

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 45 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932862

Fax: 914932864

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0080347

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 483/2020

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. ALBERTO JOSE CUELLAR ANDREU y otros 4
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

Demandado: BANCO SANTANDER SA
PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEJOO

SENTENCIA Nº 11/2022

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D. JUAN ANTONIO LARA DOMÍNGUEZ

Lugar: Madrid

Fecha: trece de enero de dos mil veintidós

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por DON FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de DON DAVID CUÉLLAR ANDREU, DON OSCAR CUÉLLAR ANDREU, DON EDUARDO CUÉLLAR ANDREU, DOÑA ANA-BELÉN CUÉLLAR ANDREU y DON ALBERTO-JOSÉ CUÉLLAR ANDREU, con la asisten de los letrados Sres. Navarro García y Ortega García, se interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO DE SANTANDER en el ejercicio de las acciones de incumplimiento contractual y nulidad por la adquisición de los “valores Santander”, en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que se estimaban de aplicación acababa solicitando que se dicte sentencia por la que se declare principalmente la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales de información tanto a nivel activo como pasivo en fase precontractual, contractual y postcontractual, y en sus méritos se proceda a la Indemnización de Daños y Perjuicios, condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad invertida, QUINIENTOS MIL EUROS (500.000.-€), menos los intereses cobrados por mis mandantes, así como los dividendos procedentes de las acciones o cualquier tipo de rentabilidad o cantidad que acredite la demandada haber pagado a mis mandantes, restando el valor de las acciones a día de canje o en su defecto cuando el juzgado determine, o en el que caso de venta de la totalidad de las mismas o parte de ellas se proceda a la reducción del importe obtenido con las citadas ventas, dicho importe resultante habrá de considerarse como el daño efectivo que devengará el interés legal desde la interposición de la demanda o, en su caso, subsidiariamente desde que se liquide dicho daño, y todas las costas de este pleito; SUBSIDIARIAMENTE, se declare la nulidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mis mandantes a causa del incumplimiento de BANCO SANTANDER, S.A. de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de



la orden de compra de dichos valores, y contratos que estén vinculados con la citada compra, y en sus méritos conforme al art.1303 C.Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mis mandantes como principal la cantidad de QUINIENTOS MIL EUROS (500.000.-€), menos los intereses cobrados por mis mandantes según se acrediten por la adversa a lo largo de este procedimiento o en todo caso a determinar en ejecución de sentencia, más el interés legal del importe invertido desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANCO SANTANDER S.A o entidad que ésta designe sobre los VALORES o ACCIONES objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre las mismas. Y en el caso de que se hayan vendido las mismas, o parte de ellas, sean deducidas dichas cantidades.

Segundo.- Emplazada la demandada contestó a la demanda oponiéndose, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y de los que deducía la petición de que se dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y condene en costas a la parte actora.

Tercero.- Convocadas las partes a la Audiencia Previa comparecieron todas ellas y tras ratificarse en sus respectivos escritos de demanda y contestación, ser oídos en cuanto a la impugnación de documentos y la fijación de hechos controvertidos, se propuso la prueba que se estimó pertinente que fue admitida en los términos en los que consta en la grabación de la vista. Llegado el día del juicio se practicó la prueba propuesta con el resultado que obra en autos, tras lo cual y concluido por las partes quedaron los autos pendientes de esta resolución, demorada por la carga de trabajo que pesa sobre el juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De la adquisición de los “valores Santander”.

No es controvertido que el 4 de octubre de 2007, los actores, los hermanos Cuéllar Andreu suscribieron con la entidad demandada, cada uno de ellos, 20 títulos de los “valores Santander” por un valor por cada una de las compras de 100.000 euros, es decir, un total de 500.000 euros.

Junto con la demanda se aportaron sendas órdenes de suscripción de valores en un único folio descriptivo, en lo esencial del número de títulos y del importe satisfecho.

No se indican en la orden las condiciones particulares de la operación si bien se consigna en el formulario que antes de la firma se ha recibido y leído el “Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documentos de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba en la casilla importe solicitado”.



Sin embargo se sostiene en la demanda que en ningún momento se entregó folleto alguno a los actores, ni se les informó de que los valores se convertirían en acciones de Banco Santander ni las condiciones de la conversión.

El demandado aportó con la contestación a la demanda tanto el tríptico como la nota de valores (documentos 7 y 8) sin embargo los mismos fueron impugnados por el actor que señaló que ninguno de estos dos documentos estaba firmado por sus patrocinados, lo que es cierto, resultando cuando menos sorprendente que no se conserve ni uno sólo de los ejemplares que, todos y cada uno de los inversores debía haber suscrito.

Como quiera que el resto de la prueba practicada se limitó al interrogatorio de los actores que negaron conocer el detalle de la operación hay que concluir que efectivamente toda la prueba de la información facilitada por la entidad financiera a los actores es, estrictamente, lo que se contiene en la orden de suscripción.

Señala la demandada, insistiendo en ello en la audiencia previa, que en realidad esta orden de suscripción forma parte de una operación más amplia que incluía las adquisiciones realizadas por las empresas “CABAGUA, S.A. y CONSTRUCCIONES MONTE BOYAL, S.L. (de las que los Hermanos Cuéllar eran consejeros y/o administradores) también suscribieron en el mismo acto otras dos órdenes de compra por importes muy superiores, a saber: CABAGUA, S.A. invirtió por valor de 1.000.000 euros y CONSTRUCCIONES MONTE BOYAL, S.L. adquirió títulos por valor de 500.000 euros”.

Sin embargo lo aportado respecto de estas empresas es exactamente lo mismo, es decir, los documentos 3.1 y 3.2 que consisten en dos órdenes de suscripción de títulos. No consta quien firmó en nombre de aquellas entidades estos documentos si bien los actores fueron unánimes en señalar al padre de los actores como quien dirigía las finanzas de aquellas entidades y lo cierto es que este hecho se viene a reconocer por la demandada que señala precisamente a D. Eufrasio Cuellar Santamaría, como el “portavoz de la “Familia Cuéllar”, a quien tampoco consta que se documentara en forma alguna sobre esta operación ni sus características.

Segundo.- Valores de Santander. Obligación de información.

La emisión de los Valores Santander ha sido objeto de pormenorizado estudio, además de por múltiples sentencias de las Audiencias Provinciales, del Tribunal Supremo que en STS de 25/05/2021 (Roj: STS 2117/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2117) vino a determinar las características de la emisión y las obligaciones de información que se derivaban del tipo de producto, inequívocamente complejo que se comercializaba por el propio Banco.

Pese a su extensión la claridad de la resolución permite sintetizar lo que verdaderamente es el objeto de este procedimiento.

Dice en lo esencial: **“CUARTO.- Decisión de la Sala. Los denominados Valores Santander como producto financiero complejo. Obligaciones de información de la entidad de servicios de inversión.** 1.- Como se ha dicho en el fundamento jurídico primer, en septiembre de 2007 el Banco Santander se propuso adquirir, mediante una OPA, el banco holandés Amro y para financiar dicha adquisición emitió un producto



financiero denominado " Valores Santander " (en adelante, los valores), cuyas condiciones dependían del éxito de la OPA, de manera que si se no se culminaba, los valores serían una inversión de renta fija con vencimiento a un año; pero si la OPA se cerraba con éxito, los valores se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco Santander, de manera optativa en los periodos anuales establecidos en las condiciones de emisión y obligatoriamente en el último año, con un límite de duración de cinco años. 2.- Se estableció que, en el momento de su conversión en acciones, cada valor se cambiaría por acciones valoradas al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción durante los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones necesariamente convertibles. Ello suponía que no se compraban directamente acciones cotizadas, sujetas a la fluctuación de su valor en el mercado secundario, sino un producto sometido a otros factores de aleatoriedad. Conforme a la propia dinámica de la operación, Banco Santander tomaba dinero de sus clientes a cambio de unos bonos retribuidos con un interés del 7,50% TAE el primer año y un Euribor más 2,75% después, hasta su vencimiento en octubre de 2012. Pero junto a este funcionamiento inicialmente sencillo, debe tenerse en cuenta que, al final de la operación, el banco no devolvía el dinero recibido más sus intereses, sino unas obligaciones necesariamente convertibles en acciones. Con la peculiaridad de que las acciones que los clientes acabarían recibiendo en contraprestación a su inversión no estarían valoradas a su precio de mercado en la fecha del vencimiento en 2012, sino conforme a un precio fijado al contratar el producto y una prima del 16%. La particularidad y, con ello, el riesgo, residía en que, si las acciones se mantenían o subían, el cliente recibía unas acciones con un precio mejorado, es decir, obtenía beneficios; pero si durante el tiempo intermedio entre la suscripción y la conversión las acciones bajaban, el cliente cobraría con acciones sobrevaloradas respecto de su valor final de mercado, por lo que tendría pérdidas en su inversión. 3.- La explicación que se contenía en el folleto registrado en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, era bastante más parca, porque decía: "Con ocasión de cada canje de los Valores Santander, las obligaciones necesariamente convertibles entregadas a los titulares de los Valores que hayan acudido al canje serán convertidas, a su vez, en acciones Santander. De este modo, los titulares de los Valores Santander que procedan a su canje adquirirán, indirectamente, acciones Santander ". Y en el tríptico entregado al cliente únicamente figuraba que, al cumplirse los cinco años, los valores se convertirían automáticamente en acciones del Banco Santander; o también en cada aniversario de la emisión durante los cuatro primeros años. En ambos casos, con remisión al folleto registrado en la CNMV. **4.- Pues bien, conforme a las características expuestas y, pese a la parquedad explicativa de los documentos mencionados, los valores litigiosos deben ser calificados como un producto financiero complejo, en los términos de la legislación del mercado de valores, porque: (i) el precio de reembolso no es conocido de antemano, (ii) el inversor puede perder todo o parte de lo invertido y (iii) su valor último depende del valor de otro producto (derivado). Por ello, los bonos necesariamente convertibles en acciones son considerados por la CNMV como productos complejos (Guía de la CNMV sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos). (...)** 5.- En la fecha en que se realizó la adquisición no se había promulgado la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV, por lo que no era exigible que se realizaran los test de conveniencia e idoneidad a que se refiere el motivo. No obstante, ello no quiere



decir que no hubiera obligación de información al cliente sobre los riesgos asociados al producto, porque, a lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa. Además, debe tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. En particular, el art. 5 del anexo de este RD 629/1993 establecía: "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos". 6.- Como declaramos en la sentencia 411/2016, de 17 de junio, en que tratamos un producto financiero muy similar al que ahora es objeto de enjuiciamiento, en el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que 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. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos. 7.- Advertíamos en dicha sentencia que 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 títulos que van a ser objeto de conversión, 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. **Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en**



una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que 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. **8.- Si nos atenemos a lo expuesto, aunque la documentación (folleto y tríptico) no fuera suficientemente expresiva, la valoración jurídica efectuada por la Audiencia Provincial sobre la suficiencia de la información suministrada al cliente es correcta, en tanto que considera probado que el cliente conocía: (i) que los valores se convertirían en acciones; (ii) que en el ínterin devengarían intereses al tipo fijado de antemano y que la conversión se haría a un determinado precio fijo; (iii) que el resultado de la inversión vendría determinado por el variable de las acciones en el mercado y su valor al tiempo de la conversión, consistiendo en ello el riesgo de la operación; y (iv) que conocía la volatilidad del precio de las acciones que cotizan en mercados secundarios, por lo que sabía que podía tener pérdidas. (...)**”

Tercero.- Perfil de los contratantes. Labor de asesoramiento.

Pues bien, a diferencia del caso que se analizó por el Tribunal Supremo no hay en autos prueba alguna que permita afirmar que alguno de los actores tuviera la más mínima información sobre la naturaleza de un producto ciertamente complejo y muy mal explicado.

Es evidente además que cada una de las órdenes de suscripción es un contrato y que por mucho que insista la demandada en que se trató de una operación de carácter general y no cinco aisladas, cada uno de los suscriptores era cliente suyo, por separado de forma que su obligación de información deviene respecto de cada uno de ellos. Además no se ha probado tampoco que el padre de los actores, tuviera aquella información que no se facilitó a los hijos, ni puede deducirse la desestimación de la demanda por el hecho de que las entidades en las que participaba la familia, y que estaban dirigidas por el padre no hayan demandado al Banco, lo que según aclaró D. Oscar bien puede deberse a la situación concursal de aquellas entidades, CABAGUA, S.A. y CONSTRUCCIONES MONTE BOYAL, S.L.

En cuanto al perfil inversor de los actores lo que consta de D. Eduardo en su perfil de linkedin (10) es que en el año 2007 era consultor en Aguirre Newman, que como es sabido se dedica al mundo inmobiliario y nunca ha trabajado para aquellas empresas, D. Oscar aclaró que en las anteriores empresas su actividad se circunscribía a la vigilancia de las obras, siendo su padre quien se ocupaba de los asuntos financieros, y D. Alberto, está en la misma situación sin que resulte significativo que tenga cargos, la mayoría vencidos, en sociedades con fines tan dispares como el procesado de carne o los frigoríficos (doc 15).

Don Alberto concretó además, que aquellas cuestiones las había tratado su padre con el empleado de la demandada, D. Carlos Alcázar, que no testificó.



Coherentemente con ello la demandada tampoco nos ha aportado un historial financiero de los actores que le hubiera permitido presumir que conocían las complejidades de la inversión que hacían, por una cantidad además nada despreciable.

La anterior precisión permite además establecer que estamos ante una verdadera labor de asesoramiento, en los términos en los que han sido entendida por la jurisprudencia, según se citará más adelante, puesto que no hay ni sólo antecedente aportado por el Banco que explique que, en realidad, la iniciativa para la contratación de este producto provino de los actores y no del propio Banco. En cuanto a este es inequívoco que el diseño de la operación que le permitía la adquisición de otras entidades financieras, le colocaba en la tesitura de obtener para ello la financiación necesaria de forma que es comprensible y razonable que mantuviera una posición comercial proactiva. Por último la propia complejidad del producto en relación con la inexperiencia inversora de los actores, permite asegurar, junto con las anteriores consideraciones, que fue el Banco de quien partió la oferta de inversión, y no a la inversa.

Sucede que además lo reconoce la propia demandada, cuando dice (pág. 12): “En el mes de septiembre de 2007, el personal del Banco informó al público en general y a la Familia Cuéllar en particular acerca de la posibilidad de invertir en los Valores Santander”, lo que ya es reconocimiento suficiente, fundamento sexto, SAP, Civil sección 8 del 08 de junio de 2020 (ROJ: SAP M 15836/2020 - ECLI:ES:APM:2020:15836).

Se alude asimismo como factor de conocimiento a la existencia de un préstamo apalancando la operación, lo que si bien es cierto porque fue reconocido por los hermanos y se deduce de los documentos 5 y 6 de la contestación a la demanda, nada aporta, sobre todo porque no conocemos si en las condiciones del préstamo, que ni siquiera se han aportado para ver si tenían algún otro objeto o en qué circunstancias se concedieron, se hacía indicación alguna que pudiera subsanar las carencias que a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las prueba practicada se han advertido. Pero es que además los propios actores admitieron en el interrogatorio que reconocían el préstamo y que habían renegociado su pago de donde no acaba de entenderse que un negocio determine la suerte del otro.

En cuanto a las cartas remitidas (doc. 29, 30 31), no consta que lo fueran a los actores, ni siquiera su envío, ni hay acuse de recibo, pero es que además difícilmente iban a tener efecto alguno cuando el destinatario para entenderlas, tendría que haber comprendido previamente y disponer de la información esencial relativa a la operación a al que se refieren las misivas.

Cuarto.- Incumplimiento contractual.

Partiendo de lo anterior se puede entrar a resolver sobre el ejercicio de la acción de incumplimiento contractual, en base a lo establecido en el artículo 1.100 del CC, que en este caso concurre al derivarse de aquella falta de información la causación de un daño, equivalente a la pérdida de parte del valor de invertido.

En este sentido la **SAP, Civil sección 4 del 26 de noviembre de 2021 (ROJ: SAP S 1505/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1505)**, en un caso similar, señala: “1) No se cuestiona que la parte actora sufrió un daño, pues perdió parte de la inversión realizada,



ya que, al tiempo de la conversión del producto financiero en acciones de Banco Santander, el importe de la inversión fue superior al de los rendimientos que por todos los conceptos ha recibido la actora; 2) El Tribunal Supremo, pacíficamente, viene admitiendo la existencia de responsabilidad contractual por infracción de deberes informativos (por todas, sentencia de 14 de octubre de 2020); 3) El Tribunal Supremo (por todas, sentencias de 14 de octubre de 2020) **admite la viabilidad de una acción de responsabilidad civil al amparo del artículo 1.101 CC**, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros a un cliente, en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de dicha relación jurídica, siempre que se haya producido un perjuicio patrimonial consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y concurra, como es natural, la obligada relación de causalidad entre dicho incumplimiento y el daño indemnizable; 4) Siguiendo también en esto al Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 14 de octubre de 2020), "para que exista asesoramiento no es un requisito la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea esta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición". Y, obviamente, al prestarse ese asesoramiento en el marco de la relación contractual de adquisición del producto de inversión que acabó siendo contratado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes de información tiene naturaleza contractual; 5) Si, como dijimos ut supra, el producto contratado era de riesgo, la información precontractual suministrada fue muy deficiente, y los inversores perdieron parte de la inversión, es razonable concluir que el daño derivado del déficit informativo consistió en la pérdida parcial de la inversión, y tuvo en dicho déficit su causa, pues si los actores hubieran conocido el nivel de riesgo que entrañaba la posición, posiblemente hubieran optado por otra clase de productos."

Esta resolución viene siguiendo, por otro lado, la línea marcada por la propia Audiencia de Santa der, SAP, Civil sección 2 del 08 de noviembre de 2021 (ROJ: SAP S 1386/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1386); y con anterioridad Madrid, entre otras muchas en SAP Madrid, Civil sección 9 del 11 de mayo de 2021 (ROJ: SAP M 5539/2021 - ECLI:ES:APM:2021:5539) SAP Madrid, Civil sección 20 del 26 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP M 14618/2020 - ECLI:ES:APM:2020:14618); SAP, Civil sección 8 del 08 de junio de 2020 (ROJ: SAP M 15836/2020 - ECLI:ES:APM:2020:15836), entre otras.

Quinto.- Inexistencia de prescripción. Retraso deseal.

Por agotar la cuestión controvertida no es de aplicación en este caso el artículo 945 del C. Co, que la jurisprudencia ha excluido con claridad en todos aquellos casos en los que la entidad demandada comercializa sus propios productos.

Por todas, **SAP, Civil sección 8 del 08 de junio de 2020 (ROJ: SAP M 15836/2020 - ECLI:ES:APM:2020:15836)**: "DECIMO.- Segundo motivo del recurso: subsidiariamente, la acción de indemnización de daños y perjuicios se encuentra prescrita al tiempo de interposición de la demanda. La sentencia núm. 209/2019 de 24 mayo., dictada en el recurso de apelación nº 407/2018, de la Sección 3º de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife respecto de la excepción alegada por la apelante con



fundamento en el art 945 del Comercio dice:"la excepción de prescripción de la acción aquí examinada, formulada por la entidad demandada al contestar a la demanda y reiterada de nuevo en esta alzada, se sustenta en la aplicabilidad al caso del artículo 945 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) ("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") y de la jurisprudencia que lo interpreta, debe fracasar. Y ello por ser claro que no nos encontramos ante una acción ejercitada frente a un agente mediador de comercio, sino ante una entidad que presta servicios de inversión, pretendiéndose, además, mediante el ejercicio de la acción objeto de examen y valoración, la determinación, con amparo en lo establecido, con carácter general, en el artículo 1.101 del Código Civil , de la existencia de un incumplimiento contractual imputable a la entidad demandada, lo que conllevaría la declaración de responsabilidad civil derivada de dicho incumplimiento, debiendo tenerse en cuenta, en este extremo, que la acción para reclamar la correspondiente responsabilidad contractual, con fundamento en el antes mencionado artículo 1.101, se encuentra sujeta al plazo de prescripción general de las acciones personales establecido en el artículo 1.964 del Código Civil ; plazo prescriptivo que era de quince años hasta la reforma de este precepto realizada por la Disposición Final Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre (RCL 2015 , 1525) -en vigor desde el 7 de octubre siguiente-, que lo redujo a cinco años, siendo patente que, conforme resulta de la Disposición Transitoria Quinta de la aludida Ley 42/2015, referida al régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes, "... 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 1.939 del Código Civil ...", disponiendo, a su vez, este último 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...". Esta Sección hace suyos los razonamientos de la referida sentencia de Santa Cruz de Tenerife, y por ende estima que el pazo de prescripción es el cinco años del art. 1964 del CC, sin que haya transcurrido el de 5 años que establece el referido precepto en su actual redacción, siendo el dies a quo el día de la conversión de los bonos en acciones ,que tuvo lugar el en julio de 2012, aun tomando como fecha el apunte contable, esto es, el 10 de julio de 2012 'liquidación por canje/conversión e interpuesta la demanda el 22 de septiembre de 2016,la acción de daños y perjuicios está viva. La STS nº 82/2009 de 23 febrero dictada en el recurso de casación nº 2292/2003,citada por la apelante para justificar el plazo de prescripción del art 945 del C.Comercio dice:" " La ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1.988, del mercado de valores - artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda - en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa, convierten al artículo 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes". Esta sentencia estimamos que no es de aplicación al caso concreto dado que estamos en presencia de una relación contractual como es la compra por la actora al Banco de Santander(vendedor) de sus bonos con base en la información



que facilito aquel a aquella, y que resulto manifiestamente deficiente, incumpliendo su obligación de informar al cliente. En este caso el banco de Santander no actúa por cuenta de su cliente, el actor comprador, sino que ambos actúan en nombre propio.”

En cuanto al retraso desleal tampoco concurre a la vista de la fecha del ejercicio de la acción en abril de 2020. En este sentido SAP, Civil sección 4 del 26 de noviembre de 2021 (ROJ: SAP S 1505/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1505): “NOVENO.- También excepciona la demandada que la demandante actúa con retraso desleal en el ejercicio de sus derechos, lo que no se advierte, puesto que habiéndose producido el canje en 2012, la presentación de la demanda se produjo en septiembre de 2019, tiempo este (siete años) que este Tribunal no considera excesivo”, solución que por los mismos motivos cabe aplicar en este caso.

Sexto.- Consecuencias.

Resta por último determinar las consecuencias del incumplimiento sobre la base del perjuicio causado lo que, en realidad, viene a reconducirnos a la disciplina de la nulidad en la medida en que la indemnización correspondiente es la misma que resultaría de restituir a los actores al momento anterior a la suscripción de los valores (art. 1.303 CC).

Examinadas demanda y contestación se advierte la práctica coincidencia entre lo pedido por uno y lo estimado correcto por el otro, con alguna salvedad.

Por establecer cierta guía, aunque en todo caso hay que estar a lo solicitado por las partes de acuerdo con el principio dispositivo, la SAP Civil sección 2 del 26 de octubre de 2021 (ROJ: SAP S 1346/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1346) viene a considerar correctamente fijada la indemnización en el importe que resulta de restar de la cantidad invertida los rendimientos obtenidos por el producto Valores Santander hasta la fecha de su canje en julio del 2.012 y el valor de las acciones, con los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

El demandante se acoge precisamente a este esquema que le supondría recuperar la cantidad invertida, menos los rendimientos de la inversión, que el demandado cuantifica en 119.983.20 euros (i), las acciones obtenidas como consecuencia del canje, que el demandado concreta en 38.580 acciones (ii), o el valor de venta junto con el interés legal conforme a lo previsto en el artículo 1.307 del CC, y los dividendos obtenidos por las acciones que el demandado cuantifica en 103.664,50 euros (iii), es decir, los mismos tres conceptos.

La diferencia entre uno y otro estriba en que en la demanda se prescinde del cómputo del interés legal que el demandado incluye tanto respecto de la cantidad que le correspondería abonar a los actores como respecto de las que debería percibir de aquellos, resultando que la cantidad que ha de restituir (principal) es algo superior a la que ha de recibir (rendimientos, dividendos y acciones), en una aplicación literal del artículo 1.303 del CC que incluye la cosa con sus frutos, por lado, y el precio con su interés por otro.

Sin embargo, en la medida en que la petición del actor se acoge estrictamente a la jurisprudencia que se ha dictado y como quiera que su cálculo, en la forma pedida por el



actor, no supone perjuicio para el demandado habrá de estarse a lo solicitado sin que pueda dictarse una resolución más gravosa para este que la interesada en la demanda, so pena de incurrir en incongruencia. Así se pronunció en un caso similar también sobre los valores Santander la A Provincial de Madrid en la SAP, Civil sección 4 del 26 de noviembre de 2021 (ROJ: SAP S 1505/2021 - ECLI:ES:APS:2021:150).

Por último solicita el demandado que entre las cantidades que se hayan de minorar se incluyan (iv) los dividendos que se perciban hasta la fecha de ejecución de sentencia, lo que no se compadece con el carácter declarativo de esta resolución que determina la nulidad de la suscripción de la orden de valores y por extensión del canje y adquisición de las acciones, de forma que desde la fecha de esta sentencia no debería abonarse dividendo alguno que hubiera ser retornado, sin perjuicio de los ajustes oportunos hasta que gane firmeza, en su caso.

La demanda se acogió en cuanto a la determinación de la cuantía del daño a lo previsto en el artículo 219.1 de la LEC, es decir, a la fijación clara de las bases de cálculo del importe de la condena cuya concreción queda diferida al trámite de ejecución de sentencia, si fuera preciso, pues así fue instado en la demanda.

Del daño calculado en la forma indicada no procede reducción alguna, a tenor de lo previsto en el artículo 1.103 del CC, precepto que deber relacionarse con lo previsto en el artículo 1.107 del CC, cuando de lo que se trata es del simple restablecimiento del patrimonio a una situación anterior a aquella en la que tuvo lugar el efecto de la falta de información, la cual constituye una obligación legal específica que ha de cumplir precisamente y de forma especialmente diligente la entidad financiera, que no está al mismo nivel que el inversor minorista, de forma que no puede hablarse de un reparto de indiligencias o responsabilidades. Tanto más cuando en este caso el Banco colocaba un producto que le interesaba de forma singular no sólo por la operación en sí, sino por su destino abocado al beneficio y expansión del propio Banco, por lo que debió extremar con mayor celo sus obligaciones.

Séptimo.- La estimación de la demanda conlleva la imposición de las costas a la demandada conforme a lo previsto en el artículo 394 de la LEC.

En su virtud,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por DON DAVID CUÉLLAR ANDREU, DON OSCAR CUÉLLAR ANDREU, DON EDUARDO CUÉLLAR ANDREU, DOÑA ANA-BELÉN CUÉLLAR ANDREU y DON ALBERTO-JOSÉ CUÉLLAR ANDREU, debo condenar y condeno a Banco de Santander a restituir a los actores la cantidad de 500.000.-€, minorada (i) en el importe de las cuantías recibidas como rendimientos de la inversión hasta la conversión de los Valores Santander en acciones del Banco y (ii) en el importe de los dividendos percibidos derivados de las acciones adquiridas, debiendo igualmente los actores (iii) devolver a la demandada las acciones obtenidas por la conversión de los Valores Santander en octubre de 2012 o, en el caso de su venta, el producto de su venta más el interés legal. El saldo resultante devengará en favor de los actores el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda, incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia. Se imponen las costas a la demandada.



Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2539-0000-04-0483-20 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 45 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2539-0000-04-0483-20

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

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

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



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por JUAN ANTONIO LARA DOMÍNGUEZ