



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4

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

Proc.: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Nº.: 0000715/2019
NIG: 3907542120190010848
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000196/2020

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	MARIA MERCEDES OYARZABAL VALORIA	FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU
Demandante	PEDRO MARIA OYARZABAL VALORIA	FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU
Demandante	SANDRA MARIA OYARZABAL VALORIA	FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU
Demandante	JOSE ALBERTO OYARZABAL VALORIA	FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU
Demandado	BANCO SANTANDER SA	RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA nº 000196/2020

En Santander a treinta de septiembre de dos mil veinte.

El Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros, Magistrado Juez de Primera Instancia nº 4 de Santander y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario 715/19 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandantes D. Pedro M^a Oyarzabal Valoria, D^a M^a Mercedes Oyarzabal Valoria, D^a Sara M^a Oyarzabal Valoria y D. José Alberto Oyarzabal Valoria representados por el procurador Sr. Diego Blasco Mateu y asistidos del letrado señor Ortega García y de otra como demandada la entidad Banco Santander S.A. con Procurador señor Vesga Arrieta, y asistido por el Letrado Sr. Fernández de Retana Gorostizagoiza sobre anulabilidad o indemnización de daños derivadas de contrato bancario, y ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se turnó a este Juzgado procedente de la oficina de reparto demanda de juicio ordinario suscrito por el/la procurador/a Sr. Blasco en la representación mencionada en la que tras relatar los hechos base de su demanda y alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

caso terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de la demanda y se declarara, de manera sucesiva, las siguientes consecuencias:

Principalmente la nulidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mis mandantes a causa del incumplimiento de Banco Santander 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 artículo 1303 del Código Civil se proceda a la restitución de las prestaciones, condenando a la demandada a devolver a mis mandantes la cantidad de 120.000€ menos los intereses cobrados según se acrediten por la adversa a lo largo de este procedimiento y 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 de Santander sobre los valores o acciones objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre las mismas.

Subsidiariamente se declare 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 de 120.000€, menos los intereses cobrados así como los dividendos procedentes de las acciones o cualquier tipo de rentabilidad o cantidad que acredite la demandada haber pagado a mí mandante, restando el valor de las acciones a día de canje o en su defecto, cuando el juzgado determine, y todas las costas de este pleito.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda y se tuvo por parte legítima al referido procurador en nombre y representación del actor según lo acreditaba por poder e incoando el procedimiento correspondiente se acordó dar traslado a la parte demandada para que contestara a la misma. La parte demandada contestó en plazo. Citadas las partes comparecidas para la Audiencia Previa, tuvo lugar el 20 de diciembre de

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e6793d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIA==

2019, con los efectos que se encuentran recogidos en el DVD correspondiente. Se señaló para la celebración de juicio el día 24 de marzo de 2020, pero en dicha fecha no se pudo llevar a efecto al encontrarse suspendidos los plazos procesales como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma. Se señala nueva fecha para el día 29 de septiembre de 2020.

TERCERO.- En dicha fecha se lleva a cabo la prueba admitida consistente en la testifical de los empleados del banco Sr. Nicolay y Sra. García Revuelta, que se practicó quedando constancia en el DVD que constituye la documentación del juicio. Se concluyó por las partes personadas como a su derecho convino y quedaron los autos para sentencia, que se dicta en el plazo legal.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de algunos de los plazos por el trabajo que pesa sobre este órgano judicial, las vicisitudes a las que anteriormente se ha hecho referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PREVIO.

Como se ha puesto de manifiesto tanto en la demanda como en la contestación, los actores son los herederos de D^a Lucia Valoria Merino, la cual adquirió en el mes de octubre de 2007 títulos del producto financiero denominado Valores Santander cuyo importe nominal era de 120.000 €.

En el petitum de la demanda se solicita que se declare sucesivamente la anulabilidad o la responsabilidad por incumplimiento del contrato, con obligación de restituir los 120.000 € pagados por la parte actora. Para decidir la cuestión es necesario en primer lugar establecer en qué consiste dicho contrato y posteriormente determinar si han concurrido en la contratación los defectos que se ponen de relieve por la parte actora.

Como se desprende tanto de la demanda como de la contestación, así como de las múltiples sentencias citadas por las partes se trata de una materia ampliamente tratada por los tribunales, y nos atendremos a las

resoluciones que sobre ello han recaído, especialmente las de nuestra Audiencia Provincial, pero también teniendo en cuenta las de otros órganos judiciales, como luego veremos. No obstante ello, y como se pone de relieve de la profusa documentación aportada por las partes, las resoluciones judiciales distan mucho de ser unánimes en esta materia.

SEGUNDO-. LOS VALORES SANTANDER.

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

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

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

c.- Por su vinculación a la OPA descrita, la evolución de la emisión resultó también vinculada al resultado de esa operación. En consecuencia, se fijaban las siguientes condiciones: 1.- Si llegado el día 27 de julio de 2.008 el Consorcio no adquiría ABN Amro mediante la liquidación de la OPA -o si aun adquiriéndose Banco Santander no hubiese emitido las obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA- los valores emitidos se amortizarían el 4-10-08, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés fijo del 7,30%. 2.- Si, por el contrario, antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, los valores emitidos se convertirían en

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIA==

obligaciones necesariamente convertibles en acciones de la demandada, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones), y devengando un interés anual (7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos) pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión en acciones del Banco, con lo que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico.

d.- La conversión podía realizarse de dos modos: de forma voluntaria, anualmente y a iniciativa del inversor, u obligatoriamente transcurridos cinco años desde su emisión (en concreto, el 4 de octubre de 2012). No obstante, la Junta de Accionistas del Banco acordó el 30 de marzo de 2012 conceder a los titulares de los Valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión los 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, 4 de julio, 4 de agosto y 4 septiembre de 2012..

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

f.- El éxito, pero también el riesgo, de la inversión dependería del valor de esas acciones en el momento de la conversión. De este modo, si en el instante de la conversión, la cotización de la acción del Banco fuera superior a la predeterminada de 16,04 €, los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento. Sin

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIA==

embargo, en caso contrario, si el valor de la acción fuese inferior al precio de referencia, los contratantes adquirirían acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha. Sea cual fuera, en consecuencia, la evolución de la acción del Banco, el cliente siempre recibiría un número ya determinado de acciones. El precio de referencia de las acciones a efectos de conversión quedó establecido en 16,04 € por acción.

g.- Llegado el 4 de octubre de 2012, se produciría la conversión forzosa a la cotización predeterminada anunciada en la nota de valores y en el tríptico informativo (docs. nº 4 y 5). Se adoptaron dos instrumentos antidilutivos: de un lado, la Junta General de Accionistas fijó un precio de conversión un 16%, superior al precio de mercado; del otro, para los titulares de Valores Santander fue minorando el precio inicial de referencia (16,04 euros) a efectos de conversión, como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de la entidad demandada. En consecuencia, el precio de referencia definitivo de conversión el 4 de octubre de 2012 fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el 30 de julio de 2012 (documento nº 22).

h). En el presente supuesto la causante de los actores acudió a la conversión forzosa. Se ha puesto de relieve por la parte demandada que es en octubre de 2012 cuando se produce la conversión . En ese momento le correspondieron 9.259 acciones del Banco de Santander, por lo que el perjuicio, en aquellos momentos, era superior al 50% de lo invertido. Con posterioridad se han venido percibiendo dividendos y acciones del propio banco como consecuencia de programas de reinversión.

i) Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018: “La CNMV impuso a Banco de Santander una multa de 16,9 millones de euros por la comercialización de estos valores, al no haber facilitado a los clientes la información necesaria.”

TERCERO.- NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbe21NIA==

Se interesa en primer lugar por la parte demandante que se declare la nulidad relativa o anulabilidad del contrato al haberse incurrido en vicio de error, que hace que el consentimiento no sea eficaz.

Sin embargo, en estos supuestos no es ya necesario entrar en cada uno de los requisitos que se exigen por la jurisprudencia para estimar la referida acción. En efecto, la parte demandada pone de relieve que la acción de nulidad se encuentra caducada al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil. En el mismo se establece que dicha acción sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a correr, en el caso del error, desde la consumación del contrato.

La jurisprudencia se ha venido pronunciando también sobre esta forma de extinción de las acciones.

El Tribunal Supremo ha sentado ya una consolidada doctrina sobre cuando se inicia el plazo para computar la citada caducidad.

En la sentencia de 29 de junio de 2016 se dice que: "El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.» Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes."

En la sentencia de 3 de marzo de 2017 se recoge lo siguiente:" En la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero , 435/2016, de 29 de junio ,

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

718/2016, de 1 de diciembre, hemos afirmado que en 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 positivas o 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."

En la sentencia del mismo tribunal de 27 de febrero de 2017 se establece que la remisión por la entidad bancaria de estadillos en los que aparezca una pequeña variación en el valor de las preferentes no tiene entidad suficiente para ser considerado un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Nuestra Audiencia Provincial al interpretar esta jurisprudencia es todavía más radical, como aparece en la sentencia de fecha 28 de octubre de 2016 en la que se recoge lo siguiente: "Es irrelevante para establecer si había o no transcurrido el plazo de caducidad el que la sociedad demandante pudiera haber alcanzado o no, a raíz de las liquidaciones negativas que comenzaron en 2008, conciencia de su error al contratar, pues el plazo de caducidad comienza a correr "desde la consumación", no desde que se disipa el error en que hubiera incurrido el contratante que lo esgrime como causa de anulabilidad. Esto sí sucede en los casos de intimidación o violencia, en que el plazo de caducidad comienza a correr "desde el día en que éstas hubieren cesado".

Pues bien, en el presente supuesto nos encontramos con que el plazo de consumación del contrato es, evidentemente, el momento en el que se produce la conversión de los bonos en acciones. En esa fecha la actora tiene conocimiento de los perjuicios que se le han ocasionado con este contrato y puede proceder a ejercitar la acción correspondiente. En este

caso la conversión tiene lugar en el mes de octubre de 2012. Como la demanda se ha presentado en el mes de junio de 2019, es evidente que en ese momento habían transcurrido los cuatro años que establece la norma precitada.

Como es conocido la institución de la caducidad no admite interrupción alguna, por lo que solo la presentación de la reclamación judicial pondría fin al transcurso del plazo. Se ha presentado la demanda con posterioridad a que el mismo se hubiera agotado por lo que no resultaría en ningún supuesto posible la apreciación en este supuesto de la nulidad por vicio en el consentimiento.

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

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

En este sentido se pronuncia la A.P. de Cáceres en su sentencia de 2 de diciembre de 2015 en la que recoge que: “ Conforme al art. 1101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco. No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 244/2013, de 18 de abril, en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

«estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas»”.

Como se decía por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de esta plaza en su sentencia de 28 de marzo de 2017: "la jurisprudencia más reciente (SSTS 10-7-15, 30-12-14 y 18-4-13) entiende que no cabe descartar que el incumplimiento grave por parte del banco de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero (más concretamente el incumplimiento del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa exigibles al proponer al cliente la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo no adecuados a su perfil de riesgo) pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de la inversión, aunque lógicamente sea preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. Esta pretensión subsidiaria sí debe estimarse, toda vez que, como reiteraba la citada STS 10-7-15, el incumplimiento por el banco del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible, al proponer a un cliente la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo aconsejable, supone un incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales, apto para imputar ex art. 79 bis 6 LMV a quien

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

presta un servicio de asesoramiento financiero la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor del producto adquirido; siendo por tanto viable ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de esos deberes, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado, siendo ese perjuicio la pérdida de la inversión.”

QUINTO- PRESCRIPCIÓN.

Se alega por la parte demandada que la acción indemnizatoria estaría prescrita al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 945 del Código de Comercio. En esta norma se establece lo siguiente: “La responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de Buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años.”.

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

Sin embargo, no es tampoco pacífica la aplicación de la mencionada doctrina, pues algunas Audiencias mantienen que efectivamente el plazo de prescripción de este tipo de actuaciones debe ser el referido de tres años, y otras entienden que resulta de aplicación el de 15 años general. A este respecto nos encontramos con que la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 17 de octubre de 2016, después de hacer una enumeración de los tribunales que están a favor de una u otra postura dice lo siguiente: “El Tribunal Supremo diferencia nítidamente en estas dos resoluciones los diversos plazos aplicables en este tipo de procedimientos sobre productos financieros complejos: a) el plazo de prescripción de tres años del artículo 945 CCOM (EDL 1885/1) para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión; b) el plazo de 4 años, de caducidad, del artículo 1301 CC (EDL 1889/1) para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento; y c) el plazo de quince años, de prescripción, del artículo 1964 CC (EDL 1889/1) para el resto de

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

las acciones, ahora reducido a un plazo de cinco años, de acuerdo con la redacción dada al mismo por la Ley 42/2015 (EDL 2015/169101). Por ello la solución a la cuestión planteada es simple, pues basta determinar qué acción se ejercita y aplicar el régimen legal correspondiente. Partiendo de las consideraciones anteriores, basta examinar la demanda interpuesta para encontrar la respuesta al problema jurídico planteado. La citada audiencia termina inclinándose por el plazo de 15 años al considerar que la acción que se ejercitaba ese caso era de resolución contractual.

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

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

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

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

No se puede olvidar tampoco a este respecto que la institución de la prescripción se ha considerado por la jurisprudencia una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por lo que

su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (S.T.S. de 25 de noviembre y 20 de octubre de 2016, entre otras muchas). Por ello en casos como el presente en los que resulta dudosa la aplicación de uno u otro plazo se debe optar por el más favorable para la parte que ejercita la acción.

SEXTO.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

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

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

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

a) los Valores Santander son un producto bancario que tiene la calificación de complejo de conformidad con lo que se ha recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, antes mencionada. Se basa para ello en el artículo 79 bis ocho de la Ley del Mercado de Valores y mantiene que así lo considera también CNMV. Dice que a través de ellos el banco se recapitaliza siendo su principal característica que al inicio tienen un interés fijo mientras dura el bono pero

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

después se convierte en acciones con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Por ello estima nuestro más alto tribunal que no solamente es un producto complejo sino también arriesgado lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa de manera que le quede claro que a pesar de que en un primer momento su aportación en dinero tiene similitud con un depósito a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y puede producir la pérdida de la inversión.

b) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a estos efectos sigue la del TJUE, el simple ofrecimiento de un producto de inversión a un cliente minorista entraña asesoramiento. Esto supone que el banco debe mirar en primerísimo lugar por el interés del cliente y no por el propio y debió preguntarse si la inversión convenía a este. Existiendo un objetivo e importante conflicto de intereses entre el banco de Santander y el cliente se debían anteponer los intereses de este a los de aquel e informarle de ese conflicto y de que, como no podía ser de otra manera, el banco buscaría siempre el beneficio propio. La existencia de este asesoramiento se vuelve a ratificar en la sentencia de nuestra Audiencia Provincial de 1 de febrero de 2018 en la que se dice que: "Existió en este caso servicio de asesoramiento proporcionado por la entidad bancaria. Su labor no se limitó a la "Mera Ejecución", es decir, a la simple intermediación en la ejecución de órdenes de inversión dadas por el cliente, sino que existió servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras (hoy, art. 79 bis 6 LMV), que se produce cuando la entidad financiera le asesore, puntual o regularmente, sobre la inversión en determinados instrumentos o productos, o bien cuando le gestione la cartera y el cliente está confiando en la entidad la selección de productos, la toma de decisiones de inversión y la ejecución de operaciones por su cuenta (gestión discrecional o asesorada). Como se afirma en las SSTs 26 de febrero y 17 de junio de 2016, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta

la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.”

c) A la hora de la venta deberá desmenuzar y hacer comprensibles al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los valores sin limitarse a entregar este documento, pues el mismo maneja unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista. La propia sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2016 establece que el mero hecho de entregar un tríptico en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida la obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. La obligación informativa que establece la normativa del mercado de valores es una obligación activa no de mera disponibilidad. Sobre la limitación de la información de los trípticos se pronuncia también la sentencia de 1 de febrero de 2018 de nuestra Audiencia Provincial.

d) Aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora productos financieros complejos si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigible. La misma sentencia del Tribunal Supremo tan mencionada recoge expresamente que " el hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas, no los convierte tampoco en clientes expertos." tampoco les convierte en clientes expertos el ser una sociedad mercantil, un empresario, licenciado en económicas, contable o poseer un considerable patrimonio. La citada sentencia de 1 de febrero de 2018 de nuestra Audiencia ratifica que : “ En cualquier caso, el hecho de que pudiera ser un activo contratante no puede tener incidencia definitiva en orden a deducir que la información ofrecida sobre el funcionamiento y riesgos del producto fue la idónea para que el cliente pudiera formarse una idea adecuada, pues ni se prueba que para su comercialización se haya cumplido con las exigencias de información que la normativa impone para cada caso, ni que, como expresaron las SSTs 18.4.2013 y 12.1.2015, el hecho de que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos

financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida, o que como dice la STS 3.2.2016, del hecho de haber participado en un fondo de inversión o en la titularidad de una cartera de valores no se puede extraer el perfil de un inversor de riesgo.”

e) Las manifestaciones realizadas en los juicios por los empleados de la entidad bancaria que negociaron con el actor, más que tener valor de prueba testifical lo tienen de confesión y no es razonable conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que resulten beneficiosos para él, ni otorgar crédito a los testigos que mantienen o han mantenido una estrecha relación profesional con la parte que los propone.

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

g) la información poscontractual tiene también especial importancia, como se pone de relieve por la sentencia tan referida de 1 de febrero de 2018 en la que se recoge que: “Todavía más, y como colofón, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 1 de julio de 2015, que resolvió sobre los recursos interpuestos por el Banco de Santander , S.A., frente a las dos sanciones impuestas por la Resolución de 16 de mayo de 2013 por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro y la por la Orden de 20 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía en relación con la comercialización de "Valores Santander ", permite deducir -más allá de la deficiente evaluación de la conveniencia para el inversor del producto comercializado en las operaciones del mercado secundario- que existió una falta de remisión a los clientes de información periódica sobre su cartera de valores (fundamento de derecho quinto), y que pudiera haber sido relevante en orden a determinar la decisión del cliente para acudir a

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbe21NIAA==

alguna de las ventanas de la conversión voluntaria. Indica así la precitada sentencia que La remisión de información a los clientes efectuada por la recurrente y que se concreta en sucesivos envíos de información fiscal y pago de cupones desde marzo de 2008 a mayo de 2009, así como información sobre las posiciones e informe de valoraciones de fecha octubre 2007 y general sobre "Valores Santander" en la página web, no cumple con las exigencias establecidas, no ya en el RD 217/2008 sino tampoco con las previsiones de la normativa preexistente.

El Banco de Santander debió informar al actor con precisión e intensidad de los siguientes extremos: que si la acción bajaba ello tendría un importante coste. Que tal bajada resultaba perfectamente posible y que la perdida podía ser cuantiosa. Que el objeto del contrato no era el de percibir un interés como entendieron muchos de los clientes, sino arriesgar, de manera que si la acción subía el cliente ganaba y si bajaba perdía.

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

De todo lo que anteriormente se ha recogido nos encontramos con que la obligación principal del banco era ponerle de relieve al cliente que se trataba de un producto con un riesgo importante que podía suponerle la pérdida total o parcial del capital que invertía en él. A este respecto, y por lo que se refiere a la prueba practicada, nos encontramos con que el testigo Sr. Nicolay mantiene que él no se encontraba trabajando en esa sucursal del Banco en el momento en el que se llevó a cabo la contratación, por lo que no puede saber los términos en los que se realizó la misma. Sí nos dice que cuando tiene lugar el canje, en cuyo momento ya sí estaba destinado en dicha sucursal, mostró la fallecida su enfado por no recuperar todo el dinero que había invertido. Por lo que se refiere a la Sra. García Revuelta, que por el banco se indicaba que era la que había

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIA==

comercializado los títulos, nos dice que no recuerda que las vendiera a Lucía, y que de haberlo hecho seguiría las instrucciones que les daba el banco. No se ha acreditado por lo tanto que le explicaran a la compradora de manera clara y concluyente que el producto tenía un importante riesgo y que era francamente desaconsejable para ella.

La parte demandada ha puesto de relieve en la contestación que tenía otros productos bancarios y que por tanto no eran desconocedora de la operativa financiera. Sin embargo, de la documentación aportada, solamente se acredita que tenían fondos de inversión, acciones, pagarés, participaciones preferentes y fondos de pensiones, productos eminentemente distintos que no les podían servir para conocer, ni siquiera de manera aproximada, lo que eran estos estructurados.

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

Pero además de ello en la acción de indemnización que se está ejercitando es necesario que se acredite una relación de causalidad entre dicha negligencia y el daño ocasionado. En este caso no resulta dudoso que se ha producido un daño patrimonial a la adquirente que en el momento del canje voluntario se le entregan acciones en función de un precio predeterminado que no se correspondía con el que en aquel momento tenían en bolsa. El perjuicio que se le ha producido es la diferencia entre la cantidad pagada para la adquisición del producto Valores Santander, 120.000 euros, y las retribuciones de toda índole que haya recibido como consecuencia del mismo, tanto los intereses, dividendos, como el valor de las acciones que se le hayan ido entregando. Entendemos que dicho valor de las acciones se debe computar en el momento en el que se le entregan al cliente, sea por el canje forzoso o por las sustituciones del dividendo que se hayan ido dando.

Se ha puesto de relieve por la jurisprudencia, entre otras por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de enero de 2016 que: “la omisión de información relevante con infracción de los deberes de asesoramiento eficaz imputable a la entidad bancaria, privó a los demandantes de la oportunidad de decidir con pleno conocimiento de las circunstancias concurrentes tanto en el momento de la contratación como a

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

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

Todo ello nos lleva a considerar que se debe indemnizar a los actores por los daños que se le han ocasionado en el presente contrato. Es notorio que tratándose de una indemnización de daños y perjuicios no procede la restitución de la totalidad de la cantidad pagada sino de los daños que se hayan ocasionado.

La cantidad a devolver se determinará en ejecución de sentencia si se interesa por las partes. No procede interés alguno de las cantidades que resulten ya que las mismas no son líquidas hasta esta resolución, en la que se fijan las bases que permiten esta liquidación.

SEPTIMO. - COSTAS.

Las costas en este supuesto se deben imponer a la parte demandada ya que se produce una estimación total de las pretensiones de la actora, aunque sea de la pretensión subsidiaria.

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

FALLO

Estimando totalmente la acción subsidiaria ejercitada en la demanda interpuesta por el procurador señor Blasco en representación de D. Pedro M^a Oyarzabal Valoria, D^a M^a Mercedes Oyarzabal Valoria, D^a Sara M^a Oyarzabal Valoria y D. José Alberto Oyarzabal Valoria contra la entidad "Banco de Santander S.A.", se declara la responsabilidad de la demandada 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

Firmado por:
Justo Manuel García Barros
MARIA LUZ CARBALLO VEGA

Fecha: 30/09/2020 14:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542004-4e679f3d6092da47c8b8e10138a3bbec21NIAA==

indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a devolver a los actores como principal la cantidad de 120.000€, menos los intereses cobrados, así como los dividendos procedentes de las acciones o cualquier tipo de rentabilidad o cantidad que acredite la demandada haber pagado, restando el valor de las acciones a día de canje o de entrega sustitutoria de dividendos.

Se imponen a la parte demandada las costas de esta instancia.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpone ante este tribunal en plazo de VEINTE DIAS contados desde la notificación, conforme a lo que se dispone en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, (BOE 266 de 4 de noviembre de 2009), para interponer recurso contra esta resolución deberá constituirse depósito por la cuantía de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado, lo que deberá acreditarse. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el juez que la dictó, se acuerda por el Sr. Secretario su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en el procedimiento, de lo que yo el Secretario doy fe.