

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 19

VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º

Procedimiento: Asunto Civil 001480/2016

SENTENCIA Nº 160

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA JOSÉ PEIRÓ ASPURZ, en comisión de servicio para refuerzo de los Juzgados de Primera Instancia de Valencia

Lugar: VALENCIA

Fecha: dos de junio de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: PRIETO CLAR, BENJAMÍN JOSÉ

Procurador: OLIVER FERRER, LAURA

PARTE DEMANDADABANCO SANTANDER SA

Abogado: SANCHEZ GIMENO, SERGIO

Procurador: DOMINGO BOLUDA, MARIA ISABEL

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por la procuradora Dña. Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de [REDACTED] contra BANCO SANTANDER, S.A., basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora Dña. Isabel Domingo Boluda, en nombre y representación de la entidad demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absolviera a su representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.-Se convocó a las partes a la audiencia previa y, comparecidas las mismas se comprobó que el litigio subsistía entre ellas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la

LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.-Practicada la prueba, se formularon las conclusiones por las partes, quedando el juicio concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora presentó demanda contra BANCO SANTANDER S.A., para que, en esencia se declare la nulidad de la compra de valores Santander de fecha 09/08/2007 así como su canje posterior por acciones principalmente por incumplimiento de normas imperativas y subsidiariamente por vicio en el consentimiento, solicitando de forma subsidiaria a lo anterior se le condene a indemnizarle por los daños y perjuicios, solicitando en ambos casos la condena de la demandada a restituir a la parte actora la cantidad total efectiva perdida 208.565,40 euros, más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de compra del producto hasta la fecha de la sentencia y todas las costas de este pleito.

Aduce en fundamento de sus pretensiones que adquirió los valores Santander en fecha 09/08/2007, con ocasión del pronto vencimiento de un pagaré y siguiendo las instrucciones de la directora de la oficina de la entidad demandada de Vigo con quien tenían contratada la gestión de sus ahorros pero que no les informó de los riesgos del producto, sino que le dijo que se trataba de un producto con rentabilidad del 7,5% el primer año y los restantes Euribor +2,75, rentabilidades superiores a lo obtenido con la compra de pagars hasta la fecha.

Por la parte demandada se interesa la íntegra desestimación de la demanda oponiendo, en esencia que la acción de nulidad/anulabilidad por vicio en el consentimiento que se pretende ejercer de contrario ha caducado, que la acción del artículo 1101 CC está prescrita; que no existe incumplimiento alguno imputable a BANCO SANTANDER, S.A., afirmando que la parte actora realizó la inversión de forma consciente y voluntaria, habiendo sido informada por BANCO SANTANDER de las características y riesgos del producto a través de los documentos registrados al efecto en la CNMV, como así reconoció de forma expresa en la orden de compra; se opone asimismo que los actores poseían otros productos financieros de riesgo por lo que se le presuponen conocimientos financieros.

SEGUNDO.-Acción de nulidad por incumplimiento de normas imperativas e incumplimiento del deber de transparencia.

Ejercita en primer lugar la parte actora la acción de nulidad por incumplimiento de normas imperativas e incumplimiento del deber de transparencia, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No puede aceptarse este argumento, por cuanto el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor

no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012:

"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

En relación a la acción de anulabilidad la parte demandada opone que la misma se encuentra caducada. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de error o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. A este respecto, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 12/01/2015 destaca a modo de conclusión que "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".

La parte demandada opone la caducidad en este caso por entender que, habiéndose interpuesto la demanda en fecha 30/09/2016, han transcurrido más de cuatro años desde que se produjo un acto en virtud del cual la parte actora pudo tener conocimiento de que el producto contratado no era un simple depósito, que no era seguro y que estaba sujeto a fluctuaciones en su valor, considerando que tal acto viene constituido por la contratación, y, subsidiariamente con la información fiscal recibida en el año 2008 donde se refleja que la inversión ya se había depreciado (documentos 9 y 10 de la contestación).

En efecto, debe quedar fijado el día a quo en el momento en que necesariamente se puede llegar a producir el conocimiento por la parte actora de la verdadera naturaleza del producto contratado. En el presente caso, dicho momento no puede quedar fijado en el momento de la contratación, como después se desarrollará, ni con la información fiscal

que la parte demandante negó haber recibido. Dicho momento debe quedar fijado en el momento en que la parte actora tuvo conocimiento de que se iba a llevar a cabo la conversión obligatoria de los valores por acciones, momento que la propia parte actora fija en septiembre de 2012 (folios 12 y 13 de la demanda), cuando recibe la carta del Banco Santander conteniendo dicha información (documento 20 de la demanda).

Por tanto, la acción de nulidad ejercitada por vicio en el consentimiento, está caducada dado que han transcurrido más de cuatro años desde la fecha de recepción de la carta comunicando que el 4/10/2012 se procedería a la conversión obligatoria de los valores en acciones (septiembre de 2012) hasta la interposición de la demanda (30/10/2016), debiendo por ello estimar dicha excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada.

Por tanto, habiendo planteado también la actora la acción de responsabilidad por incumplimiento contractual solicitando indemnización de daños y perjuicios, deberá procederse al examen de la acción ejercitada con carácter subsidiario.

TERCERO.- En relación a la acción ejercitada, tiene su punto de arranque en el artículo 1.101 CC que establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencia (vid. SAP Zaragoza, sección 4ª, de 10 de mayo de 2013) la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones"; es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales. Ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089 del mismo texto legal, según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervienga cualquier género de culpa o negligencia.

Se formula una petición de resarcimiento de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 CC, sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son, según la jurisprudencia, 1.- La preexistencia de una obligación. 2.- Su incumplimiento, debido a culpa o negligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor. 3.- La realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes. 4.- Nexo causal entre aquella conducta y los daños producidos.

Debe rechazarse la excepción de prescripción de la acción ejercitada. Yerra la parte demandada al estimar de aplicación el plazo de tres años del artículo 945 del Código de Comercio que es aplicable a la responsabilidad de los agentes de bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques, dado que no es el caso que aquí nos ocupa, siendo la acción realmente ejercitada por la parte actora la del artículo 1.101 del Código Civil, que tendría un plazo de prescripción de 15 años (art. 1.964 del CC) el cual no ha vencido.

CUARTO.- Antes de entrar en el examen de la prueba practicada, es conveniente hacer ciertas consideraciones generales.

En cuanto al tipo de producto objeto de litigio, tal y como se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª de fecha 6/05/2016, los llamados "Valores Santander" son un producto mezcla de renta fija y renta variable.

Este producto fue emitido por el Banco Santander a través de una sociedad instrumental con el objetivo de financiar la adquisición del banco holandés ABN Amro, mediante una OPA lanzada conjuntamente con Royal Bank of Scotland y Fortis, si la OPA fracasaba, los valores quedaban configurados como un producto de renta fija que sería amortizado el 4 de octubre de 2008 con el pago de una tentabilidad de 7,5% TAE, pero si la OPA prosperaba, como así sucedió, los valores pasarían a tener la condición de un producto de renta variable, debiendo ser canjeados por obligaciones convertibles con un interés anual equivalente al Euribor más un diferencial del 2,75%, que serían a su vez canjeadas por acciones ordinarias del Banco Santander de manera voluntaria en diferentes fechas y, en todo caso y de forma obligatoria, el 4 de octubre de 2012, de tal manera que al vencimiento no se recuperaría el capital invertido, sino acciones a un precio de canje prefijado.

Por tanto, los valores tenían diferentes características en función de si el Consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro a través de la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación, de modo que, si llegado el día 27 de julio de 2.008, el Consorcio no hubiese adquirido ABN Amro mediante la liquidación de la OPA, los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al tipo del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo, con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada, el 4 de octubre de 2.008. La remuneración se pagaría trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de 2008.

De otro lado, los valores tendrían las mismas características si aun adquiriéndose ABN Amro por el Consorcio, Banco Santander no hubiese emitido las Obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008.

Si antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, Banco Santander estaba obligado a emitir las obligaciones necesariamente convertibles y el Emisor estaba obligado a suscribirlos en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2.008.

En caso de emitirse las obligaciones necesariamente convertibles, y desde ese momento, los Valores pasarían a ser canjeables por Obligaciones Necesariamente Convertibles, y estas, a su vez, serían convertidas en acciones de nueva emisión del Banco Santander. Cada vez que se produjera un canje de Valores, las Obligaciones Necesariamente Convertibles que recibieran en dicho canje los titulares de Valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander.

El canje de los valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles (y automática conversión de estas por acciones) podía ser voluntario u obligatorio.

El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio discutible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicables, la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir

un periodo de canje voluntario. El segundo, el obligatorio, el 4 de octubre de 2012, o bien, antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos. Así, el 4 de octubre de 2012 todos los valores en circulación serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander.

El día 30 de marzo de 2012 la Junta de Accionistas del Banco acordó conceder a los titulares de estos valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión en 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, julio, agosto y septiembre.

Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones por su valor nominal y las acciones al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones convertibles. Así el precio de referencia para el canje de los valores se encontraba predeterminado, fijado ya en octubre de 2007.

Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario.

El tipo de interés al que se devengaba la remuneración desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los valores, y a partir de 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2,75% pagadero trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de cada año, hasta su necesaria conversión.

Una vez emitidas las Obligaciones Necesariamente Convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinadas de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid.

El Inversor, pues, podía adelantar la conversión, al 4 de octubre de cada año y enajenar las acciones o esperar al canje obligatorio, a la conversión final, que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2012. Llegada esta fecha operaba necesariamente el canje a la cotización predeterminada anteriormente señalada, por tanto el éxito y el riesgo de la inversión dependería del valor de las acciones en el momento de la conversión.

Los valores convertibles no tenían el capital garantizado y además se trata de un producto complejo.

Respecto al contenido y exhaustividad de dicho deber de información antes de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación de información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual- que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predecible: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta,

actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 2177/2008, de 15 de febrero- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añade que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

En cuanto a la carga de la prueba constituye jurisprudencia constante de Sala 1ª del TS que tanto antes como después de la trasposición a nuestro Derecho de la normativa MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Así como que, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del producto, corresponde a la entidad de servicios de inversión que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Tanto porque al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento, como por el principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano acreditar que ofreció la información pertinente (sentencias de Sala 1ª TS núm. 668/2015, de 4 de diciembre, y 60/2016, de 12 de febrero, entre otras muchas).

QUINTO.- Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente *litis*, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos, y en concreto valorar, la información ofrecida por la entidad demandada, antes y después de la contratación, es decir si se cumplió el deber de información por parte de la entidad demandada.

Tal y como se expone a continuación no se ha conseguido acreditar por la demandada, que dicho cumplimiento se haya producido y corrobore que tras un adecuado estudio del perfil de los suscriptores se les informara de forma individualizada de las complejidades de la inversión.

En primer lugar, se alega por la parte demandada, que no se prestó un **servicio de asesoramiento** a los clientes, pero a la vista de la prueba practicada debemos concluir, que la entidad financiera prestó un servicio de asesoramiento a la parte demandante, en

este punto debemos de tener en cuenta, que en el art. 4.4. Directiva 2004/38/CE se define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE adara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

La Sentencia del TS, de fecha 20 de enero de 2.014, se señala que "de este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público"

Y en este mismo sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 28/2003 de 20 de enero, RC núm. 1755/1997, hacia referencia a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros». La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional.

Por lo que a la vista de lo expuesto, en el presente procedimiento, debemos concluir que la relación entre los contratantes era de asesoramiento, al ofrecer el producto la entidad bancaria a la parte demandante, extremo alegado por ésta, y corroborado con la declaración testifical de [REDACTED] empleada de la entidad que intervinó en la comercialización, la cual afirmó en diversas ocasiones que fueron ellos (refiriéndose al personal del banco) quienes llamaron al padre del actor. Por tanto la entidad demandada, debería haber comprobado, no solo si los clientes podían conocer el contenido y características del producto de autos, sino comprobar si el indicado producto era idóneo para la situación financiera y económica de los mismos mediante un análisis de aquella situación, comprobación que no consta que se efectuara en el presente caso, dado que no se ha aportado ningún documento al respecto y no es suficiente la valoración de la directora de la oficina consistente en que el actor, ingeniero y alto directivo de [REDACTED] "por las conversaciones, consideraba que tenía una cultura financiera elevada". De la contestación a la demanda resulta que el actor y su padre titulaban fondos de inversión y acciones y su padre unas participaciones preferentes adquiridas en el año 2003 (documentos 7 a 10 de la contestación a la demanda), así como que el actor es ingeniero de profesión, ocupando, según la declaración testifical, un puesto directivo en [REDACTED]. Sin embargo, no puede sin más considerarse que la tenencia de productos de inversión que si bien de riesgo no son complejos (fondo de inversión y acciones), convierten a los actores en idóneos para la adquisición de los valores Santander. Además, como declara el Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de setiembre de 2015 con cita de otras anteriores la Sala Primera " -Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la actuación en el mercado de valores exige un

conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conocido y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías". Tampoco su profesión como ingeniero o su experiencia profesional en una empresa de infraestructuras ferroviarias, permite presumir su conocimiento de este tipo de productos financieros. Tal y como quedó fijado en la STS de 21/07/2016, debe acreditarse la entidad crediticia el cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos de los productos financieros, sin que la presunción de desconocimiento quede desvirtuada por la genérica experiencia empresarial, que por sí misma no significa que el cliente sea un conocedor experimentado de los productos financieros complejos, lo que es de plena aplicación en el presente caso. En cuanto a la tenencia de un producto complejo anterior, participaciones preferentes, ni el mismo tiene el mismo funcionamiento que los Valores Santander ni consta qué información se dio al padre del actor en el momento de la contratación.

Por tanto, la demandada permitió que la parte actora adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva ya que los servicios de asesoramiento y de inversión prestados exigen, según la Directiva 2004/39, interpretada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 que se pide al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido de modo que la empresa de inversión pueda recomendarle los instrumentos financieros que más le convengan y en su caso evaluar si el servicio o producto es adecuado para el cliente y si se considerara no resulta adecuado deberá advertirle de su opinión.

En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por la entidad demandada, por la parte actora se aportó el documento de reserva de los títulos de 09/08/2007 (documento 15 de la demanda), la orden de suscripción de 24/09/2007 (documento 16 de la demanda) y el tríptico informativo (documento 17 de la demanda). Dichos documentos también fueron aportados en la contestación a la demanda como documentos 2, 1 y 3, respectivamente. Además, a instancia de la entidad demandada se practicó la declaración testifical de [REDACTED] empleada de la sucursal bancaria donde tuvo lugar la contratación y que intervino en la misma.

La orden de suscripción de valores sobre la que versa el presente procedimiento tenía por objeto la adquisición de "Valores Santander" por un nominal total de 300.000 euros. De ella se extrae que la fecha de contratación fue 24/09/2007 y no 9/08/2007 que fue la fecha de la reserva. Evidentemente, además de que no contiene información específica respecto de los valores, constituye el contrato propiamente dicho, lo que, por tanto, excluye su carácter prenegocial.

No se desconoce, sin embargo, que tal documento incluye la siguiente observación: "el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de la Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo están a su disposición" y "el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia". Esta forma de actuación en productos de inversión con cláusulas estereotipadas denominadas de bondad, favor o complacencia en la entrega y conocimiento de información han sido valoradas por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 12/1/2015. La posición del alto Tribunal sobre

esta clase de pacto predispuesto en que el cliente declara conocer las características del producto, entender el riesgo que asume, o tener experiencia en la contratación de productos de la misma naturaleza, mostrada, entre otras, en sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 651/2015, de 20 de noviembre, es la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, 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 disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo.

El folleto informativo en este caso sí consta que fuera entregado al actor y a su difunto padre en el momento de la contratación, lo que resulta de la propia demanda, dado que acompaña a la misma el citado tríptico como documento 17. Además, la testigo [REDACTED] empleada de la entidad que comercializó el producto al actor y su padre, se entregó el tríptico tras la firma de la orden, y que se describieron las principales características del producto con el tríptico en mano, que incluso se subrayaron algunas partes del tríptico. Sin embargo, ello no es suficiente para entender acreditado el deber de información del producto.

Así, en primer lugar, tal y como recoge la sentencia de fecha 18/09/2014 dictada por la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Valencia, "La lectura del tríptico explicativo (...) constata que en la operación se introdujeron numerosas variables y por tanto su resultado no estaba claro y su mecánica era de difícil comprensión; a pesar de la simplificación que ha efectuado el recurrente en este submotivo del recurso, ha omitido que en el mismo tríptico se hace constar que "... no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere..."; por ello, si a pesar de la extensión del mismo no se contiene todos los términos de la operación, difícilmente se puede apreciar el carácter de sencillez del mismo".

En segundo lugar, del examen del documento 17 de la demanda resulta que están resaltados algunos de sus puntos, pero ninguno de ellos son los relativos a los riesgos del producto.

Y en tercer lugar, con la entrega del tríptico informativo en unidad de acto con la orden de suscripción no se acredita con carácter suficiente que la información preceptiva se haya prestado previamente tal como exige las disposiciones legales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que se reseña la sentencias por recientes de 4/2/2016 y 17/6/2016.

En cuanto al documento de reserva lleva fecha 18/09/2007, el hecho de que con carácter previo a la contratación se mantuviera una reunión en la oficina sobre este producto, no permite suponer *per se*, que se diera una información clara, precisa y exacta de la naturaleza y características del producto objeto de autos, no sólo porque no consta dicha información en la documentación escrita, sino porque el banco todavía no disponía de ella, dado que todavía no había sido aprobado por la CNMV el folleto, de manera que

la directora de la sucursal tampoco les podía transmitir la misma (así lo manifestó la propia [REDACTED]).

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba y así entender que no facilitó a la parte actora la información verbal ni escrita, clara, precisa y exacta que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, se entiende que este catálogo de incumplimientos tiene la suficiente entidad como para entender procedente la declaración de causalidad de la entidad demandada. En el plano del nexa causal, la relación de causalidad entre la acción u omisión en que consiste el incumplimiento y el daño producido no significa hacer responsable a la entidad prestadora de los servicios de inversión de la fluctuación del mercado, sino que la deficiente información proporcionada ha ocasionado un daño al Inversor que, de haber sabido las características y riesgo del producto, no lo hubiera adquirido. Es decir, si la demandada hubiese cumplido sus obligaciones debidamente, ningún perjuicio se les podría reclamar por la sobrevenida disminución del valor de la inversión.

Y, como indica la STS de 18 de abril de 2013, el 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 disminución del valor del producto. En consecuencia, procede fijar, en concepto de indemnización, la cantidad que resulte de restar a la suma entregada de 300.000 euros, el valor de las acciones entregadas a la actora en virtud del contrato de canje de acciones de octubre de 2012 al tiempo de la sentencia. Asimismo y, en orden a evitar un enriquecimiento injusto por parte de la actora, a dicha cantidad deberá restarse el importe de los rendimientos de tales productos, a determinar en ejecución de sentencia, sin que deban, en ningún caso, dar lugar a pago alguno por los actores a favor de la entidad demandada, y ello en virtud del principio rogado, todo ello, de conformidad con la sentencia de fecha 30/03/2016 dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, recoge que "en todos los casos en que se ha estimado la demanda de indemnización por daños y perjuicios, se plantea de forma subsidiaria o como petición principal, este Tribunal ha entendido que esos daños y perjuicios deben calcularse de la siguiente forma: "las pérdidas por la inversión, no son el importe total de la inversión, ... sino que se fijan en la diferencia entre el importe total de la inversión, ... restando el importe total de los rendimientos de tales productos (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas) más el importe obtenido por la venta de las acciones con que se recompraron aquellos (por todas, la SAP de Valencia, Sec. 9ª de 16 de septiembre de 2015, Pte: Caruana Fort de Mora; también, la SAP de Valencia, Sec. 9ª de 4 de marzo de 2015, Pte: de Hoyos Fdez.; "el daño causado a la actora lo centramos en la diferencia entre el importe desembolsado para su obtención (... euros) menos el importe total de los rendimientos obtenidos durante los siete años que le rindieron cupones (... euros conforme al documento 4 de la contestación), menos el importe bruto (... euros) obtenido por la venta de acciones); pudiendo efectuarse su determinación bien en ejecución de sentencia (como decidió la SAP de Valencia, Sec. 9ª de 16 de septiembre de 2015, Pte: Caruana Fort de Mora: "a fijar en ejecución de sentencia, con el devengo de intereses legales desde la fecha de la presente sentencia"), o en la propia sentencia que resuelve (supuesto de la SAP de Valencia, Sec. 9ª de 9 de junio de 2015, Pte: Andrés Cuenca: "sin diferir su cálculo a ejecución, al estar plenamente determinados y cuantificados los

rendimientos de los productos contratados y lo obtenido por el recurrente con la transmisión de las acciones que se titularon a su favor por el canje forzoso").

A estas cantidades se sumarán los intereses legales desde la demanda y los del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC, respecto de las costas procesales, procede su imposición a la parte demandada al no apreciarse dudas de hecho ni de derecho.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada a instancia de [REDACTED] contra la mercantil BANCO SANTANDER, S.A., debo declarar y declarar, que la entidad demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información, con ocasión de la recomendación personalizada a la actora de los valores Santander suscritas en fecha 24/09/2007 por importe de 300.000 euros, y por tanto, condeno a la entidad demandada a que abone en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante, la suma invertida pero minorada por las rentas recibidas durante la vigencia del contrato del producto litigioso por la parte actora y en el valor de las acciones entregadas a la actora en virtud del contrato de canje por acciones al tiempo de la sentencia más el interés legal de la cantidad resultante desde la interposición de la demanda, a determinar en ejecución de sentencia, y con imposición de costas a la parte demandada.

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, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugnan. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial -Introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre-, para recurrir, la parte recurrente deberá constituir depósito por importe de 50 €, que se consignará en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, sin que pueda tenerse por preparado el recurso si el depósito no estuviere constituido. Están exentos de constituir el depósito: el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publica fue la anterior sentencia por la Juez que suscribe estando celebrando Audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy Fe.