



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357026
Fax.: 942357027
Modelo: TX004

Proc.: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Nº.: 0001151/2020
NIG: 3907542120200015977
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000264/2021

Sección: Sec. 6

Puede relacionarse telemáticamente con esta
Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

| Intervención: | Interviniente: | Procurador: |
|---------------|--|--------------------------------|
| Demandante | ASOCIACION CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA | MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE |
| Demandado | BANCO SANTANDER SA | |

SENTENCIA nº 000264/2021

En Santander, a 22 de julio del 2021.

Vistos por el Ilmo./a D./Dña. Fermin Javier Goñi Iriarte, Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 de Santander y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 0001151/2020 seguidos ante este Juzgado, a instancia de ASOCIACION CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA representado por el Procurador D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE y asistido por el Letrado D./Dña. GISELA BERNALDEZ BRETON contra BANCO SANTANDER SA representado por el Procurador y defendido por el Letrado D./Dña.

sobre Otros contratos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la representación de la parte actora, se interpuso demanda, arreglada a las prescripciones legales en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminaba solicitando que se dictara sentencia de conformidad con el suplico de su demanda.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda se dispuso el emplazamiento de la demandada para que en el término legal compareciera en autos asistida de Abogado y Procurador y contestara aquella, lo que verificó en

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

tiempo y forma, por medio del oportuno escrito arreglado a las prescripciones legales, solicitando la desestimación de la demanda con expresa imposición de las costas causadas a la actora.

TERCERO. - Durante la audiencia previa las partes propusieron la prueba que estimaron conveniente, practicándose la admitida durante la celebración del juicio con el resultado que obra en el acta extendida al efecto, quedando posteriormente los autos sobre la mesa de S.S^a. para dictar sentencia.

CUARTO. - En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – PLANTEAMIENTO

Estas actuaciones tienen su origen en una demanda interpuesta por la representación de ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (“ACTUA”) que interviene en interés de

ejercitando acción de nulidad de contrato de suscripción de Valores Santander y de indemnización de daños y perjuicios frente a BANCO SANTANDER S.A. que ha comparecido oponiéndose.

Los hechos sobre los que se plantea el litigio son en síntesis los siguientes.

Los demandantes son una familia humilde que siempre habían confiado en el Banco Santander, y siempre observaban las pautas de ahorro que el comercial les indicaba como adecuadas a sus necesidades de conservación de capital.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

En todas las inversiones tenían un claro perfil conservador con un riesgo bajo o muy bajo.

En septiembre de 2007, el matrimonio de jubilados, su hija y su yerno recibieron varias llamadas de los comerciales del Banco Santander insistiéndoles en invertir su dinero en un producto garantizado con buena remuneración que se iba a agotar rápidamente. En la oficina le explicaron que el Banco había sacado ese producto para adquirir otro banco y que tenía muy buenas expectativas.

Los asociados advirtieron que el dinero que tenían eran los ahorros de toda su vida y que por lo tanto no quería ningún producto que fuese de riesgo, donde pudiese perder ese capital.

A esto le respondieron que era el mejor producto que había, que no se iba a arrepentir, que debían cancelar SANTANDER EQUILIBRIO ACTIVO, FI y que debían firmarlo cuanto antes, ya que además podrían retirar el dinero cuando quisieran.

Dada la confianza que tenían con el Banco, firmaron una orden prácticamente en blanco y en ningún momento recibió más información que la detallada anteriormente ni se le entregó el Tríptico Informativo de Valores Santander.

Por tanto, nunca dispuso de un documento firmado en el que constasen los elementos esenciales de la inversión, la definición de obligaciones necesariamente convertibles a precio de canje indeterminado, el nivel de elevadísimo riesgo, el emisor distinto al banco comercializador, o el código ISIN que permite localizar el producto en la CNMV.

Por tanto, la información contractual sobre las características y condiciones de lo que se firmaba fue insuficiente, confusa y equívoca.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

El matrimonio de jubilados y su hija y su yerno fueron recibiendo los cupones de la inversión en su libreta de ahorro como si fuesen los intereses de un plazo fijo.

El 10 de octubre de 2012 el matrimonio de jubilados perdió 27.364,80 Euros y su hija, auxiliar administrativa y su yerno, taxista perdieron 10.944,50 Euros.

Por estos motivos solicitan a través del presente procedimiento que se declare la responsabilidad por incumplimiento contractual derivada de la falta de información en la compra de dichos Valores e indemnización de daños y perjuicios.

La demandada se opone alegando en primer lugar la falta de legitimación activa y subsidiariamente que los actores fueron informados de las características y del funcionamiento del producto, y con base en ella decidió suscribir el contrato.

SEGUNDO. -LEGITIMACION ACTIVA DE LA ASOCIACION

Debe analizarse en primer lugar la excepción formulada de falta de legitimación de la asociación actora.

Esta cuestión ha sido analizada por nuestra Audiencia Provincial pudiendo citarse a título de ejemplo la SAP, Civil sección 2 del 08 de mayo de 2020 (ROJ: SAP S 441/2020 - ECLI:ES:APS:2020:441) que establece lo siguiente:

“1. Para juzgar sobre la legitimación de la sociedad actora, principiemos por recordar el contenido del art. 11.1 LEC, cuando expresa que

" Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios."

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/InDex.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

2. La concreta consideración de la legitimación extraordinaria de una asociación de consumidores en la defensa e interés de uno de sus asociados por la adquisición de productos o instrumentos financieros o de inversión de naturaleza compleja, cuando en el proceso se articulan acciones sobre su ineficacia o sobre la responsabilidad civil por daños que se exige a la entidad vendedora, ha sido tratado en la STS nº 656/2018 de 21 nov. 2018.

En lo que ahora importa interesa destacar los siguientes párrafos iniciales que sirven de forma genérica para legitimar la acción de la asociación de consumidores al decir que:

"Se trata de una legitimación especial (la del art. 11.1 LEC), destinada a facilitar la defensa de los intereses de los consumidores. En principio, bajo el régimen general del art. 10 LEC, la condición de parte legítima se atribuye a quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica y objeto litigioso, sin perjuicio de los casos en que la Ley atribuya legitimación a una persona distinta del titular, como ocurre en el art. 11.1 LEC.

Esta legitimación alcanza en todo caso al ejercicio de las acciones surgidas al amparo de la normativa protectora de consumidores y usuarios: esencialmente Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y también otras normas que contemplan expresamente la protección del consumidor. Además, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta legitimación se extiende a otros casos en que las asociaciones de consumidores actúan en defensa de los intereses particulares de alguno de sus asociados, intereses como consumidores y usuarios que guardan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

3. Así es como la sentencia recurrida, aunque la acción ejercitada no es propiamente una acción nacida directamente de la normativa de consumidores, ha entendido que podía quedar amparada por esta legitimación especial del art. 11.1 LEC, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta estas normas en un sentido amplio y flexible.

La doctrina invocada por la Audiencia se encuentra en las SSTC 73/2004, de 22 de abril, y 219/2005, de 12 de septiembre. Ambas sentencias se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/IndeX.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf5024e51f4bb0be3359j4+FAA==

refieren a dos casos en que se había denegado legitimación a una asociación de consumidores para recurrir por vía contencioso-administrativa en representación de alguno de sus asociados. La segunda, que cita a la primera, parte de la siguiente premisa:

"al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (por todas, STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3).

Y luego, explica esta doctrina respecto de la legitimación de las asociaciones de consumidores:

"A esos efectos, y en el particular relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, este Tribunal ha declarado, en primer lugar, que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constado que "por expresa previsión legal las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos?, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio)" (STC 73/2004, FJ 5). En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de

fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercute, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004, FJ 6)".

Esta doctrina fue reiterada por la posterior STC 131/2009, de 1 de junio, también con ocasión de una denegación de legitimación activa a una asociación de consumidores para interponer un recurso contencioso-administrativo."

4. Tras las apreciaciones anteriores la STS nº 656/2018 de 21 noviembre, introduce los argumentos concretos de la decisión, al señalar que

"4. El trasfondo de esta cuestión es la denuncia del uso abusivo de esta legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia justicia gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados.

Y en este marco, del reconocimiento de este derecho, también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la sentencia 217/2007, de 8 de octubre. En aquel asunto, se había denegado a una asociación de consumidores el derecho de asistencia jurídica gratuita "para litigar en defensa de uno de sus asociados contra una compañía de seguros, en un pleito sobre reclamación de cantidad por rescisión de un contrato de seguro decenal".

El Tribunal Constitucional recuerda que la legislación vigente reconoce este derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores "en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

Luego, añade algo muy ilustrativo para poder precisar esta última salvedad (cuando guarden relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado), que la normativa vigente al dictarse el auto impugnado (el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios), establecía:

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

"las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas legalmente e inscritas en el correspondiente registro, "tendrán como finalidad la defensa de los intereses ... de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; ... y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2", esto es, cuando los derechos de los consumidores y usuarios "guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

"En cuanto a la definición de lo que ha de entenderse por "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" a los efectos establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, se contiene actualmente en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, cuyo anexo I, apartado C (Servicios), se refiere, entre otros servicios, a los seguros".

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

Adviértase que la normativa actual, en concreto el art. 9 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contiene una previsión muy similar:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

"Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

5. De este modo, la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.

Es cierto que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, en su anexo I, apartado C, núm. 13, menciona los "servicios bancarios y financieros", dentro del catálogo de "productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita". Por lo que, en principio, los servicios bancarios o financieros no quedan excluidos en todo caso. Esto es, una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC.

Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser considerados como servicios de uso común, ordinario y generalizado, y otra distinta que siempre y en todo caso lo sean. Esto es, hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y un ejemplo paradigmático de esto es el que ahora es objeto de enjuiciamiento.

El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Teodulfo y Montserrat, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinl Airports y Meinl Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de marcado carácter especulativo.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez García

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.

Los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC.

6. En consecuencia, procede estimar este motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander. Su estimación conlleva dejar sin efecto la sentencia de apelación, y en su lugar estimar en su integridad el recurso de apelación de Banif (en la actualidad, Banco Santander) y desestimar la demanda por falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante.

La estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander hace innecesario en análisis del resto de los motivos de este recurso y del recurso de casación. Tampoco resulta necesario el examen de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por Auge, que se tienen por desestimados.

1. Para una adecuada valoración y apreciación de las circunstancias concurrentes resulta preciso partir de las siguientes circunstancias de hecho:

(i) la actora, como asociación de consumidores legalmente reconocida, de acuerdo al art. 11.1 LEC, ejercita la acción en interés de sus asociados, de

(ii) ambos adquirieron catorce títulos de Valores Santander por un importe de 70.000 € , por lo que se trataba de una inversión modesta;

(iii) a través de la documentación aportada en autos (doc.nº21 a 23 de la demanda) no consta que la experiencia inversora de los asociados fuera excesiva por lo que no existen datos para calificarlos como inversores muy activos, experimentados, sofisticados y arriesgados.

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Como señala la sentencia antes citada, la apreciación final sobre el reconocimiento de la asociación actora para accionar en nombre e interés de sus asociados no puede resolverse de una misma forma o manera para todos los supuestos, sino en contemplación de las concretas características que acompañen a cada uno de los asociados, su habitual proceder y el contenido de sus inversiones.

La distinción obliga a ponderar las circunstancias resultantes de cada supuesto para, partiendo de la regla general, determinar la excepción. Si la regla general es reconocer la legitimación (SSAP, Sección 2ª, 3 de febrero y 1 de marzo de 2017, como también indica la SAP (4ª) AP de Cantabria, de 2 de octubre, rectificando el criterio de la dictada con el nº 49/2019, de 10 de septiembre, de la misma sección) el supuesto particular, como el que ahora se presenta, permite la excepción.

En consecuencia, atendiendo a las circunstancias particulares del caso no existen motivos bastantes para apartarse de la regla general y por tanto debe reconocerse la legitimación a la Asociación demandante

TERCERO. - DOCTRINA GENERAL SOBRE ESTE PRODUCTO

La parte actora plantea una acción de indemnización de daños por incumplimientos graves y dolosos por la demandada de los deberes de correcta comercialización de producto financiero y por incumplimiento por la demandada del contrato de administración de valores y de asesoramiento financiero.

Para la resolución de esta cuestión debe partirse de la doctrina que muy recientemente han establecido las dos Secciones de nuestra Audiencia Provincial en asuntos similares al presente relativas a la contratación de este mismo producto y que a continuación se transcribe.

Así, por ejemplo la Sentencia de la sección segunda de 14-5-2018 Roj: SAP S 332/2018 - ECLI:ES: APS:2018:332 establece lo siguiente:

“Es oportuno comenzar recordando que este tribunal ha calificado reiteradamente los Valores Santander como producto complejo y arriesgado.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/IndeX.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Así, a este respecto se hacían en la *sentencia 425/2016, de 19 de julio (rollo 403/15)* las siguientes consideraciones : *«La emisión de los " Valores Santander " se realizó en el marco de la oferta pública de acciones sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro formulada por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis. Consecuentemente con la adquisición de esas acciones y las previsiones explicitadas en el Tríptico de Condiciones de emisión de los Valores Santander, el Banco canjeó los valores emitidos por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión del Banco Santander, conversión que podía hacerse voluntariamente el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, y obligatoriamente el 4 de octubre de 2012. Mientras no se produjera la conversión (voluntaria u obligatoria) los valores y las obligaciones convertibles en acciones por los que fueron canjeados podían -en determinadas condiciones- devengar un interés nominal anual del 7,30% (7,50% TAE) hasta el 4 de octubre de 2008, y del Euribor + 2,75% desde esa fecha hasta su conversión (voluntaria u obligatoria) en acciones. // El Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 17 de junio de 2016 (ROJ: STS 2894/2016), referida a unos bonos subordinados emitidos por el Banco Popular, con vencimiento a tres años, necesariamente convertibles en acciones, con un cupón trimestral del 8% TAE, considera esos bonos como "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". Tras esta consideración el Tribunal Supremo concluye que los bonos necesariamente convertibles en acciones no son solo productos complejos sino también arriesgados, "lo que -de acuerdo con la sentencia citada- 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". // Los bonos del Banco Popular y los Valores Santander son productos análogos. Por lo tanto los Valores Santander merecen también la calificación de complejos y arriesgados ».

Más recientemente *nuestras sentencias de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP S 20/2018) o la de 20 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP S 470/2017) insisten en esa apreciación afirmando que este producto financiero «[es] no solo complejo, a los efectos legales, sino claramente arriesgado (como se infiere ya de la redacción previa a la transposición de la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, que ocasionó la reforma de la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007, y desde luego según el texto del art. 79 bis 8 a) LMV, actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), en el sentido ya indicado por el TS en su reciente sentencia de 17 de junio de 2016 , que recuerda que son productos complejos los que suponen generalmente un mayor riesgo para el inversor, menor liquidez y más dificultad para su comprensión, y que singularmente están caracterizados porque el inversor puede perder un importe superior a su coste de adquisición, muy habitualmente por ser un producto derivado. Como indica la citada sentencia -que estudia un contrato de bonos u obligaciones necesariamente convertibles en acciones de naturaleza muy próxima al contrato de autos-, la "principal característica es 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". En cualquier caso, su carácter de producto complejo proviene de constituir un instrumento híbrido en cuanto*

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que pueden ser llamados a absorber las pérdidas del emisor; incorporan un derivado que no puede recibir otra calificación ».

El carácter complejo de los denominados Valores Santander es también afirmado por innumerables sentencias de otros tribunales provinciales; por todas: *SS AP Lleida de 19 de abril de 2018 (ROJ: SAP L 180/2018)*, *Zaragoza de 6 de marzo de 2018 (ROJ: SAP Z 532/2018)* o *Valencia de 5 de marzo de 2018 (ROJ: SAP V 990/2018)*.

Existencia de un deber de información a los clientes en la contratación de productos complejos y consecuencias de su falta.

Son igualmente numerosos los pronunciamientos judiciales que recuerdan la existencia de una normativa MiFID, pero también pre-MiFID -la aplicable en atención a la fecha del contrato (27 de septiembre de 2007)- que impone a las empresas que intermedian en la contratación de productos financieros unos deberes especiales de información, a fin de proporcionar al cliente un correcto conocimiento de los riesgos asumidos al contratar. En este sentido, baste ahora citar la *STS 450/2016, de 1 de junio (ROJ: STS 2597/2016)*. Como la finalidad de esos deberes de información 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, y la falta de tal información debida incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si al cliente necesitado de esa información la entidad financiera no se la suministra de forma acreditadamente comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. En

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/IndeX.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

este sentido, la reciente *STS 641/2017 de 24 Noviembre 2017* , recuerda que es jurisprudencia constante de la sala la de que *«lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo»*.

Como recuerda el *Tribunal Supremo en su sentencia 285/2017 de 12 mayo* , la jurisprudencia ha establecido que para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable es necesario que el cliente sea un profesional del mercado de valores o, al menos, un cliente experimentado en este tipo de productos, no pudiendo presumirse específicos conocimientos en materia bancaria o financiera en una sociedad mercantil, en sus administradores o representantes, ni en licenciados en derecho o en económicas con meros conocimientos generales en materia bancaria o financiera.

CUARTO. - INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACION PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL

Aplicando la anterior doctrina al presente caso resulta que la entidad bancaria no ha conseguido acreditar que al tiempo de la contratación facilitara a los adquirentes una información clara y precisa acerca de ese producto y los riesgos que asumía, ni que éstos merecieran entonces la consideración de clientes experimentados y por lo tanto concedores de las características y consecuencias de lo que adquirirían.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

El testimonio del empleado del banco acerca de cómo se realizó aquella contratación es insuficiente para demostrar que se facilitara al cliente la información suficiente. Por un lado porque para valorarse la fuerza probatoria de su declaración hay que tomar en consideración la razón de su ciencia y las circunstancias que en ellos concurren, no pudiendo obviarse la relación laboral entre la entidad demandada y el testigo, y el hecho incuestionable de que al haber intervenido directamente en la contratación está claramente interesada en afirmar la correcta comercialización del producto, debiendo recordar que como apunta la *STS, Pleno, de 12 de enero de 2015 (nº769/2014)* «no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado».

Pero es que además el testimonio del empleado referido resulta insuficiente ya que según ha manifestado no recuerda a los clientes por lo que no puede afirmar si intervino o no en la comercialización de este producto con ellos, lo que puede resultar lógico dado el largo tiempo transcurrido y el número de operaciones similares en las que desde entonces ha podido intervenir, careciendo de relevancia para resolver este caso sus manifestaciones acerca de cómo se realizaba en general la contratación.

No es posible tampoco afirmar que los demandantes pudieran ser considerados como clientes experimentados, y por lo tanto suficientemente informados acerca de la naturaleza y riesgos de productos como Valores Santander.

Es cierto que su experiencia inversora era superior a la imagen que se pretende trasladar en la demanda tal y como resulta de la documentación acompañada con la contestación y que consistía en acciones y fondos de inversión con mayor proporción de renta variable y fondos de pensiones.

Ahora bien, con estos antecedentes no es posible concluir que los actores tuvieran una experiencia en la contratación de productos financieros complejos ni que tuvieran capacidad suficiente para comprender por sí mismos las características y riesgos de un producto de este tipo ni que el mismo fuera adecuado a su perfil inversor.

En cualquier caso, esto tampoco releva a la demandada de su obligación de ofrecer al cliente toda la información de manera cuidadosa de manera que éste pueda comprender que a pesar de que en un primer momento su aportación en dinero tiene similitud con un depósito a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y puede producir la pérdida de la inversión.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a estos efectos sigue la del TJUE, el simple ofrecimiento de un producto de inversión a un cliente minorista entraña asesoramiento.

A la hora de la venta debe desmenuzar y hacer comprensibles al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los valores sin limitarse a entregar este documento, pues el mismo maneja unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista.

La jurisprudencia ha señalado con reiteración que el mero hecho de entregar un tríptico en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida la obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. La obligación informativa que establece la normativa del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad.

También es doctrina pacífica que las menciones predispuestas por la entidad bancaria consistentes en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional y vacías de contenido real resultan ineficaces. Así la STS de 12 de enero de 2015:

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

Establece que " (...) Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por... en el sentido de que "he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..." y "declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo". Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia 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. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista" .

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que la demandada no ha logrado acreditar que hubiera cumplido con su obligación de información cuidadosa y detallada que se deriva de la relación de asesoramiento.

QUINTO. - DETERMINACION DE LOS DAÑOS Y DEL NEXO CAUSAL

Para el triunfo de la acción ejercitada se requiere además la concurrencia de otros dos requisitos: que se haya causado un perjuicio y que el mismo derive del incumplimiento de ese deber de información.

Este Tribunal ha venido manteniendo en supuestos análogos al presente que no se acreditaba de manera cumplida la concurrencia ni de la relación causal entre el incumplimiento del deber de información y el daño reclamado ni la realidad ni el alcance de éste, máxime cuando los actores continúan siendo titulares de las acciones adquiridas en virtud del canje que les han continuado reportando rendimientos desde el año 2012.

No obstante, a la vista de las recientes sentencias de nuestra Audiencia SAP, Civil sección 2 del 04 de marzo de 2021 (ROJ: SAP S 338/2021 - ECLI:ES:APS:2021:338) y SAP, Civil sección 2 del 18 de mayo de 2021 (ROJ: SAP S 408/2021 - ECLI:ES:APS:2021:408)revocando otras anteriores de este Juzgado en las que se mantenía dicho criterio debe modificarse el mismo asumiendo el del órgano de apelación.

Así se establece que “1.- Acreditado el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus deberes en orden a asegurarse que los inversores actuaran con pleno conocimiento de los riesgos del producto, ha de admitirse como se postula en la demanda que la entidad es responsable del daño causado. En la sentencia de instancia, aunque se acoge la tesis de los demandantes sobre el incumplimiento por la demandada de sus deberes de información, se afirma que no han concretado ni explicitado el nexo causal entre el daño que se afirma y esa conducta de la entidad bancaria, afirmación que no puede mantenerse en esta alzada porque de la lectura misma de la demanda se desprende que ya en esta se mantuvo la existencia de tal relación causal, concretándola en el hecho de que la falta de información sobre el verdadero riesgo del producto estuvo en la base de la contratación y fue determinante de la adquisición siquiera, ciertamente, la tan excesiva como innecesaria reiteración de citas jurisprudenciales oscurezca, más que aclarar, la argumentación de la parte. 2.- Por otra parte, es claro el daño sufrido, que se concretó en el momento de consumación del contrato mediante el canje de los valores en acciones, momento en que se cumplieron todas las previsiones del contrato y este se agotó; en ese momento lo recibido por los demandantes de la entidad bancaria fueron acciones conforme a la valoración contractualmente prevista con las variaciones introducidas durante la vida del contrato, pero esas acciones tenían un valor real mucho menor,

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 23/07/2021 09:40

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA==

suponiendo ello indudablemente un quebranto que trae causa directa de la contratación del producto y que no se hubiera producido sin esta. En la recurrida se sigue el criterio, adoptado por algún tribunal provincial (SAP Valencia 29 junio 2020), de considerar que no habiendo transmitido aun los clientes las acciones recibidas, por definición de cotización fluctuante, no puede afirmarse la existencia del daño; pero con ello soslaya que el contrato tuvo un momento claro de pleno cumplimiento, de agotamiento, que es el en que aflora realmente lo sucedido y el daño sufrido por los inversores. A partir de ese momento cesa toda posibilidad de imputar a la entidad bancaria nuevos daños o beneficios por razón de la contratación, pues desde entonces la inversión solo depende del titular de las acciones y no cabe, por tanto, tener en cuenta rendimientos posteriores de esas acciones, como tampoco cabría considerar nuevas depreciaciones en su valor como incremento del daño. Este, de existir, se produjo en el momento mismo de la entrega de las acciones, que supuso el fin definitivo de la relación contractual.

3.- El daño en este tipo de responsabilidad viene representado, como ha establecido la doctrina legal, de la que son ejemplo las SSTs de 14 y 22 de Marzo de 2018, 16 noviembre 2017 y 5 mayo 2008, por la diferencia entre lo entregado por el cliente y lo recibido de la entidad por todos los conceptos: «En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste». Esta regla fue aplicada también por la sentencia 714/2014, de 30 de diciembre, en un caso en que se apreció el incumplimiento contractual en la labor de asesoramiento que provocó la adquisición de participaciones preferentes, cuando concluyó que «el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido

el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes».”

En nuestro caso, siendo la inversión de 70.000 euros el daño está constituido por la diferencia entre esa cifra y los intereses que percibieron los demandantes durante la vida del contrato (16.797,48 euros), más el valor real de las acciones en el momento en que las recibieron, que fue de 31.649,86 euros (5.401 títulos a 5,86 euros la acción de acuerdo con el doc.nº21 Y 22 de la contestación), por lo que el quebranto fue de 21.552,66 euros, por lo que en esta suma debe cifrarse el daño, condenando a la demandada a su pago junto con los intereses legales desde la interpelación judicial (art. 1.108 CC) y los de mora procesal (art. 576 LEC) desde esta fecha.

SEXTO. - COSTAS PROCESALES

No procede hacer imposición de costas al tratarse de una cuestión compleja como se pone de manifiesto mediante la aportación por ambas partes de numerosas sentencias dictadas por distintos juzgados de toda España e incluso de esta Comunidad Autónoma en sentido dispar en relación con este mismo producto y como se revela con el cambio de criterio que ha realizado este Juzgado en relación con lo resuelto hasta el momento en otros procedimientos análogos por lo que pueden haber serias dudas de derecho que deben conducir a la no aplicación del criterio del vencimiento (Art. 394 Ley de Enjuiciamiento civil).

FALLO

ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por la procuradora Sra. MENDIOLA OLARTE en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (“ACTUA”) que interviene en interés de

frente a BANCO

SANTANDER S.A. representado por el procurador

debo condenar a este a abonar a aquellos la cantidad de **21.552,66 euros** más los intereses legales desde la interpelación judicial (art. 1.108 CC) y los de mora procesal (art. 576 LEC) sin que proceda hacer imposición de las costas causadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de CANTABRIA (artículo 455 LECn). El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de **veinte días** contados desde el día siguiente a la notificación de aquella y el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANCO DE SANTANDER nº 386100004115120 con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

PUBLICACION. - Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la dictó, estando el mismo en Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe. En Santander, a fecha anterior.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 23/07/2021 09:40



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

| | |
|---|-------------------------|
| Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html | |
| Código Seguro de Verificación: 3907542005-34fa0a61135dcf502de51f4bb0be3359j4+FAA== | Fecha: 23/07/2021 09:40 |
| Firmado por: Fermin Javier Goñi Iriarte, Lorena Alvarez Garcia | |