

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE
BERGARA - UPAD**
**BERGARAKO LEHEN AUZIALDIKO ETA INSTRUKZIOKO 3
ZENBAKIKO EPAITEGIA - ZULUP**

ARIZNOA, s/n - CP./PK: 20570

TEL.: 943-038053 FAX: 943-038063

NIG PV / IZO EAE: 20.03.2-18/001262

NIG CGPJ / IZO BJKN :20074.42.1-2018/0001262

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta /2018 - D

SENTENCIA Nº /2019

JUEZ QUE LA DICTA: D./D.^a MAIDER IMAZ MENDIZABAL

Lugar: BERGARA (GIPUZKOA)

Fecha: dieciocho de marzo de dos mil diecinueve

PARTE DEMANDANTE:

Abogado/a: D./D.^a JUAN PABLO PALOMAR PEREZ

Procurador/a: D./D.^a ○

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A.

Abogado/a: D./D.^a

Procurador/a: D./D.^a

OBJETO DEL JUICIO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. . formuló en fecha 30 de julio de 2018, actuando en nombre y representación de D. demanda de Juicio Ordinario frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. arreglada a las prescripciones legales, en la que, por medio de párrafos separados, exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los Fundamentos de Derecho que entendía aplicables al caso y concluía con la súplica de que, tras su legal tramitación, finalizara dictándose Sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que compareciera en el plazo de veinte días hábiles circunstancia que se verificó en tiempo y forma mediante la presentación del escrito de contestación de BANCO SANTANDER, S.A. a través del Procurador de los Tribunales D. . en fecha 24 de octubre de 2018.

TERCERO.- En virtud de Diligencia de Ordenación dictada con fecha de 31 de octubre de 2018, se convocó a las partes a la audiencia previa que fue celebrada el 31 de enero de 2019 y en la que la parte actora propuso como medios de prueba admitidos la unión definitiva a los autos de los documentos aportados con el escrito de demanda y testifical del empleado de la demandada que comercializó los bonos; por la parte demandada se propuso y admitió el interrogatorio del demandante, la unión definitiva de los documentos aportados junto al escrito de contestación y las testificales de Doña [redacted], D. J. [redacted] a y D. [redacted]. Se señaló como fecha para la celebración del juicio el día 28 de febrero de 2019.

CUARTO.- Llegada la fecha de celebración del juicio, fue practicada la prueba propuesta y admitida en los términos que constan en la grabación de la vista. Una vez practicada la prueba se concedió a las partes el correspondiente traslado para que formularan sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre los argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones, declarándose los autos definitivamente conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. [redacted] ha instado demanda de juicio ordinario contra la mercantil Banco Popular Español SA en la que expone que en octubre de 2009 firmo con del Banco Popular un “contrato de depósito y administración de valores” firmando una “orden de valores” por la que **suscribió 30 Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables**, por un importe de 1.000 euros por título, **ascendiendo la inversión total a 30.000 euros**, sin ser informado de los riesgos de la inversión, lo que es valorado por la parte demandante como una actuación dolosa de la entidad, atendida especialmente su condición de clientes minoristas y de perfil conservador e instando la acción de daños y perjuicios interesando sea indemnizado por la cantidad equivalente a la pérdida patrimonial experimentada, cuantificada en la diferencia del precio de adquisición de los Bonos Subordinados y los rendimientos generados hasta la definitiva amortización de las acciones por virtud de la resolución del FROB de 7 de junio de 2017.

Se destaca en cuanto a la contratación: nunca fue informado en el oficina de las características generales del producto; que el tríptico entregado el mismo día de la firma tenía un contenido complejo, farragoso y plagado de remisiones; no se les indicó que era un producto complejo, de riesgo elevado, no garantizado y se realizó un test de conveniencia que sólo cabría considerarlo como un documento estereotipado instrumentalizado para evitar el cumplimiento del deber de información previa.

La parte demandada se opuso a la demanda esgrimiendo los argumentos que en síntesis indicamos:

Prescripción de la acción de indemnización del artículo 1.101 del Código Civil, entendiendo que es de aplicación el plazo de tres años del artículo 945 del Código de Comercio.

Inexistencia de error porque la actora tuvo interés en contratar los bonos subordinados debido a su mayor rentabilidad siendo consciente de la naturaleza del producto, informando la entidad bancaria debidamente.

Inexistencia de nexo causal, dado que la pérdida de la inversión no deriva de la deficiente información de la entidad bancaria, sino de la resolución de la entidad acordada por autoridades europeas,

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, la parte demandante fundamenta su demanda en 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 cumplió de forma correcta con todos los deberes de información y que los incumplimientos de deberes precontractuales de información se han de canalizar, necesariamente, a través de la acción de anulación por vicios en el consentimiento, pero no a través de las acciones indemnizatorias por incumplimiento, señalando que, en todo caso la acción estaría prescrita, pues al tratarse de una acción 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.

Así, debe 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.

En el presente supuesto, no procede apreciar la prescripción de la acción ejercitada dado que 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, conforme a 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 demandada, " 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."

TERCERO.-En cuanto al fondo del asunto, se entiende que el incumplimiento de los deberes de información por la entidad financiera puede dar lugar a una indemnización por incumplimiento por los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de una incorrecta información precontractual o un indebido asesoramiento, con fundamento en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo 677/2016, de 16 de noviembre que 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 ya venían a admitir tal posibilidad. Señalaban las referidas resoluciones que 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 de 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." Tal y como señala la sentencia 134/18, de siete de mayo de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mérida.

Partiendo de lo expuesto, y centrándonos en el caso que nos ocupa, en orden, en primer lugar, a si se prestó o no labor de asesoramiento, discrepamos con lo sostenido por la parte demandada de que actuara como mero intermediario, pues de la prueba practicada se desprende que los bonos subordinados canjeables no fueron solicitados por el demandante, sino que se ofrecía a los clientes, a través de los empleados de la entidad, tal y como señalaron en el acto de la vista tanto los empleados que depusieron en calidad de testigos como el demandante, el cual constató que desde el banco se pusieron en contacto con el manifestándole que tenían un nuevo producto que le podía interesar. Asimismo, la testigo Doña [redacted] a, señaló que tenían un plan de comercialización del producto en cuestión, constatando, tanto ella como D. [redacted] que se ofrecía el producto a clientes que respondían a un perfil concreto, no dirigiéndose a todo el público. En este sentido señala 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".

Sobre el deber de información al cliente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones que la misma debe de dirigir al cliente al correcto conocimiento por parte de los mismos 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. Así, la finalidad de los deberes de información será 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, por lo que 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.

En este punto procede analizar el perfil inversor del 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.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el demandante, con estudios, según constató en el acto de la vista, de bachiller elemental y que según la prueba practicada previamente no disponía de ningún producto similar, se trata de un cliente no profesional, minorista y con perfil conservador, sin especial formación o preparación, mucho menos en materia financiera que con fundamento en la confianza depositada en entidad, contrata un producto complejo que no solicita por iniciativa propia, sino que se le recomienda y ofrece por la entidad demandada.

En cuanto al carácter del producto contratado, se trata de un producto complejo, así concluye al respecto la STS de 17 de junio de 2016 (nº 411/2016) a partir de la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV, ya que es complejo el producto que no cumple los requisitos que enumera para ser "no complejo", añadiendo que « Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado ». Según la mencionada sentencia, « el propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos) ». Continúa la sentencia del T.S. número 411/2016 en consideraciones aplicables al caso presente: «Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión».

Estamos, en definitiva, ante un cliente minorista a quien se ofrece un producto financiero complejo, de modo que a la parte demandada incumbía probar cumplidamente que el Sr. Catero conocía las características del producto y sus riesgos. Prueba que no se ha llevado a efecto.

Y en primer lugar destacamos aquí que el demandante fue claro conciso y totalmente coherente al narrar el procedimiento de contratación, en el que se le dieron a firmar al mismo tiempo varios

impresos, sin suministrarle la información detallada necesaria y en especial sin explicarle los riesgos del producto y si bien depusieron en la vista como testigos empleados de la entidad en el momento de la suscripción de las ordenes, manifestaron no recordar haber sido las personas que trataron con el actor y las que le informaron sobre la operación.

En cuanto al tríptico informativo 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.

La información facilitada se limitó, según lo probado, a lo que se contiene en el contrato, la orden de valores, con una serie de cláusulas predispuestas y en el tríptico informativo de la operación, a todas luces insuficiente para el actor, 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.- En cuanto a la 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 octubre de 2009, por la adquisición de 30 Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 1/2009, un total de 30.000 euros. Debiéndose reducir de la referida cantidad los importes correspondientes a los cupones y dividendos percibidos por el demandante hasta la total amortización de las acciones.

En consecuencia, la indemnización correspondiente resultará de restar a los 30.000 euros invertidos los beneficios obtenidos hasta la total amortización de las acciones por virtud de la resolución de FORB de 7 de junio de 2.017.

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

QUINTO.- Establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era

jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y al producirse en el presente juicio la estimación íntegra de la demanda es procedente la imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los Artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda de Juicio Ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. **M** **actuando en nombre y representación de D.** **frente a BANCO SANTANDER, S.A., representado por el** Procurador de los Tribunales D. **.** **y declaro que la** demandada es responsable del incumplimiento del deber de diligencia, transparencia e información incurrido en la comercialización a la actora de los **“Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 1/2009” en fecha 7 de octubre de 2009**, con motivo de la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión en una venta/colocación de dichos Bonos, condenando a la demandada a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios sufridos, equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada que se cuantifica en la diferencia entre el precio de adquisición de los **“Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 1/2009”**, que ascendió a **30.000 euros**, y los rendimientos generados en concepto de cupones y dividendos hasta la total amortización de las acciones por virtud de la resolución de FORB de 7 de junio de 2.017, más los intereses legal desde la demanda, incrementados en dos puntos desde la Sentencia, en virtud del art. 576 de LEC.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas derivadas de este procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 1876 0000 04 0212 18, indicando en el campo concepto del resguardo

de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. JUEZ(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en BERGARA (GIPUZKOA), a dieciocho de marzo de dos mil diecinueve.