-, que lo redujo a cinco años.

Y es indiscutible que dicho plazo prescriptivo no había transcurrido, en absoluto, al tiempo de interposición de la demanda, por cuanto para su aplicación ha de tenerse en cuenta el contenido de la Disposición Transitoria Quinta de la reseñada Ley de reforma, 42/2015, de 5 de octubre, relativa al régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes, y conforme a la cual "...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...", que, a su vez dispone 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...".

Efectivamente, producido, en todo caso, el eventual incumplimiento contractual atribuido a la entidad demandada al concluir la adquisición del



producto financiero litigioso, en fecha 4 octubre de 2007 -y, por ende, conforme a la legislación entonces vigente, por plazo de quince años (hasta octubre de 2022)- es evidente que el mismo no puede considerarse cumplido, en ningún caso, hasta el 4 de octubre de 2020, a los cinco años de la vigencia del nuevo plazo prescriptivo”.

CUARTO.- Incumplimiento de contrato: deber de información.

Daños y perjuicios. Antes de abordar si existen o no perjuicios acreditados, Pese a no haberse procedido a la venta de las acciones, argumento esgrimido en el auto de complemento dictado en primera instancia, ha de analizarse El alcance del deber de información que incumbía a la parte demandada en esa operación y si fue o no debidamente cumplido a la luz de las pruebas practicadas.

Pues bien, esta sección ya tuvo ocasión de analizar un caso análogo en sentencia de 18 de septiembre de 2020 entendiendo que el producto financiero litigioso es complejo y atípico que fue emitido con el objeto de financiar la totalidad de las acciones de ABN Amro Holding N.V. mediante de la OPA formulada sobre por el consorcio constituido por Banco Santander, The Royal Bank of Scotland Group PLC y Fortis N.V./Fortis S.A/N.V.. El funcionamiento y rentabilidad de los Valores se hallaban ligados al desenlace de la operación, ofreciendo diferentes características esenciales en atención a que el consorcio adquiriera el ABN Amro o no mediante la OPA.

Así, en éste último supuesto, los Valores Santander serían un simple valor de renta fija con vencimiento a un año. Devengarían una remuneración a un tipo del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los Valores y serán amortizados en efectivo, con reembolso de su valor nominal y



la remuneración devengada y no pagada, el 4 de octubre de 2008. La remuneración se pagaría trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de 2008. Los Valores tendrían las mismas características si, aun adquiriéndose ABN Amro por el Consorcio, Banco Santander no hubiese emitido las Obligaciones Necesariamente Convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008.

Asimismo para el supuesto, como ha sido el caso, de adquisición por el Consorcio del ABN Amro mediante la OPA, los valores dejaban de ser un producto de renta fija y devenían canjeables por Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, eran necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada Valor será canjeado por una Obligación Necesariamente Convertible por su valor nominal; mientras las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración o, por su delegación, la Comisión Ejecutiva de Banco Santander ejecute el acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles. El canje de los Valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles (y automática conversión de éstas por acciones) podría ser: 1) Voluntario, a decisión de los titulares de los Valores: El 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; y 2) Obligatorio, el 4 de octubre de 2012, fecha en la que todos los Valores que se encuentren en circulación en ese momento serán obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander (previo canje por las Obligaciones Necesariamente Convertibles y conversión de éstas. El tipo de interés al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles y hasta el 4 de octubre de



2008 será del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los Valores. A partir del 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, será del Euribor + 2,75%. La remuneración que, en su caso, se acuerde, será pagadera trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de cada año.

Por tanto, a partir de la adquisición de ABN Amro, el producto financiero se canjea en unas obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco de Santander a precio predeterminado. No era un simple bono convertible puesto que obligaba a convertir a su vencimiento en acciones del Banco lo invertido, de modo que el cliente asumía el riesgo de la Bolsa sin la ventaja de comprar y vender en cualquier momento acciones a su precio de cotización, asumiendo el riesgo de los descensos en la cotización de las acciones al tiempo de su conversión. A partir de esa fecha es un producto complejo, de renta variable e híbrido, pues si bien inicialmente se tratan de bonos/obligaciones con una rentabilidad variable, posteriormente, a partir de la consumación del contrato, el cliente no recupera el capital invertido y deviene accionista del Banco con un coste prefijado en el contrato al valorar cada una de las acciones a canjear en el 116 % de su cotización cuando se emiten las Obligaciones Convertibles, de manera que dependiendo de la cotización de las acciones en bolsa, el resultado final podría suponer un beneficio pero también un quebranto económico para el inversor, dada la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones al tiempo de su conversión (en este sentido, entre otras, SSAP de Asturias, Secc. 6ª, de 27 de abril de 2015 (ROJ: SAP O 1014/2015) y de Madrid, Secc. 20ª, de 30 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP M 17548/2016)).



Consideramos que al producto descrito le resulta de aplicación la doctrina establecida en la STS de 17 de junio de 2016 al resolver sobre la nulidad del contrato de suscripción de bonos convertibles en acciones, en la que al dilucidar sobre la naturaleza de éstos se declara que " ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado", añadiendo más adelante que " además, si tenemos en cuenta 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".

Pues bien, en la contratación de los productos financiero complejos como el litigioso, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar y de hacerlo con suficiente antelación. Así resulta en primer lugar del art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de



inversión en el ámbito de los valores negociables, al establecer que dichas empresas tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes". Asimismo, del art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información "clara, correcta, precisa, suficiente" que debe suministrarse a la clientela sea "entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Y también del art. 79 bis LMV en su reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007".

En el presente caso no es de aplicación ésta última norma, puesto que los Valores Santander fueron suscritos en septiembre de 2007 y por tanto con anterioridad a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que modificó la redacción de la Ley de Mercado de Valores, por tanto ese deber de información se halla sujeto a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores anterior a la entrada en vigor de la normativa MIFID, que en sus arts. 78 y ss. se exigía a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, con expresa mención a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurase de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. En particular, el art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la obligación de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados". Asimismo el Real Decreto



629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores. En el apartado relativo a la información a los clientes cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar, que 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, así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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 las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Como recuerda entre otras la STS de 15 de septiembre de 2015 con cita de la STS de 10 de septiembre de 2014 , "con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba "una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. 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". En este mismo sentido la STS de 13 de enero de 201 (ROJ: STS 26/2017).

En definitiva, la normativa aplicable atribuye gran trascendencia a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión y exige que sea completa y comprensible. Como también declara la citada STS de de 17 de junio de 2016 aplicable al caso, " En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo (...) dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. (...) El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión. (...) el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este



precio, se recibirá más o menos capital en acciones. Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. ... la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, ... No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, "

Conviene recordar que la apelantes cliente minorista, a los que la normativa sectorial reseñada otorga la máxima protección imponiendo a las entidades prestadoras de servicios de inversión un riguroso deber de información y que carece de conocimientos especializados en el tipo de producto financiero contratado. Sobre esta base resulta conveniente traer a colación que conforme a doctrina jurisprudencial de la que es exponente la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 " 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".

Por otra parte en la sentencia apelada se asume también que no basta una somera explicación del contenido del tríptico resumen de las características del producto sobre la base de la firma de la orden de compra de los Valores Santander que contiene la declaración predispuesta en la que el ordenante manifiesta haber recibido con carácter previo dicha documentación. Como



expresa la STS de 12 de enero de 2015, con cita de la STS núm. 244/2013, de 18 abril, resultan irrelevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato, al declarar que " 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 predisuestas 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". En consecuencia sobre la base de su entrega, no puede entenderse tampoco probada la comprensión por los clientes de características del producto, ni podría entenderse cumplida la obligación de informar que incumbe a la entidad que prestó el servicio de inversión, pues es una obligación activa y no de mera disponibilidad.

En definitiva, no consta que el Banco hubiera facilitado esa información previa, por lo que, como señalara la citada sentencia de la Sección 25ª, "esa obligación de asesoramiento imponía, asimismo, a la entidad financiera, por imperativo de la normativa protectora de consumidores y usuarios de indudable aplicación a la relación contractual establecida entre un particular -consumidor- y el banco -empresario en el ejercicio de su actividad empresarial-, y, por otro lado, por virtud de la normativa pre MiFID, vigente al tiempo de la suscripción del producto financiero litigioso, la obligación de asegurarse, en primer término, de que disponía de toda la información necesaria sobre los clientes demandantes; y, en segundo término, a informar a éstos, antes de la perfección



del contrato en cuestión, de los riesgos que comportaba la operación, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contiene en el artículo 7 del Código Civil. Y para el cumplimiento de ese deber de información no bastaba con que ésta fuera imparcial, clara y no engañosa, sino que debía incluir, de manera comprensible, información adecuada sobre el instrumento financiero y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumento o estrategia”. Por consiguiente, como ha precisado, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015, "... constituye doctrina jurisprudencial constante que, tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, como en la normativa pre MiFID (el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación...".

“En base a dicha obligación de asesoramiento -como ya se dejó razonado por esta misma Sala, en su sentencia de 18 de abril de 2017, asumiendo la doctrina establecida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016-, y para que la inversora demandante pudiera valorar correctamente el verdadero riesgo de su inversión, la entidad demandada venía obligada a informarle cumplidamente, de modo esencial, no tanto de lo que pudiera suceder a partir del canje -puesto que cualquier inversor, con independencia de su perfil o de su experiencia, conoce que el valor de las



acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja y, por tanto, ser conscientes que a partir del canje su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones-, sino de lo que podía suceder antes del canje; es decir, debía facilitar a su cliente la información necesaria y adecuada para que al inversor le quedase meridianamente claro que las acciones que iba a recibir no tenían por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compraron los títulos canjeables, sino que podían tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrían perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Debiendo tenerse presente, en este punto, que como precisó la ya citada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, "... El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas..."".

Esta insuficiencia de la información previa ofrecida por la entidad bancaria demandada constituye un claro incumplimiento de los deberes inherentes a la obligación de asesoramiento que le incumbía y, por ende, un incumplimiento de los deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero contractualmente asumido.

“Tal incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento - que indudablemente constituía una de las obligaciones asumidas por la entidad bancaria demandada, frente a la demandante, en virtud de la relación jurídica que les ligaba-, obliga a la entidad demandada, conforme a lo prevenido por el artículo 1101 del Código Civil, a resarcir (...) los daños y perjuicios derivados



del mismo. Así lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -Sentencia de 30 de diciembre de 2014-, al afirmar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, total o parcial de la inversión.

Alcanzada la conclusión de que existió un incumplimiento de la parte demandada en el deber de información de los riesgos inherentes a la operación, hemos de analizar si existe o no un perjuicio reclamarle, pese a lo señalado en el auto de complemento dictado en primera instancia. Lo cierto es que el hecho de que no se hayan vendido las acciones en modo alguno descarta que ese perjuicio se haya producido.

En efecto, tal y como se han señalado en diversas resoluciones de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, entre ellas la sentencia de la Sección 25ª de 19 de junio de 2020, la cuestión relativa a la determinación y concreción de los daños y perjuicios originados por dicho incumplimiento contractual ha venido a quedar definitivamente zanjada tras la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020, al precisar -reiterando la doctrina ya recogida en su Sentencia de 14 de febrero de 2018- que tales daños y perjuicios no pueden concretarse únicamente en la pérdida de la inversión sufrida, esto es, en el importe de la disminución finalmente sufrida por el capital invertido, sino que han de tenerse también en cuenta los rendimientos obtenidos, por los demandantes, del producto en cuestión.

Efectivamente, se razona por el Alto Tribunal en la reseñada Sentencia:



"... 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.

"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 artículo 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".

De tal forma que también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados "resarcir económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa comercial"...".

Desde esta perspectiva, los daños y perjuicios sufridos por la actora, a consecuencia del incumplimiento contractual imputable a la entidad demandada, se han de concretar en el importe de la disminución finalmente sufrida por el capital invertido -5.000 euros-, en el momento del canje de los Valores Santander en acciones, compensada con los rendimientos obtenidos por la actora de los Valores Santander hasta ese momento; por cuanto es evidente que tal es el verdadero perjuicio originado por el incumplimiento contractual de la entidad demandada que determinó la suscripción, por la demandante del producto financiero litigioso - Valores Santander-. Las vicisitudes que con posterioridad hubieren podido sufrir las acciones obtenidas en el canje resultan totalmente ajenas al incumplimiento contractual que genera la obligación de indemnizar.

Por tanto, la entidad demandada deberá indemnizar a la actora en la cantidad resultante de minorar el importe abonado por su adquisición (5.000 euros) en el valor que tenían las acciones obtenidas en el canje, en el momento en que éste fue efectuado -instante en el que quedó plenamente determinado y liquidado el perjuicio real y efectivamente originado como consecuencia del incumplimiento contractual apreciado- compensada con los rendimientos



obtenidos por la actora de los Valores Santander hasta ese momento. Cantidad que únicamente devengará los intereses legales establecidos ope legis por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente sentencia que efectúa, por primera vez, el correspondiente pronunciamiento de condena, y por cuanto es en este momento en el que se fija y concreta la responsabilidad contractual de la demandada y la liquidación del perjuicio sufrido por la actora; por lo que no resulta procedente la condena al pago de intereses moratorios, conforme a lo establecido por los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, al no resultar reprochable a la entidad demandada condenada situación de mora alguna, por la inexistencia de fijación, determinación y liquidez de la deuda, ya que ha sido preciso el proceso, y esta segunda instancia, para ello.

Por tanto, debe estimarse el recurso interpuesto para estimar íntegramente la demanda interpuesta, en su petición subsidiaria, en lo que a la indemnización de daños y perjuicios se refiere, lo que supone la condena de la parte demandada al pago de las costas causadas en primera instancia.

QUINTO.- Costas. De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación del recurso, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Nieves Cubero Oliden, representada por el Procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu,



contra la sentencia dictada en fecha 4 de marzo de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid, en autos de juicio verbal nº 452/2019, seguidos entre dicha litigante y el Banco de Santander, S.A., bajo la representación procesal del Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, debo revocar y revoco la resolución impugnada, en el sentido dedeclarar la responsabilidad civil de la entidad demandada, Banco Santander,S.A., condenando a dicha entidad a indemnizar a D^a Nieves Cubero Oleden, en la suma resultante de minorar el precio abonado por la compra de los un título denominado " Valores Santander", por un importe de 5.000,00 euros, en el valor que tenían las acciones obtenidas en el canje, en el momento en que éste fue efectuado, compensada con los rendimientos obtenidos por la actora de los Valores Santander hasta ese momento. Cantidad que únicamente devengará los intereses legales establecidos ope legis por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente sentencia.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

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



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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación magistrado único 465 firmado electrónicamente por LUIS PUENTE DE PINEDO