



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1

Avenida Pedro San Martín S/N  
Santander  
Teléfono: 942357018  
Fax.: 942357019  
Modelo: TX004

## Proc.: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Nº.: 0000651/2020  
NIG: 3907542120200008138  
Materia: Otros contratos  
Resolución: Sentencia 000208/2021

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 000208/2021

En Santander, a 2 de septiembre del 2021.

Vistos por JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, los presentes autos de **Juicio Ordinario**, seguidos en este juzgado bajo el 651 del año 2019, a instancia Doña María Jesús Mendiola Olarte, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), entidad que actúa en defensa e interés de su asociada

bajo la  
dirección letrada de Doña Gisela Bernáldez Bretón, contra BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora  
, bajo la dirección del Letrado  
, procede, en nombre de S.M. el rey, a dictar la presente  
resolución:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Por Doña María Jesús Mendiola Olarte, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), entidad que actúa en defensa e interés de su asociada

bajo la  
dirección letrada de Doña Gisela Bernáldez Bretón, entidad que actúa en  
defensa e interés de su asociada

, bajo la dirección letrada de Doña Gisela Bernáldez Bretón,

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

se presentó el 24 de junio de 2020 demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A., por la que en base a los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo y que se dan por reproducidos, solicitaba se dicte sentencia por la que en relación a la suscripción de VALORES SANTANDER:

1).- Se declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS (art. 2c, art. 25 y art. 26 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigente al momento de contratación y art. 1.100, art.1.106 y art. 1.1007 CC) por INCORRECTO ASESORAMIENTO, DEFICIENTE INFORMACION PRE Y POSTCONTRACTUALES Y EXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERES en la recomendación de compra del producto VALORES SANTANDER al ser INADECUADO, COMPLEJO Y DE ELEVADO RIESGO, no adaptado a las instrucciones de conservación de capital de UNA FAMILIA DE JUBILADOS SIN ESTUDIOS, y condene al pago de 101.027,76€ por el resultado de la suma de las cantidades resultantes de la pérdida declarada menos los rendimientos obtenidos más el interés legal como lucro cesante y devaluación por IPC de la inversión hasta el canje y extinción del contrato en el año 2012 (103.086,15 € + 45.110,50€ - 46.275,37€= 101.027,76 € por existir dolo en la comercialización (CONFLICTO DE INTERES) e incumplimiento contractual (INCORRECTO ASESORAMIENTO), evitando así el enriquecimiento injusto del banco incumplidor.

2).- SUBSIDIARIAMENTE, en caso de que la anterior no sea acordadas, pido al tribunal que declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS (art. 1.100, art.1.106 y art. 1.1007 CC ) POR INCUMPLIMIENTO de las CONDICIONES DE EMISION incluidas en el TRIPTICO INFORMATIVO y la NOTA DE VALORES Y LA EXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERES estimados en 103.086,15 € reconocida por el banco en el DOCUMENTO N° 17 al ser la pérdida declarada a fecha de conversión y de conformidad con el 1.306 CC por ser la ganancia esperada según la oferta realizada y frustrada por los incumplimientos denunciados.

3).- En todo caso, condenar a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento dada la actuación DOLOSA del banco durante toda la relación contractual (ART. 394.3 LEC) y de conformidad con la Sentencia del TS, Sala Civil del 17 de marzo de 2016 (Rec.: 2532/2013) en relación a las peticiones alternativas o subsidiarias.

**SEGUNDO.** - Se admitió a trámite la demanda dándose traslado de ella a la demandada para que se personase y contestase en el plazo de veinte días, lo que verifiqué, oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación.

**TERCERO.** - Se señaló para la celebración de la audiencia previa el 14 de diciembre de 2020, a la que comparecieron ambas partes. En el acto de la audiencia previa tras resolver las excepciones procesales planteadas, Las partes propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente. El juicio tuvo lugar el 18 de mayo de 2.021. En el acto de juicio se practicaron las pruebas admitidas. Tras ello las partes formularon conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - Planteamientos

La parte actora ejercita con carácter principal una acción de responsabilidad por daños y perjuicios por incorrecto asesoramiento, deficiente información pre y postcontractuales y existencia de conflicto de interés en la recomendación de compra del producto Valores Santander al ser inadecuado, complejo y de elevado riesgo, solicitando la codena de la demanda a pagar 101.027,76 € siendo el resultado de la suma de las cantidades resultantes de la pérdida declarada menos los rendimientos obtenidos más el interés legal como lucro cesante y devaluación por IPC de la inversión hasta el canje y extinción del contrato en el año 2012. Subsidiariamente, la demandante ejercita una acción responsabilidad por daños y perjuicios (art. 1.100, art.1.106 y art. 1.1007 cc ) por incumplimiento de las condiciones de emisión incluidas en el tríptico informativo y la nota de valores y la existencia de conflicto de interés.

La entidad demandada se opone a la demanda. Alega primeramente falta de legitimación activa de la asociación demandante. Sostiene además que la acción de responsabilidad por incumplimiento del contrato de suscripción de los Valores Santander es inhábil para conducir pretensiones relativas a un supuesto déficit informativo previo al otorgamiento de tal contrato. En todo caso, la acción indemnizatoria estaría prescrita en la fecha de formulación de la demanda por aplicación del art. 945 del C. Com. Además, defiende la demandada que la consolidación de los contratos (por falta de ejercicio y caducidad de la acción de nulidad relativa) determina la necesaria ruptura del nexo causal entre el supuesto déficit informativo y el daño, lo que conlleva la inviabilidad de cualquier acción indemnizatoria. En todo caso, alega que no concurren los incumplimientos que se imputan a Banco Santander. Se opone la demandada también a la responsabilidad contractual por incumplimiento de las condiciones contenidas en la Nota de Valores pues: (a) Las características de los Valores Santander recogidas en la Nota de Valores no son cláusulas contractuales susceptibles de ser incumplidas, lo que es presupuesto de la acción ejercitada; y (b) La acción se basa en alegaciones infundadas que no guardan relación de causalidad con el supuesto daño. Por último, con carácter subsidiario, se opone a las eventuales consecuencias de las acciones ejercitadas que se indican en la demanda.

### SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

La entidad demandada sostiene que la asociación demandante carece de legitimación para entablar la acción ejercitada en nombre de sus asociados.

El art. 11.1 LEC dispone que "*sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituida 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*".

El Tribunal Constitucional ( SSTC 73/2004, de 22 de abril y 219/2005, de 12 de septiembre) abordó el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario

También la STC 217/2007, de 8 de octubre recuerda que conforme a la normativa vigente en ese momento (el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios), *"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". 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". El actual 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: "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".*

La STS núm. 656/2018 de 21 de noviembre establece que *"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*

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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."

En el caso analizado por la Sentencia del TS se trataba de la adquisición por dos particulares, en año y medio de diez productos complejos, de marcado carácter especulativo, por un valor aproximado de 4 millones de euros. La STS concluye que *"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 "*

En el caso que nos ocupa los *"Valores Santander"* son un producto complejo y de carácter especulativo. Pero, siguiendo el Auto de la AP Cantabria, Sec. 4, de 2 de octubre de 2019, procede entender, interpretando la Sentencia del Tribunal Supremo analizada, que en ella no se ha resuelto que todo servicio financiero complejo y especulativo no pueda ser valorado como acto o servicio de uso común, ordinario y generalizado. Frente a ello, enfatiza el Alto Tribunal en la valoración no solo de la naturaleza sino también de las circunstancias concurrentes, y el asunto resuelto en la Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (adquisición en un año y medio de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros) nada tiene que ver con las circunstancias del supuesto de hecho que ahora nos ocupa. Como recuerda el Auto de la AP de Cantabria, Sec. 2, de 24 de junio de 2020, Valores Santander fue un producto ofertado indiscriminadamente a los clientes de la entidad, por lo que se trata de un producto de uso común. Los suscriptores de Valores Santander en este caso encajan en el perfil del particular sin conocimientos financieros que, asesorado por los empleados de la entidad, adquirieron el producto con la finalidad de obtener rendimientos, por lo que esta fórmula de suscripción se asimila a las condiciones en las que se produjo la adquisición por el grupo mayoritario de clientes afectados

Por ello, atendiendo a las evidentes disparidades entre las circunstancias del supuesto resuelto por el Tribunal Supremo y el que aquí nos ocupa, no apreciamos razones para entender privada de legitimación activa a la actora por la existencia de un supuesto abuso de derecho.

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

### TERCERO. - HECHOS PROBADOS

Resulta probado que

realizaron entre 2007 y 2011 con Banco Santander diversas suscripciones de "Valores Santander":

- , firmó las siguientes órdenes de Valores Santander con un total invertido de 111.781,65€:

- 04-10-2007.....15.000
- 07-11-2007.....10.109,20
- 04-07-2008..... 5.000
- 30-09-2009.....15.979,80
- 05-10-2008...29.694,60
- 02-02-2011.....35.998,05

- suscribieron las siguientes ordenes con un total de 38.088,41€:

- 01-08-2008....13.355,75€
- 19-06-2009..... 9.763,96€
- 02-10-2009....14.968,70 €

- MARTINEZ firmaron las siguientes ordenes con un importe total de 39.157,96€:

- 04-10-2007...15.000€
- 17-06-2009.... 12.384€
- 01-10-2009....11.773,96€

- La entidad demandada ofreció a los citados suscritores la inversión en Valores Santander, producto complejo y de riesgo, sin facilitarles la información necesaria para entender los riesgos que implicaba invertir en esos valores. Tampoco se realizaron test de idoneidad.

Los inversores percibieron en concepto de rendimientos hasta la conversión de los valores Santander en acciones los siguientes importes:

- , un total de 14.900,82 euros.

- , un total de 6.630,09 euros.

- , un total de 7.504,85 euros.

En junio de 2012 se procedió a la conversión de los Valores

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Santander en acciones del Banco Santander. En la conversión, recibió 11.320 acciones de Banco Santander, 3.773 acciones y otras 3.773 acciones de Banco Santander.

Los inversores sufrieron pérdidas patrimoniales en el momento de la conversión que, descontados los rendimientos recibidos, ascendieron a los siguientes importes: por importe de 44.948,47 €, por importe de 14.473,45 €, y por importe de 14.628,57 €.

#### **CUARTO.- Valores Santander**

Con carácter previo procede exponer que son los “Valores Santander” para mejor comprensión del producto a que se refiere este litigio.

En los meses de junio y julio de 2007, el consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera ABN AMRO. Para financiar esta operación, Banco Santander emitió los Valores Santander el 4 de octubre de 2007. Como esta emisión se vinculaba a la operación descrita, su evolución posterior quedaba igualmente ligada al resultado de esa operación.

a) Si el consorcio en el que participaba Banco Santander no adquiriría ABN AMRO, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo del 7,30%.

b) Si, por el contrario, se procedía a la adquisición de ABN AMRO por el citado consorcio (como así sucedió), entonces los valores emitidos se convertirían en *obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander*, devengando un interés anual (7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero siempre trimestralmente) hasta su necesaria conversión en acciones del Banco. Esta conversión podría efectuarse, o bien anualmente (cada año a partir de octubre de 2007) voluntariamente y, por tanto, a iniciativa del inversor o bien obligatoriamente, transcurridos cinco años desde la emisión del producto siempre a un valor o precio de conversión determinado de inicio.

La operación de ABN AMRO se culminó con éxito por lo que los títulos emitidos se convirtieron en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander.

El rasgo fundamental de este producto es que, con independencia de la posterior evolución en el mercado del valor de las acciones del Banco Santander, el cliente siempre iba a recibir un número ya determinado de acciones. Por ello el éxito de la operación dependía de que al tiempo de la conversión de las obligaciones en acciones el valor éstas fuera superior al precio predeterminado para conversión. Si estaba por debajo (como así ocurrió), el cliente perdía al recibir las acciones a un precio superior al de cotización.

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

Los VALORES SANTANDER son un producto complejo y arriesgado.

La STS de 25 de mayo de 2021 ha establecido en relación a los Valores Santander lo siguiente:

*“Pues bien, conforme a las características expuestas y, pese a la parquedad explicativa de los documentos mencionados, los valores litigiosos deben ser calificados como un producto financiero complejo, en los términos de la legislación del mercado de valores, porque: (i) el precio de reembolso no es conocido de antemano, (ii) el inversor puede perder todo o parte de lo invertido y (iii) su valor último depende del valor de otro producto (derivado). Por ello, los bonos necesariamente convertibles en acciones son considerados por la CNMV como productos complejos (Guía de la CNMV sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).*

Como declaramos en la sentencia 411/2016, de 17 de junio , respecto de un producto financiero muy similar:

*“Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción”.*

*Este carácter complejo y arriesgado obliga a la entidad financiera comercializadora a suministrar al inversor no profesional 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 o con un préstamo, a la postre implica la adquisición obligatoria de capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.*

#### **QUINTO.- Sobre la acción de responsabilidad. Asesoramiento financiero.**

La demandante ejercita con carácter principal una acción de responsabilidad basada en el incumplimiento de los deberes de información.

El art. 1101 CC establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencia, la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones", es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales, ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38



y, por tanto, trae su causa inmediata del *artículo 1089 del mismo texto legal*, según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que señala que el incumplimiento de los deberes de información en la comercialización de productos financieros en supuestos de asesoramiento financiero es título de imputación de responsabilidad.

Al respecto del concepto de asesoramiento financiero la STS de 20 de enero de 2014, recurso núm. 879/2012, señala lo siguiente: “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 29-12-2015, 16-09-2015, 20-01-2014, entre otras muchas) es ya reiterada en el sentido de que los ofrecimientos mediante contacto directo con el cliente constituyen un servicio de asesoramiento financiero. Y para que haya asesoramiento financiero no es necesario que haya un contrato específico de asesoramiento de carácter remunerado. Concretamente la STS de 16-09-2015, Recurso Núm. 1879/2013, que: “Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial, remunerado, como pretende la apelante, ni que esta inversión cayera dentro de un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y Bankinter. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición.”. La STS de 16-11-2016, Recurso Núm. 811/2014, indica “Para que estemos ante una relación de asesoramiento, en la que la empresa de inversión debe cumplir los rigurosos deberes de información al cliente minorista impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, basta con que la iniciativa de contratar parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición.” Y añade que la relación de asesoramiento no puede ser eludida por el banco mediante la inclusión de cláusulas exoneratorias predispuestas en los contratos que celebre con los

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

clientes, por cuanto que las obligaciones para con sus clientes, en especial los minoristas, derivadas de esa relación de asesoramiento tienen carácter imperativo.

En el caso analizado el producto de que se trata era creado y emitido por la propia entidad demandada, y ésta se encargaba de ofrecer a los inversores el producto, y de explicarles en qué consistía, para de después formalizar la operación. Dicha forma de actuación evidencia que la entidad demandada prestó labores de asesoramiento, aunque no figurase por escrito pues invitó de manera personalizada al inversor a suscribir los valores, y los suscribe bajo el influjo del ofrecimiento dado por la entidad demandada. En consecuencia, la entidad demandada si realizó un servicio de asesoramiento financiero.

El incumplimiento de los deberes de información derivados de dicha relación de asesoramiento (art. 79 bis LMV) es título de imputación de responsabilidad. Es decir, cabe una exigencia de responsabilidad por asesoramiento incorrecto realizado previo a la contratación de un producto complejo.

En este sentido la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 491/2017, de 13 de septiembre , con cita de la de la misma Sala de 677/2016, de 16 de noviembre que *"En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre , 397/2015, de 13 de julio , y la 398/2015, de 10 de julio , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda 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, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.»* Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales *«constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas»*. Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. *»En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.»* De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

*consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto 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.»*

No es posible oponer que la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento consolide la relación jurídica y determine una ruptura del nexo causal que imposibilite el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios pues, como señala la SAP de Cantabria, Sec. 2, de 4 de marzo de 2021, *“ha sido el Tribunal Supremo el que ha considerado que tal caducidad no es incompatible con la acción de indemnización, y así se desprende de sucesivas sentencias en las que ha ido perfilando su doctrina sobre esta acción basada en un título de imputación distinto de la anulación del contrato, como las de 13 de septiembre de 2017, con cita de las de 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio de 2016 y 16 de noviembre de 2016, 31 de enero de 2019.... Se trata por consiguiente de una fuente distinta de la responsabilidad, que no queda sanada ni desaparece por el hecho de que se extinga por caducidad la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento o sea improsperable la acción de resolución del contrato por haberse consumado este, y así lo consideró expresamente en la última de las sentencias citadas de 31 de enero de 2019.”*

Compartimos también el criterio de la SAP Madrid, Sec. 12, de 15 de marzo de 2018 que señala que: *“En este sentido, aunque en distintos pronunciamientos de Tribunales provinciales, citados por la demandada, como en la sentencia apelada, se entiende que la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento consume o agota la posibilidad de ejercicio de la acción ex contractu, no compartimos en modo alguno tal conclusión. La caducidad de la acción de anulabilidad tiende, como expone la apelada, a eliminar la incertidumbre sobre la validez del contrato y sobre la eficacia del mismo. Pero ello no purga más que el vicio producido, y no se puede extender a la responsabilidad exigible a quien lo haya originado, ya sea un tercero, ya sea el otro contratante. Sentar el criterio contrario es como sostener el perdón para la acción de responsabilidad derivada de la violencia actuada, o del engaño inducido. No hay consunción, porque se trata de ámbitos distintos: uno afecta a la génesis del contrato y a su validez, pese a que existiera el vicio: otro, al principio de responsabilidad por la propia acción u omisión. Tan distintos son, que nada obsta a que, conocido el vicio, y aunque no haya pasado el plazo, el perjudicado opte por no instar la anulabilidad y exigir responsabilidad por el daño que se le haya causado.”*

En consecuencia, la existencia de asesoramiento por parte de la entidad bancaria justifica la exigencia de responsabilidad si el mismo no ha sido correcto y ha causado daños al inversor, y ello aunque no proceda la nulidad de la suscripción por error.

### **SEXTO. - Prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios**

La responsabilidad del banco no se funda en el art. 1902 CC, al que se refiere el plazo de prescripción un año del art. 1968-2.º del mismo Código sino en una norma especial de la LMV. Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (arts. 1089 y 1090 CC ) que, a falta de regulación específica queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC para las acciones personales (plazo de quince años).

Según el criterio mayoritario seguido por las Audiencias Provinciales no es de aplicación del plazo prescriptivo de 3 años del art. 945 del C. Com. (SAP de Madrid, Sec. 12, de 15 de marzo de 2018, SAP de Zaragoza, Sec. 5, de 9 de marzo de 2018, SAP de Asturias, Sec. 7, de 29 de diciembre de 2017 SAP de Castellón, Sec. 3, de 29 de noviembre de 2017).

En concreto, la SAP de Cantabria, Sec. 2, de 4 de marzo de 2021, ha señalado que *“el plazo de prescripción que conviene a la acción ejercitada es el de 15 años - ya cinco en este momento-, del art. 1964 CC, y no el de tres o de uno que postula la parte; ese plazo de tres años es el dispuesto en el art. 945 Comercio para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, conforme a la interpretación que del mismo hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de febrero de 2009 invocada por la parte; pero en el presente caso es patente que la demandada no actuó en realidad como mera intermediaria en una contratación bursátil, sino como emisora y comercializadora de su propio producto financiero, aun cuando realizara, como se expondrá, una labor de asesoramiento de la que surge su responsabilidad; como dice la SAP de Valencia de 23 de septiembre de 2020, “No nos encontramos en un contrato de intermediación; Banco Santander no intervine en los mentados contratos como agente de Bolsa, corredor de comercio, sino que Banco Santander coloca al actor un producto del que es el emisor y por tanto no intermedia, sino que directamente comercializa un producto propio, no de tercero Y, en fin, tampoco puede considerarse que nos hallemos ante una responsabilidad meramente extracontractual sometida al plazo de prescripción anual del art. 1968 CC., pues la obligación incumplida es de carácter legal, nacida dentro de un contexto de contratación y de ahí la constante cita del TS en esta materia del art. 1.101 CC., y no meramente extracontractual”*

Por tanto, y siguiendo al criterio jurisprudencial mayoritario, concluimos que el plazo de prescripción del art. 945 del CCom no es aplicable al caso que nos ocupa pues la actuación del Banco Santander no es equiparable a la que tenían los Agentes de Bolsa dado que al colocar sus propios productos no lo hace como mediador de nadie. Por ello el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad es el de 15 años que establecía con carácter general para el ejercicio de las acciones personales en el artículo 1.964 del Código Civil.

En consecuencia, aplicando dicho plazo de prescripción de 15 años conforme al art. 1964 del CC, y de acuerdo con la D.T. 5ª de la ley 42/2015, en relación con el artículo 1939 C.C., concluimos que la acción no se encuentra prescrita.

### **SEPTIMO. - Retraso desleal y actos propios**

No cabe apreciar la existencia de retraso desleal en la reclamación del demandante ni es posible la aplicación de la doctrina de los actos propios ni la confirmación.

La STS del 2 de marzo de 2017, indica que: *“La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *verwirkung*, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe ( artículo 7.1 del Código Civil ), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre ).”*

Por lo tanto, para que exista ese retraso desleal es necesario el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, así como la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará, es decir, una actuación contraria a la buena fe cuando se ejercita un derecho tan tardíamente que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Por tanto, lo esencial no es el mero transcurso del tiempo, sino que la conducta de la parte contraria pueda ser valorada como permisiva o legitimadora de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho. Pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia.

En el supuesto enjuiciado debe rechazarse la concurrencia del retraso desleal porque no apreciamos que los inversores realizaran ningún acto que generase confianza en orden a que no reclamaría del Banco los perjuicios derivados de la suscripción de los Valores Santander. El mero hecho del cobro de los intereses no es un acto propio legitimador de la inversión pues para que un acto propio pueda tener efectos vinculantes ha de ser inequívoco en su interpretación, y si los inversores estaban en la falsa creencia de tener lo que en realidad no tenía, únicamente desde que toman conocimiento de la realidad, están en condiciones de ejercitar su defensa, o de efectuar actos convalidantes o de renuncia a la reclamación. Además en casos como el de autos en los que la contratación se ha basado en la confianza depositada en la entidad bancaria, que oferta y aconseja dicha contratación, el incumplimiento por la misma de los especiales deberes de información que le son a su cargo, deslegitima el recurso por la entidad bancaria a la doctrina de los actos propios o retraso desleal que, precisamente, se encuadra en el principio de buena fe (STS 12-2-2016).

#### **OCTAVO. - Perfil inversor**

Para valorar si la entidad financiera cumplió con el deber de información que le era exigible y que debía prestar a su cliente, es necesario determinar su perfil como inversor pues la experiencia inversora

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

del cliente puede resultar relevante a fin de determinar si era capaz de comprender, a partir de la información que se le facilitó, la naturaleza y riesgos del producto que se le ofreció por parte de la demandada. Cuanto menor sea la experiencia y conocimiento previo que el cliente tenga del mercado de valores, mayor habrá de ser el esfuerzo del profesional hasta cerciorarse que aquel ha comprendido cabalmente las características del producto y el riesgo que asume si decide formalizar la inversión.

Se alega por la entidad demandada que los inversores defendidos por la demandante habían invertido en productos de riesgo (acciones, fondos de inversión, participaciones preferentes, planes de pensiones, opciones financieras, seguros de inversión, productos estructurados). Pero, al margen de que dichos productos no presentan similitudes con unas obligaciones convertibles por lo que no aportan un mejor conocimiento sobre los Valores Santander, en todo caso cabe recordar que según SSTS núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15, que el hecho de tener un patrimonio considerable, o que el cliente hubiera realizado algunas inversiones previas no lo convierte tampoco en experto, si no se prueba que en esas inversiones anteriores se le hubiera dado una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de la entidad, sin que la entidad pruebe que la información que dio al cliente fue mejor que la que suministró en el caso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

Por lo expuesto las inversiones alegadas no determinan un conocimiento experto sobre valores complejos y de riesgo como son los Valores Santander. Los inversores eran clientes minoristas no experimentados en obligaciones convertibles, y, por tanto, la información que les fue suministrada no debe valorarse desde la perspectiva de quien tiene experiencia y conocimientos financieros, sino desde la de un cliente no experto.

### **NOVENO. - Incumplimiento de los deberes de información**

La normativa del mercado de valores, incluso 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 suponen 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 integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

En este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de

inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes". El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información "clara, correcta, precisa, suficiente" que debe suministrarse a la clientela sea "entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación". Y el art. 79 bis LMV solo reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

Por consiguiente, la entidad demandada venía obligada a facilitar al demandante una información clara, correcta, precisa y suficiente para que pudiera entender que existía la posibilidad cierta de sufrir una pérdida patrimonial con la suscripción de los valores. Además, la carga de probar que se facilitó información adecuada al demandante correspondía a la entidad bancaria (art. 217 de la LEC).

En el caso que nos ocupa la entidad demandada no ha probado que cumpliera dicho deber de información.

La orden de suscripción aportada no describe suficientemente el producto ni hace mención a sus concretos riesgos, y las fórmulas predispuestas contenida en la orden por las que los clientes manifiestan haber recibido el tríptico resumen y que entienden las características del producto carecen de valor porque, como señala la STS de 17 de diciembre de 2015, *"La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente."*

En este mismo sentido la SAP de Cantabria, Sec. 2, de 1 de febrero de 2018 indica en relación a la orden de suscripción que *"ningún elemento aparentemente informativo incluido en el propio documento que integra la orden de compra puede estimarse válido a los anteriores efectos, pues en su redacción no se incluye referencia alguna a los anteriores parámetros - qué riesgo se asume, no simplemente que se asume riesgo; de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia- que permita considerar que el documento es literosuficiente en su aparente función de información. En consecuencia, no puede ser en modo alguno destacable, ni siquiera mínimamente decisivo, que se indique, en un párrafo entre otras, que "conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe (...)"*.

Por otro lado, el Tríptico es insuficiente para dar por cumplido el estándar de información exigible. Resulta complejo para un cliente no experto, y no hace fácilmente comprensible el riesgo de pérdida del capital invertido. Ciertamente recoge unos ejemplos teóricos de rentabilidad pero uno se refiere a un escenario de canje obligatorio que resulta positivo para el cliente y otro a un escenario de canje voluntario que es negativo para el cliente. Un cliente no experto puede extraer de los ejemplos la errónea conclusión de que si se esperaba al canje de 2012 no sufriría pérdidas, y ello porque no se recoge el escenario que debió ser debidamente

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

explicado al cliente consistente en la posibilidad de un resultado negativo en la conversión obligatoria, debido a que una eventual bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión obligatoria al cliente, y que tal bajada era posible que ocurriera. Sin embargo no se hace así, y es el cliente no experto el que tiene que deducirlo de un folleto difícil de entender para quien no está habituado a esa terminología. No se trata de que el cliente pida explicaciones porque la obligación informativa es de carácter activo, no de mera disponibilidad, por lo que no hay que esperar a que la información la solicite cliente dado que no sabe qué información necesita. La obligación se impone a la entidad demandada que es quien debe facilitarla, sin que pueda desplazarse este deber sobre los inversores.

La SAP de Cantabria, Sec. 2, de 1 de febrero de 2018, establece al respecto que *“el tríptico que se afirma fue entregado como anexo de la orden de compra, como ya se ha analizado en la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 3 de mayo 2016 o de esta Sala de 19 de julio de 2016 , es deficiente -cuando el estándar de información debe ser alto- a la hora de hacerlo comprensible (resulta inapropiado si lo que se quiere es informar a un cliente no experto, pues recuérdese que el Real Decreto-Ley 5/2005 exigía brevedad y lenguaje no técnico) en lo que realmente es relevante: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia. El texto, suficientemente complejo para un cliente no experto, no contiene una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto del riesgo de pérdida del capital invertido -como así ocurrió por la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-; ni tampoco es fácil deducirlo de los ejemplos teóricos de rentabilidad cuando, al contrario, advierten que no suponen estimación alguna de la cotización futura de los valores o la acción Santander, o, lo que es peor, incorporan solo dos escenarios posibles ("ejemplos teóricos de rentabilidad") pero no precisamente el que habría de ser objeto de precisa información, es decir, el acontecido consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria. Al contrario, omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, y que tal bajada era perfectamente posible, pues como función económica esencial tenía como presupuesto, amén de proveer de fondos al banco, proporcionar una inversión al cliente para que, en función del comportamiento en bolsa de la acción -y siempre que superara el 116%-, pudiera obtener un beneficio. Pero lo relevante es lo que sucede antes del canje, pues al inversor le debe quedar claro -en palabras de la STS de 17 de junio de 2016 - que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró el producto, por lo que la explicación sobre el desenvolvimiento del mismo se revela esencial cuando el riesgo de pérdida es evidente. Es por ello, como ya afirmaba la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en línea con lo que después ha mantenido el TS en su sentencia, tantas veces reiterada por su importancia, de 17 de junio de 2016 , que resultaba trascendente advertir con una especial claridad y oportunamente resaltada que el número de acciones que recibiría en el instante del canje dependía del valor que tuvieran a la fecha de emisión de las obligaciones convertibles -que podría ser bastante anterior en el tiempo-, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% de la cotización de la acción cuando la citada emisión se produjera, del otro. Y eso es precisamente lo que supone ser*

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Oiga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29ff193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==



conocedor y consciente de la dinámica o desenvolvimiento del producto, fundamentalmente por conocer las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones a canjear. Es decir, como expresaba el art. 5.3 RD 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, no consta fuera de duda que se haya proporcionado, en atención al perfil del cliente, toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva".

También la SAP de Cantabria, Sección 2, de 3 de febrero de 2017 indica que "En cuanto al tríptico de la emisión, que en esa misma cláusula se dice entregado, debe recordarse que según las exigencias legales del instante de la contratación, debía de cumplir con los parámetros del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que expresamente indicaba que "El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores", espíritu que más tarde, por el art. 64 RD 217/2008, se precisa aún más al indicar que deberá contener "una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En el caso que nos ocupa el tríptico no cumple con estas prescripciones pues es suficientemente complejo para un cliente no experto, y no contiene una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible del riesgo de pérdida del capital invertido.

En definitiva, la documental aportada no acredita que la entidad cumpliera con su deber información, y la prueba no puede hacerse descansar en la testifical de los empleados de la demandada sobre los que descansaba la responsabilidad de ofrecer una información adecuada. Más que tener valor de prueba testifical, lo tienen de prueba de confesión (art. 309 LEC), y no es razonable conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que resultan beneficiosas para él, ni otorgar crédito a los testigos que mantienen o han mantenido una estrecha relación profesional con la parte que los propone (SAP Cantabria, Sec. 4, de 3-5-2016).

Además, con excepción de las suscripciones de 2007, en el resto las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE (MiFID) ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación. Por ello, y dado que hubo un servicio de asesoramiento financiero por la entidad demandada, antes recomendar el producto, debía realizar un test de idoneidad que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Sin embargo, el test de idoneidad no consta realizado.

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fh+mHAA==

Por último, no cabe obviar las sanciones impuestas a la entidad demandada. Como señala SAP de Cantabria, Sec. 2, de 1 de febrero de 2018, *“Todavía más, y como colofón, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ( Sección 6ª) de 1 de julio de 2015 , que resolvió sobre los recursos interpuestos por el Banco de Santander, S.A., frente a las dos sanciones impuestas por la Resolución de 16 de mayo de 2013 por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro y la por la Orden de 20 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía en relación con la comercialización de " Valores Santander", permite deducir -más allá de la deficiente evaluación de la conveniencia para el inversor del producto comercializado en las operaciones del mercado secundario- que existió una falta de remisión a los clientes de información periódica sobre su cartera de valores (fundamento de derecho quinto), y que pudiera haber sido relevante en orden a determinar la decisión del cliente para acudir a alguna de las ventanas de la conversión voluntaria. Indica así la precitada sentencia que "La remisión de información a los clientes efectuada por la recurrente y que se concreta en sucesivos envíos de información fiscal y pago de cupones desde marzo de 2008 a mayo de 2009, así como información sobre las posiciones e informe de valoraciones de fecha octubre 2007 y general sobre " Valores Santander" en la página web, no cumple con las exigencias establecidas, no ya en el RD 217/2008 sino tampoco con las previsiones de la normativa preexistente."* La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de marzo de 2018 ha desestimado los recursos de casación interpuestos contra dichas resoluciones.

Por todo ello concluimos que la entidad demandada no cumplió con los deberes que ya aquel entonces le imponía la normativa del mercado de valores.

#### **DÉCIMO.- Consecuencias del incumplimiento. Indemnización de daños y perjuicios.**

El incumplimiento de los deberes de información conlleva para la demandada la obligación de indemnizar el perjuicio sufrido por el inversor.

Se acredita el perjuicio y la relación de causalidad. El daño consiste en las pérdidas patrimoniales experimentadas por los suscritores a causa de la inversión en Valores Santander y el posterior canje en acciones. La relación de causalidad concurre pues la falta de información sobre el verdadero riesgo del producto estuvo en la base de la contratación y fue determinante de la adquisición y por ello del perjuicio sufrido.

En cuanto a la cuantificación del perjuicio, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que en la determinación del daño resarcible por incumplimiento de obligaciones de la entidad bancaria, la indemnización se obtiene restando al capital invertido el valor a que ha quedado reducido el producto, y a la suma resultante se restan también los rendimientos brutos, intereses o cupones percibidos durante la vigencia contractual. El importe obtenido devenga el interés legal desde la interposición de la demanda, pero no se devenga el interés legal desde la fecha de la inversión, como si se tratase de una nulidad contractual.

Así las SSTs de 14-2-2018 y 5-10-2018 señalan al respecto que:

*“La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte».”*

En cuanto al momento en el que debe cuantificarse el perjuicio, siguiendo la SAP de Cantabria, Sec., de 4 de marzo de 2021, es el momento del Canje en acciones, pues como dice dicha sentencia: *“...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”*.

Por lo tanto, siguiendo el criterio establecido por la Audiencia Provincial de Cantabria, en nuestro caso, el daño es la diferencia entre la inversión y el valor de las acciones en el momento del canje, equivalente a la pérdida declarada (Doc. nº 17 de la demanda) más los intereses que percibieron hasta la conversión, condenando a la demandada a su pago junto con los intereses legales desde la interposición de la demanda, (art. 1.108 CC) y los de mora procesal (art. 576 LEC) desde esta sentencia.

Debe desestimarse la pretensión de la demandante de que se condene a la demandada al pago de intereses desde la fecha de la inversión por la existencia de un pretendido dolo por parte de la entidad demandada (art. 1107 del CC). En materia de intereses legales hay que estar al criterio jurisprudencial conforme al cual dada la índole de la acción ejercitada y estimada sólo se entienden devengados desde la interposición de la demanda. Así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2019, que declara: *“La acción ejercitada y estimada es la de responsabilidad por incumplimiento contractual y se condena a abonar una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños sufridos. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial. El pago de intereses de demora*

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

Fecha: 02/09/2021 23:38

que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero tiene un carácter indemnizatorio y por ello se deben desde que se reclaman ( art. 1108 CC). Así lo ha entendido sin fisuras y con normalidad la jurisprudencia al aplicar los arts. 1101 y 1108 CC (de manera expresa, la sentencia, 1201/1994, de 30 de diciembre, destaca que uno de los principales efectos de derecho material de la presentación de la demanda es la constitución en mora del deudor conforme al art. 1100 CC). De manera específica, en supuestos de contratos semejantes al litigioso, las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 549/2018, de 5 de octubre, 143/2019, de 6 de marzo, 228/2019, de 11 de abril, y 249/2019, de 6 de mayo, cifran el daño en lo pagado menos lo recuperado con el interés legal de esa suma desde que se intima la mora ( art. 1108 CC). De forma equivocada, como si se tratara del efecto propio de la nulidad del negocio, la sentencia recurrida aplica los intereses legales a la cantidad invertida desde la fecha de la inversión. En consecuencia, la sentencia infringe los arts. 1101 y 1108 CC y debe ser casada en el sentido de modificar su fallo en el único sentido de declarar que la parte actora debe indemnizar en la cantidad de 19.123,49 euros más los intereses legales devengados por esta suma desde la interposición judicial".

En consecuencia procede condenar a Banco Santander a pagar a el importe de 44.948,47 €, a el importe de 14.473,45 €, y a 14.628,57 € , más intereses desde la interposición de la demanda.

La estimación de la acción principal de responsabilidad por incorrecto asesoramiento y deficiente información, aunque sea con consecuencias económicas distintas a las reclamadas, hace improcedente entrar a examinar la acción subsidiaria por incumplimiento de las condiciones de emisión incluidas en el tríptico informativo y la nota de valores, cuyas consecuencias no sería en todo caso distintas a las establecidas con la estimación de la acción principal.

### **DÉCIMOPRIMERO. - COSTAS**

No procede condenar en costas al haberse estimado solo parcialmente la demanda (art. 394 LEC).

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación;

### **FALLO**

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), entidad que actúa en defensa e interés de sus asociados

, debo declarar y DECLARO la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de las obligaciones de información en la comercialización del producto Valores Santander, y CONDENO a la demandada a la Indemnización de Daños y Perjuicios debiendo abonar a la cantidad de 44.948,47 €, a

la cantidad de  
14.473,45 €, y a  
la cantidad de 14.628,57 €, más los intereses legales desde la  
interposición de la demanda, y los intereses legales incrementados en dos  
puntos desde esta sentencia.

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

Contra esta resolución cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, por escrito, en plazo de **VEINTE DIAS** contados desde el siguiente a la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que 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 3857000004065120 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 Magistrado

**PUBLICACIÓN.-** De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por el Sr./Sra. Letrado/a de la Admón. de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia doy fe .

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

Firmado por:  
JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ,  
Olga Gómez Díaz Pines

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

Código Seguro de Verificación: 3907542001-62ad88b29f193e0e5bd6114834a3040fH+mHAA==

Fecha: 02/09/2021 23:38