

## **JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 92 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 2 - 28013

Tfno: 914936387

Fax: 915334927

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0092793

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 576/2018**

**Demandante:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

**Demandado:** BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D./Dña.

### **SENTENCIA N° 23/2020**

En Madrid, a 30 de enero de 2020.

Vistos por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Mar Ilundain Minondo, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia n° 92 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado bajo el número 576/18 a instancia de Dña.

representada por el procurador D.

y asistida por el letrado **D. MIGUEL PARDO DE VERA**

**MORENO** contra BANCO SANTANDER S.A. representada por el procurador D.

y defendida por la letrado

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Procurador \_\_\_\_\_ en nombre y representación de \_\_\_\_\_ se interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A. en la que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, solicitó al Juzgado se declare la nulidad o, subsidiariamente, la resolución, del

contrato de suscripción de obligaciones subordinadas que se identifica, con los efectos legales consecuentes.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite y se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada para que en el plazo de veinte días compareciera en forma y contestara a la demanda, lo que hizo en los términos que constan en autos, solicitando su desestimación íntegra con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa, se celebró con la asistencia de ambas.

Tras descartarse el acuerdo, se desestimó el óbice procesal de defecto en el modo de proponer la demanda, se procedió a la impugnación documental y a la fijación de los hechos controvertidos, continuando la audiencia con la proposición y admisión de la prueba.

Una vez admitidas las pruebas, se señaló fecha para la celebración del juicio, siendo citadas las partes en el acto.

CUARTO.- El juicio se celebró el día 27 de enero de 2020, compareciendo las partes, sin que se pudiera practicar la prueba declarada pertinente al no comparecer la testigo, debidamente citada.

A continuación, las partes formularon sus conclusiones.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1º.- La parte actora pretende la declaración judicial de nulidad o, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento, de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas 2011-21, de fecha 19 de julio de 2011, por importe nominal de 24.000 euros, y de la posterior conversión en acciones de Banco Popular, pretensiones que fundamentó en la incompleta y defectuosa información proporcionada por la entidad demandada, con infracción de la normativa imperativa aplicable.

Se explica en la demanda las circunstancias de la demandante, persona sin conocimientos financieros específicos, que adquirió el producto asesorado por empleados de la demandada que lo ofrecieron como un producto sin riesgo alguno, con un interés muy alto y con el capital asegurado, cuando se trata de un producto dirigido exclusivamente a inversores mayoristas; que se omitió una información clara y veraz y se incumplió la normativa MiFid pues no se hicieron test de idoneidad ni conveniencia.

A dicha pretensión se opuso la entidad demandada alegando que la demandante fue informada debidamente de la naturaleza y características del producto; que decidió contratar el producto por su propia cuenta y que recibió documentación informativa suficiente sobre la operación. Además, percibió periódicamente los intereses generados por la inversión. Niega la existencia de contrato de asesoramiento, no se pactó comisión o retribución alguna por tal concepto, suscribiéndose solo un contrato de depósito y administración de valores, por lo que no existe deber de asesoramiento específico en materia de inversión.

El resto de los escritos alegatorios se refieren a la naturaleza y características de estos productos, a las obligaciones de información de la entidad y a otras cuestiones que no son fácticas sino de valoración jurídica.

2º.- La entidad demandada alega que la acción de nulidad está caducada y que la acción de indemnización está prescrita. Sin embargo, esta acción de indemnización no se ejercita en la demanda, por lo que no procede resolver nada al respecto.

La STS de Pleno, de 19 de febrero de 2018, dice que “Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener

conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

Es un hecho notorio que el 6 de Junio de 2017 el Banco Central Europeo comunicó a la JUR la inviabilidad del Banco Popular y que al día siguiente el FROB impuso la conversión en acciones del importe nominal de las obligaciones subordinadas, siendo adquirido el Banco Popular por el Santander al precio de 1 euro, por lo que la parte actora y los demás accionistas perdieron su inversión.

En este sentido la STS de 28 de mayo de 2018, que hace un compendio de la doctrina anterior, señala que "En la citada sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, hacíamos una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: "Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", tal como establece el art. 3 CC ." (...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). "En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. "Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a

efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". Dicha doctrina ha sido reiterada en la sentencia de Pleno de esta sala núm. 89/2018, de 19 de febrero en donde, entre otros extremos, decíamos:" [...] Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo."

En este caso, la conversión en acciones tuvo lugar en el año 2017, por lo que no ha transcurrido el plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC.

3º.- La nulidad del contrato se fundamenta en la ausencia de efectiva información acerca de la exacta naturaleza y alcance del producto contratado y la falta de adecuación del producto contratado al perfil de la demandante determinando la concurrencia de error en la prestación del consentimiento. Al efecto, ha de indicarse que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

A) Lo primero que se ha de tener en cuenta es que la demandante era cliente minorista, calificación que ni siquiera ha sido cuestionada por el banco

demandado, por lo que, de conformidad con el art. 78 bis de la Ley del mercado de valores, el deber del banco de dar información suficiente antes de contratar un producto como este era evidente y de exigibilidad máxima, lo que implica el deber de hacer un test de conveniencia y de idoneidad al cliente antes de contratar el producto.

El primero tiene la finalidad de aquilatar los conocimientos y la experiencia inversora del cliente en orden a determinar si puede comprender adecuadamente el funcionamiento y los riesgos inherentes al producto que se plantea contratar.

El segundo tiene como objeto obtener información sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión, así como para determinar si puede asumir los riesgos derivados del producto que contrata.

En este caso se realizó el primero (doc. 9 de la contestación), en el que se preguntaba sobre la suscripción de fondos de inversión, acciones o renta fija privada, a lo que la actora contestó afirmativamente, así como que realizaba inversiones de bajo importe y con poca frecuencia, recibiendo información de asesores de entidades financieras, posiblemente de la propia demandada.

La calificación de la cliente concluyó que se trataba de cliente con experiencia en productos financieros no complejos.

La cliente podría tener experiencia en productos financieros no complejos pero los que refiere y por los que se pregunta no son iguales ni similares al suscrito, que es un producto complejo, por lo que mediante la información facilitada el banco no podía inferir que tuviera experiencia y conocimientos suficientes en el producto suscrito.

Como se ha dicho, y conforme al art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, la entidad de servicios financieros ha de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, sobre la situación financiera u los objetivos de inversión del cliente con el fin de poderle recomendar los instrumentos financieros que más le convenga, por lo que el test de conveniencia debe referirse al producto concreto contratado y debe efectuarse también el test de idoneidad al objeto de realizar una recomendación personalizada, y en este caso no se hizo el test de idoneidad pese a que se prestó asesoramiento en materia de inversión, ya que hubo recomendación personalizada del producto.

Por todo lo cual, la entidad bancaria no ha logrado probar, pues los test de idoneidad y conveniencia son los medios probatorios más apropiados para conseguir dicho fin, que la actora hubiera adquirido información suficiente sobre el producto para suscribirlo con conocimiento de causa, y, al no haber realizado el test de idoneidad, era imposible recomendarle de forma acertada sobre la idoneidad del producto ofrecido, producto complejo y de riesgo alto.

B) Examinando la orden de suscripción de las obligaciones subordinadas (doc. 20 de la contestación), se aprecia que no contiene la más mínima explicación del funcionamiento, características o riesgos de este producto bancario, e incluso las referencias consignadas a efectos de identificación del producto (OB. SUB. BANCO POPULAR VT. 07-21) son incompletas y resultan poco clarificadoras para personas carentes de especiales conocimientos financieros. Como recoge la STS de fecha 11 de enero de 2019: "En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. 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 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 apartado de "CONDICIONES" de la citada orden de suscripción recoge unas supuestas manifestaciones del ordenante predispuestas, redactadas, e impresas por el banco en la orden de compra, que en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 no son relevantes en el sentido de haber sido informado, o de haber comprendido las características del producto, o de aceptar expresamente el riesgo de la inversión realizada, por cuanto se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya se dijo en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente.

Por tanto, la orden de suscripción no contiene información alguna información acerca de la naturaleza y características del producto y sus riesgos asociados, y aunque al firmar la orden de suscripción se le entregara al cliente el tríptico de la emisión, que no está firmado y carece de fecha, con ello no se cumple con la obligación de información que recae sobre la entidad demandada. Así resulta claramente de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 cuando indica que "la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas".

Por otra parte, el tríptico o resumen, si bien hace referencia a los riesgos del producto lo hace en unos términos tan complejos que no son accesibles para



un ciudadano medio. No se hace hincapié en los riesgos reales de pérdida total de la inversión que definitivamente se materializaron.

En cuanto a la información periódica facilitada por el banco al cliente sobre el valor de su inversión es completamente irrelevante a los efectos del cumplimiento de la obligación de información anterior a la contratación del producto.

Finalmente, no se pudo practicar la prueba testifical acordada al no comparecer la empleada de la entidad, pese a haber sido debidamente citada.

C) Por tanto, el banco no ha acreditado haber proporcionado la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos legalmente exigida ya que, como dice la STS de 20 de diciembre de 2017, era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos" que permitiera a la entidad asegurarse de que los clientes tenían suficientes conocimientos financieros y que los productos ofertados eran adecuados a su perfil inversor, lo que permite tener por acreditado el error invalidante del consentimiento que se ha alegado en la demanda, error que recae sobre un elemento esencial del contrato, como es la representación de su objeto y funcionamiento, y se trata de un error excusable, dado que la parte actora no tenía ninguna formación ni información suficiente que le permitiera entender la estructura y funcionamiento del producto, al haber incumplido el banco demandado sus obligaciones legales y contractuales.

Procediendo en consecuencia anular el contrato objeto del pleito con los efectos del artículo 1303 Código Civil, que exige que cada parte restituya a la contraria las prestaciones percibidas.

4º.- En materia de costas se aplica el art. 394.1 LEC.

## FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por  
frente a BANCO SANTANDER S.A. declaro la nulidad de la orden de compra de obligaciones subordinadas 2011-21, de fecha 19 de julio de 2011, por importe nominal de 24.000 euros, y de la posterior conversión en acciones de Banco Popular y condeno a la entidad demandada a proceder a la restitución del importe satisfecho por la suscripción que asciende a 24.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de la suscripción hasta la sentencia, y el interés de la mora procesal desde esta, con deducción de los rendimientos brutos percibidos por la demandante más el interés legal desde cada una de las respectivas fechas de cobro, y con expresa imposición a la demandada de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrá interponerse recurso de apelación en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados a partir del día siguiente al de su notificación, previa consignación del depósito previsto en la DA 15ª de la LOPJ

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

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución, es entregada en el día de hoy en esta Secretaría para su notificación dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a los autos, quedando el original archivado en el Libro correspondiente. Madrid, treinta de enero de dos mil veinte. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.