



Roj: **SAP BA 46/2019 - ECLI: ES:APBA:2019:46**

Id Cendoj: **06083370032019100019**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **14/01/2019**

Nº de Recurso: **167/2018**

Nº de Resolución: **7/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00007/2019

Modelo: N10250

AVDA COMUNIDADES S/N. EJECUCIONES TEL 924388764//924388765//FAX 924388766

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: UPAD 924310256 **Fax:** FAX 924301046

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JBA

N.I.G. 06149 41 1 2016 0000782

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000167 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de VILLAFRANCA DE LOS BARROS

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000827 /2016

Recurrente: Celsa , Celsa

Procurador: Justiniano , Justiniano

Abogado: ,

Recurrido: **BANCO** SANTANDER, **BANCO** SANTANDER SA

Procurador: MARIA AMPARO RUIZ DIAZ, MARIA AMPARO RUIZ DIAZ

Abogado: ,

SENTENCIA Núm.7/2019

ILMOS. SRES....../

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (Ponente)

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

**DON JESUS SOUTO HERREROS**

=====

Recurso Civil núm. 167/2018

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 827/2016.

Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villafranca de los Barros

=====

En la ciudad de Mérida a catorce de enero de dos mil diecinueve.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO núm. 827/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villafranca de los Barros, a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 167/2018, en el que aparecen: como parte apelante DOÑA Celsa , que ha comparecido representada en esta alzada por el procurador Don Justiniano y asistida por el letrado Don Juan Luis Pérez Gómez-Morán; como parte apelada **BANCO SANTANDER S.A.**, representada por LA procuradora Doña Amparo Ruiz Díaz y defendida por el letrado Don Jesús Remón Peñalver.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villafranca de los Barros, en los autos núm. 827/2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así:

FALLO: " DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Justiniano , en nombre de Doña Celsa y, en consecuencia, ABSUELVO a Banco Santander, S.A. de las pretensiones dirigidas en su contra.

*Se imponen las **costas** a la parte demandante."*

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Doña Celsa .

TERCERO.- Admitido que fue el recurso por el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO.- Una vez verificado lo anterior se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose la correspondiente deliberación y fallo y quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña JUANA CALDERÓN MARTÍN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima la demanda planteada por la Sra. Celsa frente a la entidad **Banco** de Santander, en la que, con carácter principal, solicitaba la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de VALORES SANTANDER suscritos por la actora con la demandada, por vicios del consentimiento, así como la condena a devolver la cantidad de 60.383,91 €, diferencia entre la cantidad entregada por la actora menos los rendimientos percibidos durante la vigencia del contrato, y los intereses legales de dicha cantidad. Subsidiariamente, solicita la demandante que se declare el derecho de la actora a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual por parte de la demandada, indemnización que cuantifica en la suma de 26.703,57 € y que resulta de restar a la suma invertida (75.000 €) la cantidad de 14.616,09 € obtenida como frutos y rentas y la suma de 33.680,44 €, importe del canje, más intereses legales desde la fecha de la contratación.

La acción de nulidad por vicios del consentimiento ha sido rechazada en la sentencia de instancia por caducidad, al haber transcurrido más de cuatro años entre la fecha del canje de las obligaciones (4 de octubre de 2012) y la presentación de la demanda (17 de noviembre de 2016).

La reclamación de indemnización por incumplimiento se desestima por entender la juzgadora a quo que la actora no es una persona con perfil inversor conservador, tenía experiencia inversora como para conocer los



riesgos de la operación, añadiendo que no consta que la entidad financiera prestara servicio de asesoramiento, e igualmente razona que la información facilitada a la cliente a través del tríptico informativo sobre las características de la adquisición del producto "Valores Santander" unida a esa experiencia inversora de la demandante en la suscripción de productos que conllevaban riesgos de pérdida de capital permite concluir que la Sra. Celsa era consciente de los riesgos del producto que suscribía, correlativos a los elevados intereses que podía percibir.

SEGUNDO.- Sobre la caducidad de la acción de nulidad.

En el primer motivo del recurso la recurrente sostiene que no puede apreciarse la caducidad de la acción de nulidad porque el plazo de cuatro años se interrumpió con la presentación de la demanda de conciliación el 4 de octubre de 2016, reanudándose el día 18 de noviembre de 2016, fecha de la notificación del Decreto que da por terminada la conciliación. Cita en apoyo de este planteamiento las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y 5 de febrero de 2018 .

El motivo se desestima.

El Tribunal Supremo ha reinterpretado el artículo 1301 del Código Civil -que establece un plazo de caducidad de cuatro años - para adaptarlo a la actual realidad social. Considera que no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como así ocurre cuando no se conocen los elementos determinantes de la propia existencia del error en el consentimiento. Para los casos de relaciones contractuales complejas, como ocurre con los contratos bancarios, financieros o de inversión, el alto tribunal ha considerado que la consumación del contrato, a los efectos de la acción de nulidad por error, no puede entenderse producida sino cuando el cliente conoce dicho error (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo 89/2018, de 19 de febrero ; 436/2017, de 12 de julio ; 153/2017, de 3 de marzo ; 102/2016, de 25 de febrero y 718/2016, de 1 de diciembre).

En este caso los litigantes no cuestionan en la alzada que el plazo de caducidad se inició, cuando menos, en la fecha del canje de las obligaciones por acciones del **Banco** de Santander, el 4 de octubre de 2012, de modo que finalizaría el 4 de octubre de 2016. Ahora bien, a diferencia de los plazos de prescripción de las acciones, el plazo de caducidad no se interrumpe.

Es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 , citada por el recurrente, admitió el ejercicio en plazo de la acción de nulidad cuando se interponen diligencias preliminares, pero lo entiende así el alto tribunal porque considera que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias de la acción y que, una vez presentada la demanda, se integran en el procedimiento (sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015).

Sin embargo, la solución jurisprudencial no es la misma cuando se celebra un acto de conciliación: es hábil para interrumpir la prescripción, pero no suspende ni interrumpe la caducidad (sentencias del Tribunal Supremo 99/2011, de 18 de febrero y 554/2004, de 14 de junio). Asimismo, el artículo 143 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria , respecto de la solicitud de conciliación, solo contempla la interrupción de la prescripción. Precisamente la segunda de las sentencias que cita el recurrente analiza un supuesto de interrupción del plazo de prescripción, no de caducidad, y de ahí que considere que la presentación de la papeleta o demanda de conciliación constituye un acto de interpelación judicial en los términos señalados en el art. 1973 del C. Civil , precepto que contempla los casos en que se interrumpe la prescripción. No es, por tanto, la citada sentencia aplicable al supuesto aquí analizado.

La caducidad de la acción de nulidad por vicios en el consentimiento prestado por la demandante ha sido apreciada correctamente en la instancia, lo que hace innecesario el examen de los alegatos contenidos en el escrito formalizando el recurso en los que se insiste en la existencia de error vicio determinante de nulidad.

TERCERO. Sobre la indemnización por incumplimiento de los deberes de información, diligencia y lealtad de la entidad financiera en el momento de contratar el producto denominado "Valores Santander".

El recurrente hace ver en su recurso que la entidad demandada debe responder por los daños y perjuicios derivados de un defectuoso asesoramiento, a lo que se opone **Banco** de Santander aduciendo que no realizó labores de asesoramiento al cliente, que los incumplimientos de deberes precontractuales de información se han de canalizar, necesariamente, a través de la acción de anulación, pero no a través de las acciones resolutorias o indemnizatorias contractuales y, subsidiariamente, que la acción estaría prescrita, pues al tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual le sería aplicable el plazo de un año previsto en el art. 1968 del C. Civil , o si se entendiera que la acción lo es para exigir responsabilidad por la prestación de servicios de inversión, sería de aplicación el plazo de tres años previsto en el art. 945 del C. de Comercio.



Aunque la parte apelada la plantea con carácter subsidiario, ha de examinarse en primer lugar la alegada prescripción de la acción, ya que, de ser estimada esta excepción, no sería preciso examinar el fondo de la cuestión. Prescripción que no es de apreciar aquí pues el plazo que ha de aplicarse es el previsto para las acciones personales que no tengan señalado término especial, el del art. 1.964 del C. Civil, en la redacción anterior a la reforma por Ley 42/2015, de 5 de octubre, es decir, 15 años, dado lo estipulado en la Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley: *"Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes. El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil."* y el artículo 1.939 del CC, al que la misma se remite, dispone: *"La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."*

Estamos ante una acción por incumplimiento contractual, por lo que, en modo alguno, podría ser de aplicación el artículo 945 del C. de Comercio esgrimido por la entidad recurrente tanto en su escrito de contestación a la demanda, como en el de interposición del recurso, *"La responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años."*, como tampoco el del artículo 1.902 del CC previsto para las acciones de responsabilidad extracontractual, y no es este el caso.

En cuanto al fondo del asunto, ha de rechazarse el alegato relativo a que la indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual solo procedería si el incumplimiento es posterior a la celebración del contrato. Recordamos aquí que en la sentencia de esta misma sección, de fecha 20 de marzo de 2018 (rec. 55/2018), y que cita el recurrente, ya decíamos que *<<La indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos está ya aceptada de modo pacífico por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por citar una de las recientes, nos podemos remitir a la sentencia 81/2018, de 14 de febrero.*

Se acepta que el incumplimiento de los deberes de información por la entidad financiera puede dar lugar no solo a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, sino también a una indemnización por incumplimiento contractual. Aunque no es motivo para la resolución, sí puede justificar, con fundamento en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, una indemnización por los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de una incorrecta información precontractual o un indebido asesoramiento.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo 677/2016, de 16 de noviembre, aludía a su vez a las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y 398/2015, de 10 de julio, que venían a admitir tal posibilidad. El incumplimiento grave de los deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero podían 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. Y tal responsabilidad se ha admitido no solo en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, sino con carácter general. En efecto, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia resulta aplicable, en lo fundamental, frente a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

*En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión. En suma, el incumplimiento de los deberes de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado puede ser la causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuando menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el **banco** debía haberse abstenido de recomendar su adquisición; por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.>>* En los mismos términos, la sentencia de siete de mayo de 2018 (rec. 134/2018), también de esta Sección de la Audiencia.

Partiendo de la anterior consideración, y en orden a si se prestó o no labor de asesoramiento, discrepamos de la conclusión sentada en la sentencia apelada, pues lo cierto es que los Valores Santander no fueron solicitados por los clientes de la entidad financiera, ni por la demandante en concreto, por la sencilla razón de que eran un producto nuevo, desconocido en nuestro sistema financiero que, a través de los empleados de la entidad, se ofrecía a los clientes. Siendo esto así, mal podía ser conocido antes de ese ofrecimiento por el **Banco** de Santander. Y es por ello que sí hay que entender aquí que quien ofrece o recomienda el producto, que como luego veremos ha de calificarse como complejo, debe asesorar o informar convenientemente acerca de sus

características y riesgos, y más en este caso, pues la contratación de los valores se hizo tras el reembolso de un fondo de riesgo "medio" (según lo califica la entidad apelada). Dice la STS de 20 de enero 2014, que se presta un servicio de asesoramiento cuando se efectúa *"una recomendación personalizada a un 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 esto justamente es lo que se hizo al comercializar los "Valores Santander".

Sobre el deber de información al cliente, dada la fecha de la orden de suscripción de los valores - septiembre de 2007-, la normativa aplicable era la previa a la MiFID, integrada por la Ley del Mercado de Valores, y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Sobre el particular, la STS de 1 de junio de 2.016 señala:

<<De este modo, aunque por la fecha del contrato, (...) todavía no se había traspuesto la normativa MiFID, estaba vigente la que hemos venido a denominar pre- MiFID, que ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información.

Así lo hemos declarado en muchas ocasiones, entre ellas en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, y 60/2016, de 12 de febrero:

"También con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...)".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

Elart. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...).

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Obviamente, como la finalidad de los deberes de información expuestos es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer, la intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto. A mayor complejidad, se requerirá una actividad informativa mayor, que disminuirá conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos.



4. *Correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente (...) sobre las características del derivado financiero y, sobre todo, de los concretos riesgos que conllevaba... ">>.*

En este punto enlazamos con la cuestión relativa al perfil inversor de la aquí demandante, en cuanto ha de distinguirse, en orden al cumplimiento del deber de información, entre los clientes minoristas y los inversores profesionales, cualificados, o también denominados experimentados o de riesgo avanzado (sentencias del Tribunal Supremo 458/2014, de 8 de septiembre y 461/2014, de 9 de septiembre). La sentencia apelada razona que la actora tenía experiencia inversora suficiente como para conocer y comprender los riesgos del producto que adquirió, derivada de la suscripción de productos que conllevaban riesgos de pérdida de capital. No comparte la Sala esta conclusión, estamos aquí ante un verdadero cliente no profesional, minorista y con perfil conservador, en cuanto los productos que tenía contratados se limitaban a inversiones en acciones, un plan de pensiones, y dos fondos de inversión (uno a corto plazo y otro de riesgo que se califica por la entidad como de riesgo "medio"), en nada comparables con el producto ofrecido por la entidad y finalmente contratado. Además, no estamos ante una cliente con especial formación o preparación, mucho menos en materia financiera, sino que se trata de una persona que, atendida su prolongada relación con la entidad financiera y con fundamento en la confianza depositada en dicha entidad, contrata un producto complejo que no solicita por iniciativa propia, sino que se le recomienda y ofrece.

Estamos, en efecto ante un producto complejo que se emitió y comercializó 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. 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; así, tales "Valores" en cuanto a su rango, se situaban en orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables a estas y lo mismo en cuanto a las garantías del "**Banco** de Santander S.A."

No es una simple inversión en acciones de empresas que cotizan en bolsa, sometidas a las fluctuaciones de su valor en el mercado bursátil; este es el resultado final de la inversión, pero no podemos dejar de lado que el producto tiene una primera fase de cinco años en la que los "Valores Santander" se comportan del mismo modo que si fueran **bonos** u obligaciones subordinadas **convertibles**, con remuneración fija el primer año y variable el resto, y una segunda fase donde se canjean las obligaciones por acciones, pudiendo hacerse de manera anticipada en determinadas fechas. La propia nota de valores relativa a la oferta pública del producto que fue inscrita en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 19 de septiembre de 2007, admite que constituyen un instrumento financiero singular y que el emisor no tiene constancia de la existencia de valores comparables en el mercado español. Por ello, no podemos aceptar que se trate de una simple compra de acciones. No es lo mismo. Y por ende no es un producto fácilmente comprensible para un inversor no experimentado. Es un producto que, desde el momento de la adquisición de ABN Amro, tiene carácter complejo, pues se convirtió en renta variable que no garantiza al inversor la recuperación del capital invertido, siendo su riesgo principal, además de la insolvencia del emisor y del **banco** garante, la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones al tiempo de su conversión. Y no son simples **bonos convertibles**, pues, a diferencia de los **bonos**, la conversión de estos valores a acciones era forzosa. Además, con un riesgo adicional: al estar prefijado el precio de la acción, no tenía las ventajas de cualquier inversor en un mercado secundario, a saber, poder vender en cualquier momento a su precio de cotización. La sentencia del Tribunal Supremo 411/2016, de 17 de junio califica como complejos unos **bonos convertibles** necesariamente en acciones, en este caso emitidos por el **Banco Popular**.

Estamos, en definitiva, ante un cliente minorista a quien se ofrece un producto financiero complejo, de modo que a "**Banco** Santander S.A. incumbía probar cumplidamente que la Sra. Celsa conocía las características del producto y sus riesgos. Prueba que no se ha llevado a efecto.



Y en primer lugar destacamos aquí que la entidad demandada ni siquiera propuso como prueba el interrogatorio de la demandante, a fin de que pudiera explicar cuáles fueron los preliminares que llevaron, finalmente, a la firma de la orden de suscripción de valores, cómo se le ofreció el producto y qué información se le dio. Tampoco contamos, pues solo se practicó prueba documental, con la declaración testifical de la persona o personas que trataron con la actora y la informaron sobre la operación.

Por otro lado, en la orden de compra nada concreto se dice acerca de las características de la operación; solo se consigna que "el ordenante manifiesta haber recibido y leído antes de la firma el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada en la CNMV", y que "asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos". Estas menciones predispuestas no son suficientes para entender que **Banco** Santander cumpliera con las obligaciones que le incumbían. Con cierta reiteración ha mantenido la jurisprudencia (por todas, STS de 12 de enero de 2015) que *las fórmulas estereotipadas de declaración de conocimiento, no de voluntad, no pueden suplir los deberes de información a cargo del oferente porque "se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos"*. Resultaría inútil la normativa que exige un elevado nivel de información en este tipo de contratación 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 (STS 244/2013, de 18 abril). Como se expone en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 14ª, de 15 de marzo de 2013) *"la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia impresa, que suele constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no significa que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, ni tampoco "constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información"*.

En cuanto al tríptico informativo, aun cuando admitiéramos que se entregó a la demandante -lo que no es del todo claro, dado que solo contamos con la referencia genérica a haberlo recibido en la orden de suscripción-, basta asomarse a sus términos y contenido para concluir que sus términos no son lo suficientemente claros y precisos como para proporcionar al un cliente minorista y no experto en materia financiera una información adecuada. Así, se dice en el tríptico *que si se adquiría el Banco ABN Amro, "los valores serán necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles. Dichas obligaciones serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión"*; es decir, no se trataba de una inversión en que estuviese garantizado el capital, ya que el valor de las acciones que finalmente se obtendrían dependería de las oscilaciones del mercado bursátil; además, su valoración sería al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente **Convertibles**. En ningún lugar se dice que había riesgo de pérdida del capital, y cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración, no se hace referencia al riesgo de pérdida de capital, lo que podría hacer pensar a un cliente inexperto que no existía; solo se dice que *"Una vez emitidas las Obligaciones Necesariamente Convertibles, en cada fecha de pago el Emisor decidirá si paga la remuneración o si abre un periodo de canje voluntario. Además, en los supuestos de ausencia de Beneficio Distribuible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles a Banco Santander (según se describen en la nota de valores), el Emisor no podrá en ningún caso pagar remuneración ni se abrirá el periodo de canje voluntario"*. Es más, se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último que *"No se paga 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, pues como vemos se alude a un TAE negativo (cobro de intereses negativo) y se elude la referencia expresa a la pérdida de capital que es un tema no relacionado con los intereses (como sugiere la información) sino con el principal entregado por el inversor minorista al **Banco**. Por último, incluso la mención que se hace en el tan repetido Tríptico, *"Los Valores cuentan con la garantía solidaria e irrevocable de Banco Santander"*, refiriéndose a la garantía hasta y después de la emisión de las Obligaciones Necesariamente **Convertibles**, puede también inducir a confusión, puesto que el emisor no era **Banco** Santander, sino Emisora 150, S.A. Unipersonal, de la que era único accionista el Santander.

La información facilitada se limitó, según lo probado, a lo que se contiene en la orden de compra y en el tríptico informativo de la operación, a todas luces insuficiente para que la actora, insistimos cliente minorista y sin conocimiento especiales en materia financiera, pudiera evaluar y comprender el riesgo de la operación. Incumplió la demandada sus deberes de información, siendo la consecuencia de ello la indemnización del daño sufrido.

CUARTO.- Determinación de la indemnización.



La sentencia del Tribunal Supremo 81/2018, de 14 de febrero, aborda justamente cómo se debe calcular la indemnización por responsabilidad contractual en la comercialización de un producto financiero complejo. A la hora de liquidar los daños hay que detraer las ventajas obtenidas. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor al que ha quedado reducido el producto y los intereses cobrados. En efecto, si una relación contractual produce al mismo tiempo un daño y una ventaja deben compensarse entre sí. Por lógica jurídica, no es admisible que el contratante cumplidor quede patrimonialmente en mejor situación con el incumplimiento que con el cumplimiento. Ahora bien, se detraerán aquellas ventajas obtenidas por el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste. El Tribunal Supremo, a tal fin, saca a colación el artículo 1106 del Código Civil, conforme al cual el daño resarcible se corresponde con el perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual debe tenerse en cuenta el lucro o provecho obtenido.

Es decir, el daño o menoscabo patrimonial de los clientes se traduce en la inversión realizada menos la ganancia obtenida.

En este caso, la actora abonó en septiembre de 2007, por la adquisición de quince títulos de Valores Santander, un total de 75.000 euros. Percibió, entre 2008 y 2012, unos rendimientos por la suma de 14.616,09 €. El 10-10-2012, la actora canjeó los Valores Santander por acciones cotizadas (5.787 acciones, por valor total de 33.680,34 €, a razón de 5,82 € por acción), acciones que, según se dice en la demanda, conservaba al tiempo de su presentación, si bien no se especifican los dividendos obtenidos.

En consecuencia, la indemnización correspondiente resultará de restar a los 75.000 euros invertidos los beneficios obtenidos hasta 2012 (14.616,09 euros), los dividendos que haya percibido la demandante, y el valor de las 5.787 acciones obtenidas por la conversión de los Valores Santander a la fecha de la sentencia - o el producto de su venta si se hubieran vendido ya-.

La cantidad resultante de esta operación devengará el interés legal desde la presentación de la demanda.

QUINTO.- Las costas de primera instancia no se imponen a ninguna de las partes, pues se ha estimado solo en parte la pretensión subsidiaria de la parte actora, al no haberse acogido el cálculo de la indemnización que se dicha parte efectúa (art. 394 LEC).

Las costas del recurso tampoco se imponen a ninguno de los litigantes, dada su parcial estimación (art. 398 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente

FALLO

SE ESTIMA EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN formulado por la representación procesal de DOÑA Celsa contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villafranca de los Barros en los autos de JUICIO ORDINARIO núm. 827/2016, resolución que revocamos, **y CON ESTIMACIÓN PARCIAL de la petición subsidiaria articulada en la demanda, CONDENAMOS a BANCO SANTANDER S.A. a abonar a la actora DOÑA Celsa la cantidad resultante de restar a los 75.000 euros invertidos los beneficios obtenidos hasta 2012 (14.616,09 euros), los dividendos que haya percibido la demandante, y el valor de las 5.787 acciones obtenidas por la conversión de los Valores Santander a la fecha de la sentencia - o el producto de su venta si se hubieran vendido ya-. La cantidad resultante de esta operación devengará el interés legal desde la presentación de la demanda.**

No se imponen las costas de primera instancia ni las de esta alzada a ninguna de las partes.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia y del oportuno despacho, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16ª LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.



Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará efectuar en calidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN . - Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ