

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-1-2016-0049110

Procedimiento: Procedimiento Ordinario - 001525/2016-

De: D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, -----

Procurador/a Sr/a. DE LOS SANTOS MARTINEZ, LAURA

Contra: D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. DOMINGO BOLUDA, MARIA ISABEL

SENTENCIA núm. 184/17

En Valencia, a 20 de junio de 2017.

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 1525/2016 promovidos por la procuradora de los tribunales D.^a Laura De Los Santos Martínez, en representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien a su vez actúa en representación de los asociados -----, dirigidos por el letrado D. Benjamín José Prieto Clar, contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Isabel Domingo Boluda y asistida por el letrado D. Sergio Sánchez Gimeno, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora de los tribunales D.^a Laura De Los Santos Martínez, en representación de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), quien a su vez actúa en representación de los asociados -----, se presentó el pasado 4 de octubre de 2016, en el Decanato de este Partido, escrito con el que promovía juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Banco Santander, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo el día 22 de noviembre de 2016, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con

condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 8 de marzo de 2017, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

QUINTO.- De conformidad con el art. 431 LEC y concordantes, el día 14 de junio de 2017 se ha celebrado el juicio, con el resultado que obra en acta, registrándose el resultado de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con arreglo al art. 187 LEC.

SEXTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos, dirigida contra Banco de Santander, S.A., pretende la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), que actúa en representación de sus asociados -----, que se declare la nulidad del contrato de adquisición de Valores Santander suscrito por las partes, y en consecuencia sus respectivos canjes, con la recíproca restitución de los importes y de los productos suscritos, respectivamente, con sus intereses legales correspondientes, por existir error vicio en el consentimiento en el momento de otorgar el mismo, dada cuenta de la ausencia de información sobre dicho producto, omitiendo la información necesaria para que la parte actora pudiese comprender el funcionamiento del mismo y los riesgos que le son inherentes. Subsidiariamente a lo anterior, también insta la parte actora la condena a Banco Santander, S.A. a abonarla correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Pretensiones que se fundan en esencia en que:

1.- D. -----, jubilado y ama de casa, respectivamente, tuvieron conocimiento de la existencia de los “Valores Santander” a través del primero de ellos, quien, tras acudir a la sucursal de confianza de la entidad hoy demandada para sacar dinero, fue atendido en el propio cajero por un empleado de la misma que le ofreció la posibilidad de adquirir el producto de referencia indicándole únicamente que se trataba de un producto muy interesante.

Loas actores carecían de conocimientos específicos en materia económico-financiera que les hubiesen permitido en el momento de la suscripción conocer el funcionamiento real del producto, así como los riesgos que le son inherentes.

2.- Una vez D. ----- se reunió con D^a -----, empelada de la demanda, la única información que ésta le ofreció sobre los Valores Santander, fue que la operación consistía en invertir una cantidad de dinero que podría recuperarse sin problemas, y que tras pasar 4 años desde la adquisición podía venderse y comprarse acciones del propio Banco Santander. De esta forma, y a modo resumen, se indicó al cliente que

invertía una cantidad de dinero, que a los 4 años podía sacar íntegramente con un 7% de más en concepto de intereses.

La única información que tenían los actores respecto de los Valores Santander , fue la facilitada por los empleados de Banco Santander a D. -----, la cual resultaba completamente sesgada, puesto que desde la propia entidad bancaria, sin poner a su disposición documentación alguna que explicase en qué consistían los Valores Santander, no se explicó el producto, habiendo sido ofrecido únicamente como un “producto de confianza” y “sin riesgos”; calificativos que ninguna relación guardan con un “Producto Amarillo”.

3.- Ante las condiciones y beneficios ofrecidos, D. ----- regresó a casa y puso todo lo anterior en conocimiento de su mujer, D^a -----, para firmar ambos la pertinente orden de compra de Valores Santander, entendiendo que se trataba de una operación óptima toda vez que con la misma no se asumía riesgo alguno. Así, los demandantes procedieron a la suscripción de Valores Santander por cuantía total de 80.000'00 €, firmando tres órdenes de compra, por valor de 55.000'00, 5.000'00 y 20.000'00 euros, respectivamente.

Cuando el Sr. ----- y la Sra. ----- acudieron personalmente a las oficinas de la entidad demandada para suscribir el producto que previamente se había ofrecido a D-----, la información que les facilitaron los empleados de la entidad demandada fue la misma que D^a ----- había puesto en conocimiento de D. -----, siendo prácticamente nula y completamente ambigua; tanto es así que los actores suscribieron el producto sobre la creencia de que se trataba de un plazo fijo a 4 años durante los cuales no podrían disponer del dinero invertido, si bien una vez finalizado dicho periodo obtendrían la totalidad de su inversión más intereses que computaban al 7%.

4.- Siendo que los actores no tenían conocimientos suficientes sobre el producto de alto riesgo que se disponían a suscribir, la entidad bancaria hoy demandada debería haber dado cumplimiento al deber de información que la legislación vigente y aplicable en ese momento le imponía.

5.- Pasaron los meses sin que los demandantes recibían ningún tipo de documentación sobre el producto contratado.

Llegado el año 2011 cuando la hija de ambos, D^a -----, que había suscrito en idénticas condiciones el mismo producto ,se dispuso a informarse a través de la entidad demandada sobre cómo proceder a la retirada de su capital, por primera vez desde el Banco Santander se explicó que no podía disponer de su dinero, habiendo conocido en ese momento que los valores adquiridos se podían canjear voluntariamente por acciones del Banco Santander, lo que conllevaba una gran pérdida económica, habiéndole aconsejado dejarlo depositado al menos unos años más ya que para entonces el valor de la acción habría aumentado.

Dicha noticia causó gran sorpresa en los actores.

6.- Semanas más tarde acudieron de nuevo los demandantes a la oficina de Banco Santander a reunirse nuevamente con D^a -----, empleada que ejercía por aquel entonces funciones comerciales en la demandada, manifestándole entonces a ésta, la rabia e impotencia que sentían por los productos que les habían “colocado”, indicándole igualmente que se sentían engañadas y utilizadas en beneficio de la propia entidad demandada.

7.- Los Valores Santander se convirtieron forzosamente en Acciones en fecha 4 de octubre de 2012, produciéndose un canje que los actores desconocían por completo dada la falta de información recibida al respecto. La única información que recibieron en este sentido es la que contiene la carta remitida por la entidad demandada a D. ----- en septiembre de 2012, en la que se indica de forma textual lo siguiente: “El próximo 4 de octubre se cumple el quinto aniversario de la emisión de Valores Santander. Le recordamos que transcurrido este periodo y conforme a lo previsto en el folleto relativo a la emisión, los Valores en circulación se convertirán automáticamente en acciones de Banco Santander, por lo que no será necesaria ninguna gestión por su parte.”

SEGUNDO.- Banco Santander, que no discute la adquisición por la actora de los Valores, no obstante si cuestiona la legitimación de la Asociación de Usuarios Financieros para ostentar la condición de parte legítima, al no ser titular de la relación litigiosa, ni estar legalmente habilitada para ejercitar acciones tuitivas de los particulares intereses de sus asociados D. -----, que solo ello podrían deducir conforme al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta excepción fue rechazada en la audiencia previa al juicio. Y es que como se dice en la sentencia 347/2016 de 25 de julio de la sección 6^a de la Audiencia Provincial de Valencia:

“Así, citando la sentencia de SAP, Civil sección 3 del 14 de abril de 2016 (ROJ: SAP CS 512/2016 - ECLI:ES:APCS:2016:512) Sentencia: 155/2016 | Recurso: 906/2015 | Ponente: ADELA BARDON MARTÍNEZ, indicó que: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”.

Ciertamente el contenido del precepto parece que incluye la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociaciones, no obstante esto no resulta exactamente coincidente con lo que establece el artículo 7-3 de la LOPJ en cuanto dispone que “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”, al referirse por tanto a la legitimación de las corporaciones,

asociaciones y grupos para la defensa únicamente de intereses colectivos.

Dentro de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también se ha cuestionado esta legitimación de las asociaciones de consumidores para defender intereses individuales de sus asociados, podemos citar el Auto dictado por la Sección 21, de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 45, de fecha 17 de enero de 2013, (Roj: AAP M 1105/2013 -ECLI: APM:2013:1105A), donde se hace mención incluso al contenido de diferentes opiniones doctrinales en los siguientes términos: "La mayor parte de la doctrina procesalista española conviene en mantener que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art 11 regula la legitimación para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, y así se indica por ejemplo en los comentarios realizados por Gimeno Sendra en su "Proceso Civil Práctico", e igualmente lo mantienen Garberí Llobregat en su obra "Los Procesos Civiles", en cuyo texto dice que el art 11 a que nos referimos precisamente se introdujo en la Ley Procesal a fin de reforzar la tutela de los consumidores y usuarios, o los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los comentarios de la misma dirigidos por el Excmo. Sr. Xiol Ríos, siendo éste igualmente el criterio mantenido por Moreno Catena".

Pero lo que resulta innegable es que el Tribunal Constitucional en las resoluciones que menciona la parte apelante mantiene un criterio diferente en esta cuestión. Así podemos referirnos en primer lugar a la STC núm. 219/2005, de 12 de septiembre, en la que se establece que "A esos efectos, y en el particular relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, este Tribunal ha declarado, en primer lugar, que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constado que "por expresa previsión legal las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios ; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio)" (STC 73/2004 , FJ 5). En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercuta, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004 , FJ 6)".

En el mismo sentido la STC núm. 217/2007 de 8 de octubre, al referirse a la misma cuestión también ha indicado que "Es decir, contrariamente a lo resuelto primero por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y finalmente en el Auto impugnado, de los preceptos legales citados, en su redacción vigente a la fecha de dictarse aquella resolución judicial, se desprende una inequívoca opción del legislador a favor del

reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores legalmente inscritas y registradas, tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones individuales (art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil), entendiéndose que la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados trasciende el mero interés particular cuando la reclamación guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, como ocurre en el caso de los seguros por expresa determinación del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, anexo I, apartado C, núm. 14, en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios...

En concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre , FFJJ 2 y 3)".

TERCERO.- En la demanda se insta la nulidad del contrato litigioso, bien, por incumplimiento del deber de información y de la falta de veracidad de la información suministrada, bien por vicio del consentimiento, por la actuación dolosa, bien por vulneración de normativa de carácter imperativo.

Dicho esto, debemos distinguir entre nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva o la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato; siendo apreciable de oficio, y con efectos frente a todos. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos.

Así las cosas, la acción de nulidad por infracción de ley, no puede acogerse, pues como se razona en la sentencia de la sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de mayo de 2016, "(...) al trasponerse la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español, no se estableció , como consecuencia jurídica del incumplimiento obligacional precontractual de obtener y dar o proporcionar información, la nulidad del negocio jurídico de adquisición, por el cliente, del producto financiero a través de la intermediación de la entidad. Nada le impedía al legislador español establecer esta sanción jurídica de la nulidad pero lo cierto es que no la estableció. Y sin que pueda invocarse el apartado 3 del artículo 6 del Código Civil ("Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención") para interesar la nulidad del negocio jurídico. Pues como se dice en el párrafo segundo del número 10 del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 323/2015 de 30 de junio de 2015 (nº de recurso 2780/2013): "Debe

tomarse en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. En concreto la Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la Directiva MIFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» en el artículo 99.2.z bis de la Ley de Mercado de Valores , lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas- artículo 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores -". Reiterando lo que ya se había proclamado en el fundamento de derecho 13 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 716/2014 de 15 de diciembre de 2014 -nº de recurso 48/2013 -."

Aun cuando la parte demandante habla de nulidad en relación a la existencia de vicio del consentimiento por error, dicha valoración no puede ser acogida, como fundamento de la nulidad absoluta. Y es que la invocada nulidad en realidad se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

Así, nos encontramos con que la parte actora quiso contratar, pero mantiene que expresó su voluntad viciada en su consentimiento al creer que concertaba un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio, siendo así que manifiesta desconocía los riesgos elevados de concertar el producto en litigio.

En suma se trataría con una nulidad relativa y no ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.

CUARTO.- Invocada por la parte demandada la caducidad de la acción de nulidad, por el trascurso del plazo de 4 años establecido en el artículo 1.301 del Código Civil, debe recordarse la doctrina resultante de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, de 12 de enero de 2015, en que se razona que:

"Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer

casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, 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 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."

Así las cosas, para poder determinar día inicial del plazo de ejercicio de la acción, es preciso concretar previamente la naturaleza jurídica, características y riesgos del producto contratado, cuya ignorancia habría determinado precisamente el error en el consentimiento.

Mientras que la demandada pretende asimilar los valores objeto de la litis, a la mera adquisición de acciones, por su parte, la actora lo tilda de complejo. Siendo esta última interpretación la más acorde a las características del producto, pues como se indica en la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 01 de febrero de 2016, "(...) los " Valores Santander" se emitieron para financiar la operación de adquisición de la totalidad de las acciones del Banco ABN Amro por parte del Consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis,

por lo que la emisión quedó vinculada al éxito de esa operación. El emisor no fue directamente Banco Santander, sino " SANTANDER EMISORA 150, S.A., UNIPERSONAL", de la que Banco Santander era único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés del 7,30 %. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander". Es decir, los " Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes."

En consecuencia, como también se dice en la antedicha sentencia "(...) los " Valores Santander", necesariamente convertibles en acciones, presentaban una elevada rentabilidad inicial, y una rentabilidad posterior que era variable. El riesgo estribaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse las obligaciones, amén de que el canje ya se estableció que se haría por el 116 % de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16 % del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no estaba garantizado, y, además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribuible o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander."

Y es por todo ello que se colige que estamos "(...) ante un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, -lo que es diferente de ser un producto " complejo" en el sentido usual de la palabra, es decir prolijo, complicado de entender u oscuro, aunque pueda serlo en ambos-, pues se trata de obligaciones convertibles, y como tal instrumento financiero complejo se encuentra por tanto sujeto a dicha normativa (art. 79 bis 8, en relación con el art. 2.2 LMV). El propio Manual de Procedimientos para la venta de productos financieros del Banco de Santander, así lo reconoce (Doc. 18 de la demanda, fol. 8)."

Pasando ya al examen del concreto supuesto enjuiciado, el día inicial del cómputo de plazo de la prescripción debe retrotraerse al año 2011; puesto que en el escrito de demanda se reconoce que: "Llegado el año 2011 cuando la hija de ambos, D^a -----, que había suscrito en idénticas condiciones el mismo producto se dispuso a informarse a través de la entidad demandada sobre cómo proceder a la retirada de su capital, por primera vez desde el Banco Santander se le explicó que no podía disponer

de su dinero, habiendo conocido en ese momento que los valores adquiridos se podían canjear voluntariamente por acciones del Banco Santander, lo que conllevaba una gran pérdida económica, habiéndole aconsejado dejarlo depositado al menos unos años más ya que para entonces el valor de la acción habría aumentado.” Es más, también se expone en el escrito rector de estos autos, que: “[s]emanas más tarde acudieron de nuevo los actores a la oficina precitada a reunirse nuevamente con D^a -----, la empleada que ejercía por aquel entonces funciones comerciales en la demandada, manifestándole entonces la rabia e impotencia que sentían por los productos que les habían “colocado”, indicándole igualmente que se sentían engañadas y utilizadas en beneficio de la propia entidad demandada.”

Resulta por tanto, que al tiempo de interponerse la demandada el 3 de octubre de 2016 la acción para instar la nulidad relativa había caducado, por lo que no es posible entrar en el examen de la misma.

QUINTO.- Caducada la acción principal, procede examinar la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios. Acción cuya viabilidad ha sido admitida por la jurisprudencia al respecto, siendo buen ejemplo de ello la sentencia 10 de julio de 2015, en que se dice que:

“En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre , ya advertimos que no cabía «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.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del «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». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de

indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión."

SEXTO.- Debe quedar claro, que el mero incumplimiento de los elevados de información exigidos, no ampara las pretensiones resarcitorias, si independientemente de si la demandada cumplió o no con la normativa vigente, el cliente conocía o llegó a conocer al tiempo de la contratación los riesgos cuya concurrencia han sido determinantes de los daños por los que se reclama.

Se trata por tanto, a la luz de lo que resulta de esta doctrina del Alto Tribunal, de determinar si el banco incumplió sus obligaciones de información, diligencia y lealtad, y si como consecuencia de este incumplimiento se ocasionó a la parte actora un perjuicio que no tenía porqué soportar.

En cuanto al concreto deber de información, pese a que al contrato en cuestión, no le es de aplicación la Ley 47/2007, que traspuso la Directiva MiFID, y que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008.; no obstante debe tenerse en cuenta que la normativa pre- Mifid, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, su artículo 16 y Código de Conducta, ya contenía, las más importantes obligaciones que se recogieron en la Directiva Mifid y posterior Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero de 2008. Normativa que establecía que las entidades que ofertan productos de elevada complejidad financiera, deben solicitar de los clientes la información necesaria para su correcta identificación y sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Siendo esa información clara, correcta, precisa y suficiente para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

En concreto en el artículo 16 de la LMV, bajo la rúbrica "Información a la clientela sobre operaciones realizadas", establecía un deber de información con la debida diligencia sobre todas las operaciones de sus clientes; y su Anexo, denominado "Código General de Conducta de los mercados de valores", contenía además unos específicos deberes de actuación en el marco de la operación en el mercado de valores: (i) con imparcialidad y buena fe, prohibiendo a la entidad inducir a la realización de un negocio con el fin exclusivo de obtener el un beneficio propio; (ii) con cuidado y diligencia; (iii) facilitando toda la información disponible al cliente, información que sea 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, etc.

Asimismo, debe quedar claro que los deberes de información por parte de la entidad financiera, como así se dice en la sentencia del Tribunal Supremo 20 de enero de 2014 "(...) responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CCy en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)."

SÉPTIMO.- Efectuadas las anteriores precisiones, procede ya entrar en el examen del actuar de la demandada, y la medida en que cumplió con el deber impuesto. Y todo ello partiendo de una premisa fundamental, cual es que como se señala en la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con remisión a la sentencia de esa misma Sala de 9 de mayo de 2012, "(...) la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir a la entidad de crédito. Entre otras muchas es de ver la SAP Zaragoza (secc 5) 19-3-2012 ,que sostienen que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar". (En el mismo sentido SSAP Gijón (secc. 7) 21-11 - 201 , 18-3-2012 , 23-2-2012 , 25-7-2011 ; SSAP Oviedo 7-11-2011 , 21- 2- 2012; SAP Burgos (secc. 3) 7-3-2012 ; SAP León (secc. 2) 5-3-2012 ; SAP Mérida (secc 3) 23-2-2012)." Y es que como también se señala en la sentencia de 20 de marzo de 2014, "[e]sto debe ser puesto en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga de la prueba entren en juego en todas sus vertientes y más concretamente en cuanto a la flexibilidad de las mismas."

OCTAVO.-En el concreto caso enjuiciado, la testigo D.^a -----, empleada de la demandada, pretende que informó debidamente a sus clientes. En este sentido, la deponente ha manifestado que indicó que pasados cinco años los valores se convertían obligadamente en acciones del Banco Santander, pudiendo ser vendidos en el ínterin en el mercado secundario. Ha sido contundente la testigo al responder con un tajante "para nada", al ser preguntada sobre si los actores podía pensar que contrataban un plazo fijo. Según la testigo "no se hablaba en ningún momento de garantía", dado que no se garantizaba el capital.

No obstante, las anteriores manifestaciones no son suficientes para probar que se dio

una información correcta. Y ello por cuanto quién la debió prestar, es precisamente quien fue la encargada de cumplir la obligación, y no puede esperarse de ella otra cosa que el respaldo de la entidad que les paga el sueldo por dar cumplimiento a la venta de este tipo de productos.

Pero es que la testigo, que ha reconocido que no se leía a los clientes el tríptico en su integridad, ha incurrido en un claro desconocimiento de una de las principales características o circunstancias de los Valores Santander. Efectivamente, al ser pregunta sobre cómo se hacía la conversión de los valores en acciones, ha dicho que había un precio de canje para el que se tomaba como referencia la cotización de las acciones en los cinco días anteriores a la fecha de la conversión. Y este, el de la fecha de conversión, es precisamente donde radica el riesgo de los Valores. De hecho el peligro consiste en la posibilidad de que las acciones del Banco Santanderino puedan bajar en su cotización. Y ello por cuanto la valoración de las acciones tendría lugar, no al tiempo de la conversión de los valores en acciones, sino, como se señala en el Tríptico aportado como documento 3 de la contestación, “(...) 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 (“Precio de Conversión”)”.

Además, la testigo se ha contradicho, ya que al ser preguntada sobre si hubo una o más reuniones con los actores, ha contestado: “es que hacemos reservas, con lo cual, primero se informaba”. Sin embargo, más adelante en su declaración a negado que hubiera un documento de reserva. Al ser inquirida sobre si hacían firmar a los clientes una reserva de valores, su respuesta a sido, “no que yo recuerde, reserva no”.

En todo caso, debe tenerse presente que el producto fue ofertado a los clientes, como así se desprende de las manifestaciones de la Sra. ----- . Quien ha declarado que “cuando salieron pos Valores Santander, pues, avisamos a los clientes”, así como que “cuando sale cualquier producto se inversión llamanos a los cliente y les vamos informando.

Por otra parte los únicos documentos que constan firmados por los actores relativos a la contratación, son las órdenes de compra (documentos 2, 2 bis y 2 ter de la contestación). Órdenes en las que no consta descripción alguna del producto a adquirir. Sin embargo, en el apartado “Observaciones” se dice que “el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo declara 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”. Mención estereotipada, que en modo alguno justifica la prestación de la información a los clientes, pues como se dice pored Tribunal Supremo en sentencia de 12 de enero de 2015, noson relevantes las menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como

fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.

La ya citado testigo D.^a ----- ha afirmado que entregó el Tríptico a los actores. Tríptico del que se adjunta al escrito de contestación ejemplar (documento 3). Ejemplar que no consta firmado por los demandantes. De cualquier forma, lo cierto es que en el Tríptico no se advierte del riesgo de pérdida del capital, ni siquiera cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración.

Pero es que además, en el Tríptico se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último, que "no se pague remuneración en ningún periodo de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander. €11,5%. TAE: -21,07 %", pero tampoco aquí se hace ninguna referencia a la posible pérdida de capital.

Por otra parte, tras indicarse en el Tríptico que "[l]a Emisión de los Valores ha sido objeto de una nota de valores verificada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 1 de septiembre de 2007 (...)", se dice a párrafo seguido que: "Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda una lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de los valores". Nota de valores en la que, a diferencia del Tríptico, si se señalan de forma expresa los Factores de Riesgo, y entre ellos el de no percepción de la remuneración, así como la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones. Circunstancia que ya de por sí viene a corroborar la insuficiencia de la información facilitada al actor, incluso en el caso de admitirse que se le entregó el Tríptico, puesto que como se dice en la sentencia 226/2016 de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 06 de mayo, la información del Tríptico debe calificarse de incompleta, sesgada e interesada. Y a mayor abundamiento, como también se concluye en la sentencia 226/2016, la redacción de la nota de valores "(...) es compleja y farragosa e impide hacerse una idea cabal sobre la realidad de la operación."

No puede pasarse por alto, que, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015, "(...) la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores

no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios."

Puede por tanto concluirse, a la vista de cuanto se ha expuesto, que la entidad demandada, no cumplió el estándar de diligencia 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).. Este incumplimiento 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 la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida. Concurriendo asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la actora, pues, ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

Procede por tanto condenar a la demandada a abonar en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante, la suma resultante de deducir del capital invertido 80.000'00 € €, tanto los intereses percibidos (a determinar en ejecución de sentencia, y los intereses legales de los mismos, desde su percepción), como el precio obtenido con la venta de las acciones procedentes del canje de los Valores objeto de este pleito. Y es que toda vez que la indemnización del daño tiene como objeto compensar en la medida de lo posible al que lo padece, de manera que sufra en la menor medida posible sus efectos, debe descontarse de la suma a indemnizar las rentas recibidas durante la vigencia del producto litigioso. Se trata de restablecer el patrimonio del perjudicado a la situación en que se encontraba con anterioridad al mismo, para lo que deben minorarse no solo lo obtenido por la venta de las acciones, sino también los rendimientos obtenidos. Y ello dado que la acción ejercitada no puede amparar enriquecimiento alguno en el patrimonio del perjudicado.

NOVENO.- En cuanto al devengo de intereses se dice en la sentencia de la sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia SAP de 14 de julio de 2016 ., que: "No procede tampoco aplicar a la cantidad invertida el interés legal del dinero desde la fecha de la inversión porque no estamos ante un efecto legal de una declaración de nulidad del negocio, por lo que no cabe aplicar el art. 1303, CC . Sólo proceden los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108, ambos del Código Civil . En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su SAP de Valencia, Sec. 9^a, de 2 de marzo de 2016, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1106/15 : "La acción entablada no tiende a restituir las prestaciones para lograr o reponer el equilibrio al momento del contrato, sino que la estimación de la acción debe fijar el daño y perjuicio y como ello se recoge en la sentencia pero aplicando los parámetros fijados en la propia demanda, (...) los intereses de tal cantidad líquida juegan desde la interpelación judicial".

DÉCIMO.- Pese a que se han estimado en su integridad las pretensiones de la parte

actora, no obstante, no pueda condenarse en costas a la demandada habida cuenta las dudas de derecho que concurren en relación con la legitimación de la Asociación actora para ejercitar acciones relativistas a los particulares intereses de sus asociados. Dudas a las que se hace referencia en la sentencian.º 791/2015 de 24 de noviembre, de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia. En todo caso, buen prueba de la controversia suscitada sobre esta cuestión, es la sentencian.º 97/2017, de 19 de abril, de la Sección 8 de la misma Audiencia Provincial de Valencia, en que se concluye la falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante, “(...) porque no se demanda un interés colectivo sino uno particular de una persona que forma parte de la asociación lo que entendemos esta fuera del espíritu y finalidad de los artículos antes citados.”

FALLO

Que rechazando las acciones de nulidad absoluta y nulidad relativa, respecto de esta última por apreciar la caducidad de la acción, y estimando la acción deresponsabilidad contractual, interpuesta por la procuradora de los tribunales D.ª Laura De Los Santos Martínez, en representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien a su vez actúa en representación de los asociados -----, contra BANCO SANTANDER, S.A., representado por la procuradora de los tribunales D.ª Isabel Domingo Boluda, relativa las tres órdenes de compra de Valores Santander, por valor de 55.000'00, 5.000'00 y 20.000'00 euros, respectivamente, condeno a la entidad demandada a que abone en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante, la suma equivalente a la devolución del capital invertido (en total 80.000'00 €). Suma de la que se detraerá el importe de los intereses percibidos por la parte actora (a determinar en ejecución de sentencia), así como el precio de venta de las acciones obtenidas con el canje (y sus intereses). La suma resultante devengará el interés legal desde la interposición de la demanda. Y todo ello sin efectuar condena en costas, por concurrir serias dudas de derecho en relación con la legitimación de la Asociación actora para ejercitar acciones relativistas a los particulares intereses de sus asociados.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a veinte de junio de dos mil diecisiete.