



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: **0001229/2020**

NIG: 3907542120200017046

Materia: Otros contratos

Resolución: Sentencia 000313/2021

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 000313/2021

En Santander, a 18 de octubre 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 0001229/2020 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: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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 D. _____, 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.

D. _____ es un jubilado inmigrante brasileño que llegó a España con 24 años y se dedicó a dar clases de meditación, relajación y técnicas contemplativas tanto como autónomo como autónomo como para diversas instituciones.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

Ha sido cliente del Banco Santander de toda la vida, y dada su profesión siempre ha buscado mantener sus ahorros en plazos fijos y productos de bajo riesgo como por ejemplo el FONDO SANTANDER FONDTESORO.

Dada la vocación de venta de productos y de fondos de inversión del banco demandado, y a pesar de que el asociado prefería productos como los plazos fijos, desde la sucursal se le convenció para contratar otros fondos garantizados como el FONDO SUPERGESTION o el FONDO SANTANDER 100X100.

En septiembre del año 2007, cuando el demandante estaba cercano a la jubilación, y teniendo colocados todos sus ahorros en plazos fijos y Fondos de bajo riesgo, recibe la llamada del gestor D. José Ramón Oriol para ofrecerle con urgencia un producto garantizado con buena remuneración que se iba a agotar rápidamente llamado Valores Santander.

Le explicó que el Banco había sacado ese producto para adquirir otro banco que estaba garantizado y tenía muy buenas expectativas, y por ello le recomendaba vender el FONDO SUPERGESTION GARANTIZADO PARA VALORES.

El asociado en ningún momento recibió más información que la detallada anteriormente, ni tampoco se les entregó el Tríptico Informativo de Valores Santander, y solo se le entregó un documento casi en blanco en donde no figura ninguna descripción de lo adquirido

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 se puede entender incumplido el deber de máxima diligencia en la información que debe inspirar las actuaciones de las entidades financieras con sus clientes, lo que determina la procedencia de la acción de daños. Esta ha sido la práctica general del banco en la comercialización de este producto. Y en la publicidad desplegada para captar clientes, nunca se destacó la existencia

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

de ningún riesgo, resaltando solo el tipo de interés y la urgencia y exclusividad de la contratación para los clientes de toda la vida.

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

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 el sr. fue informado 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) SAP, Civil sección 2 del 20 de julio de 2021 (ROJ: SAP S 916/2021 - ECLI:ES:APS:2021:916) SAP, Civil sección 2 del 08 de septiembre de 2021 (ROJ: SAP S 1020/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1020) que establece lo siguiente:

Volvemos a recordar nuestro criterio, establecido en la SAP (2ª) de 8 de mayo de 2020.

2. Afirmábamos entonces que para juzgar sobre la legitimación de la sociedad actora, principiamos 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."

3. 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



Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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 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

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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".

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

Luego, añada 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:

"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".

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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:

"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, Romulo y Palmira, 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2cd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

bolsas internacionales (Neuropharma, Meinl Airports y Meinl Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de mercado carácter especulativo.

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".

4. 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 dos de sus asociados,);

(ii) los productos financieros que los compradores tenían antes de la adquisición (acciones, fondos de inversión y fondo de pensiones), ni por su importe económico, ni por su naturaleza y riesgos permiten considerar que se trataba de unos inversores sofisticados, muy activos, expertos o especialmente arriesgados,.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

5. En fin, hemos sostenido que 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. Desde una perspectiva general debemos aceptar ordinariamente la legitimación del art. 11.1 LEC, incluso desde una aplicación generosa cuando el producto "**Valores Santander**" importó la emisión de títulos por valor de 7.000 millones de euros y se colocó entre 128.867 clientes (el 68% perteneciente al segmento de banca de particulares, a los que se colocó un importe de 2.770.645.000 euros). En el caso particular, no puede ser otra la conclusión: no podemos aceptar que nos encontremos antes inversores especialmente cualificados y expertos en la adquisición y transmisión continua de toda clase de productos especulativos de alto riesgo.

En consecuencia, no podemos advertir, utilizando las mismas palabras que el TS en su sentencia 656/2018, que el servicio financiero utilizado por fue, por su naturaleza y circunstancias, de uso común, ordinario y generalizado, en atención a la importancia del importe invertido y su general comercialización."

En consecuencia, atendiendo a las circunstancias particulares del caso a la experiencia inversora del asociado sr. y al importe de la inversión que aun cuando es elevado tampoco puede considerase exagerado y se aleja mucho de los supuestos analizados por el Tribunal Supremo en los que se ha denegado la legitimación, no existen motivos bastantes para apartarse de la regla general y por tanto debe reconocerse la legitimación a la Asociación demandante

TERCERO.- DOCTRINA GENERAL RECIENTE 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 SAP, Civil sección 2 del 08 de septiembre de 2021 (ROJ: SAP S 1020/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1020);SAP, Civil sección 2 del 23 de julio de 2021 (ROJ: SAP S 911/2021 - ECLI:ES:APS:2021:911)SAP, Civil sección 2 del 20 de julio de 2021 (ROJ: SAP S 916/2021 - ECLI:ES:APS:2021:916) SAP, Civil sección 4 del 12 de julio de 2021 (ROJ: SAP S 979/2021 - ECLI:ES:APS:2021:979)relativas a la contratación de este mismo producto y que a continuación se transcribe.

"1. Valores Santander es un producto complejo. Aunque en la fecha de su comercialización no se había todavía incorporado la clasificación entre productos complejos y no complejos de la Ley 47/2007, de 19 de noviembre -por la que se modificó la LMV con la finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, y que introdujo el artículo 79 bis 3 LMV (actualmente arts. 210 y siguientes del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre)-, es evidente que reúne las características clásicas que los identifican: mayor riesgo para el inversor, menor liquidez y más dificultad para su comprensión.

Coincide en su naturaleza con el producto estudiado en la STS nº 411/2016, de 17 de junio, que al tratar sobre su naturaleza indica que

" (...) la principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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".

2. Aunque la comercialización y venta, con carácter general, de este producto se produjo antes de publicarse la Ley 47/2007, de 19 de noviembre -que acentuó las obligaciones de información y las sistematizó de un modo más completo-, no supuso esta norma una verdadera innovación en relación a los principios fundamentales que ya regían la materia, como ha explicado reiteradamente la jurisprudencia (por todas, las SSTS de N° 694/2016, DE 24 de noviembre y N° 566/2017, de 2 de marzo).

La normativa pre-MiFID estaba ya representada esencialmente en los arts. 79 LMV y el RD 629/1993, amén del art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, e imponía ya, para superar la asimetría informativa existente, el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

El art. 79 LMV, por un lado, desde su redacción originaria de 1998, incluía los deberes de diligencia y transparencia en interés de los clientes y defensa de los mercados, así como la obligación de mantenerlos debidamente informados; y el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que estuvo vigente hasta su derogación por el RD 217/2008, por otro, regulaba los deberes de las entidades de crédito en la comercialización de instrumentos financieros.

En concreto, su art. 16 indicaba el deber de información con la debida diligencia sobre todas las operaciones de sus clientes. Su Anexo -"Código General de Conducta de los mercados de valores"-, contenía además unos específicos deberes de actuación en el marco de la operación en el mercado de valores que incluían la información clara, correcta, precisa, suficiente, entregada a tiempo para su evitar su incorrecta interpretación y

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Cualquier previsión o predicción debía estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

3. Esta obligación de carácter informativo sobre la naturaleza y riesgos asociados se complementaba con el deber de evaluar a los clientes (desde luego se acentúa con la incorporación del art. 79 bis LMV tras la Ley 47/2007 y los denominados test de conveniencia e idoneidad) como consecuencia de la prestación del servicio de asesoramiento financiero.

4. Existió en el caso, como ha sucedido en la inmensa mayoría de los supuestos de comercialización de productos complejos, un servicio de asesoramiento financiero prestado o proporcionado por la entidad bancaria.

Ya el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (MiFID I), lo definía 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*".

El art. 52 Directiva 2006/73/CE precisaba que "*se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)*".

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), indicó que "(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).

En el mismo sentido el art. 140 LMV, tras su modificación por el RD-ley 14/2018, de 28 de septiembre, recuerda que no se considerará que constituya asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros o las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público.

La labor, por tanto, no se limitó a la "Mera Ejecución" (Art. 79 bis 8), es decir, a la simple intermediación en la ejecución de órdenes de inversión dada por el cliente, sino que existió un verdadero servicio de asesoramiento en materia de inversiones (art. 79 bis 6 LMV), que se

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

produce cuando la entidad financiera asesora, puntual o regularmente, sobre la inversión en determinados instrumentos o productos.

Como se afirma, v.g, en las SSTs nº 102/2016, de 26 de febrero y nº 411/2016, de 17 de junio,

" para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición."

El ofrecimiento del banco integra para la jurisprudencia una prueba de la labor de asesoramiento al decir que *" Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes"*, que es muy distinto a que su conocimiento y percepción lo adquiera el cliente por servirse de los canales genéricos de distribución o difusión que pueda utilizar el banco -y aquí no se ha demostrado que existieran- para la captación de clientela en esta clase de productos."

CUARTO: EXIGENCIAS DE INFORMACIÓN SOBRE LA NATURALEZA Y RIESGOS.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso resulta que la entidad bancaria no ha conseguido acreditar que al tiempo de la contratación facilitara al adquirente 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 conocedores de las características y consecuencias de lo que adquirirían.

En el instante de la comercialización y venta del producto no se encontraba en vigor la reforma introducida en la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007 y, por tanto, el deber de clasificar a los clientes según una de estas tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección.

Posiblemente por ello el propio banco evitó clasificar al cliente como profesional o minorista, aunque explica que el producto estaba diseñado -y así lo aceptó la CNMV- para ser comercializado entre clientes minoristas. En cualquier caso, ante de fijar dicha clasificación -donde no puede ser

dudoso que el actor hubiera sido clasificado como minorista-, el trato debía de ser homogéneo al exigirse el cumplimiento de las mismas normas de conducta respecto de todos los clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran (STS nº 411/2016, de 17 de junio).

3. No podemos aceptar que los compradores tuvieran experiencia inversora en la contratación de productos de la naturaleza de la que es objeto del proceso.

El testimonio de la empleada del banco Sra. 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 ella concurre, no pudiendo obviarse la relación laboral entre la entidad demandada y el testigo, y el hecho incuestionable de que al haber podido intervenir 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 “le suena el nombre” del cliente pero no recuerda si intervino o no en la comercialización de este producto, 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 el demandante pudieran ser considerado como cliente experimentado y por lo tanto suficientemente informados acerca de la naturaleza y riesgos de productos como Valores Santander .

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

En modo alguno la tenencia de contrataciones previas en acciones, fondos de inversión o un fondo de pensiones por cantidades diversas -cuyo proceso de comercialización se desconoce- de naturaleza distinta a la hoy discutida permite considerar que tenía un conocimiento experto, como la jurisprudencia (por todas, las SSTS 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, 15 de septiembre) exige para su actuación en el concreto mercado de valores y no en sectores ajenos aunque revelen un carácter empresarial o comercial de importancia.

Como establece la sentencia de nuestra Audiencia más arriba citada “a la anterior circunstancia se añade que la documental correspondiente a la concreta contratación tampoco es suficiente para alcanzar la conclusión que la parte recurrida pretende.

De la documental, en todo caso, aportada sobre el proceso de comercialización, resulta destacable que:

(i) no existió o no se ha probado que existiera una evaluación de los clientes a través de un estudio de la idoneidad del producto a su perfil, tras el estudio de su situación financiera, experiencia y conocimientos y los objetivos de inversión perseguidos, en el ámbito del servicio de asesoramiento;

(ii) no existe más información y evaluación que la que puede derivarse de la orden de compra -o de la manifestación previa de interés que aparece firmada- que hace referencia a la entrega de un tríptico que incorpora el resumen del folleto de emisión;

(iii) las declaraciones de voluntad y conocimiento allí incorporadas carecen de eficacia al no acreditarse que se haya realizado una actividad suplementaria de evaluación e información con antelación suficiente que permita considerar que la actora conocía qué riesgo asumía, de qué circunstancias dependía y a qué operadores económicos se asociaba tal riesgo;

(iv) el tríptico era deficiente, carecía de brevedad y estaba redactado en lenguaje técnico difícil de comprender (valores, obligaciones, canje, convertibilidad, emisión de OPA, condiciones de subordinación, limitada liquidez del producto, posibilidad de no declaración de la remuneración,

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

etc., en contra de las exigencias, entonces, del Real Decreto-Ley 5/2005) en la información de lo relevante: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia;

(v) no contiene -el tríptico- una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto tenía riesgo de pérdida del capital invertido -como así ocurrió por la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-;

(vi) no era fácil deducir el riesgo de pérdida de los ejemplos teóricos de rentabilidad; al contrario, se advierte 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, el consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria;

(vii) omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, pero sobre todo 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, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% (infravaloración) de la cotización de la acción -media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones- cuando la citada emisión se produjera, del otro;

(viii) no se advertía, en fin, con la necesidad claridad que el número de acciones que recibiría el cliente en el momento de la conversión dependía, no del valor de que tuviera la acción en dicho momento, sino en la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, que podía ser anterior en más de un año.

4. 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.

Frente a tal presunción, no desvirtuada, no puede suponer un acto propio de reconocimiento del conocimiento de la naturaleza y riesgo del producto el mero cobro de intereses durante su periodo de vida, pues en modo alguno puede incorporar dicho acto tácito una definición de un estado

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

jurídico de conocimiento que impida después un comportamiento contradictorio (art. 7 CC).

Pero tampoco se incurre en un retraso desleal por haberse actuado contrariando la buena fe por una reclamación tardía apoyada en una conducta previa que pudiera hacer pensar que no se iba a ejercitar el derecho. No es posible advertir objetivamente una deslealtad derivada de la confianza creada a la otra parte de que su derecho de crédito no se iba a reclamar.

Explica la STS nº 148/2017, de 2 de marzo, con cita de las nº 300/2012, de 15 de junio y 539/2016, de 13 de septiembre, 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, pero la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito.”

QUINTO.- ACCION DE RESARCIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO.PRESCRIPCION Y RELACION CAUSALIDAD

El estudio de la acción de resarcimiento, vinculada necesariamente al art. 1101 CC como fundamento de la acción por resarcimiento del daño

derivado del incumplimiento de una obligación legal o contractual, ha sido ya perfilado por nuestra jurisprudencia en lo que afecta a la materia concreta de contratación de productos de inversión.

A partir, entre otras, de las sentencias del TS nº 677/2016, de 16 de noviembre y 491/2017, de 13 de septiembre, se ha de partir de las siguientes premisas:

(i) El incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad -siempre necesario en la prestación de un servicio de asesoramiento financiero- y de información clara, precisa, imparcial y ofrecida con antelación sobre los riesgos inherentes al producto ofertado, puede constituir un título de imputación de responsabilidad por daños;

(ii) El incumplimiento que constituye el título de imputación puede componer la causa jurídica del perjuicio sufrido, pues cuando no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo -o no pueda demostrar que no siéndolo se hubiera empeñado, a pesar de su información, en la adquisición del producto-, el banco debió de abstenerse de hacer la recomendación sobre el producto adquirido. Al haberlo hecho sin información suficiente sobre los riesgos, propicia la contratación que conllevó -en relación causa-efecto- la pérdida de la inversión.

(iii) El reequilibrio debe encontrarse en regla " *compensatio lucri cum damno*", esto es, en la diferencia entre el daño producido por la disminución o pérdida patrimonial y la ventaja obtenida como resultado de la inversión realizada.

3. El examen del incumplimiento de las obligaciones legales de información sobre la naturaleza y riesgo del producto contratado, cuyas apreciaciones se dan ahora por reproducidas, no genera ciertamente la resolución (art. 1124 CC) del contrato de compra del producto concreto objeto de adquisición bajo el amparo de la relación de asesoramiento.

La jurisprudencia reitera esta apreciación. La sentencia de Pleno del TS nº 491/2017, de Pleno, de 13 de septiembre de 2017 lo expresó con mejor acierto al indicar, literalmente, que

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

"aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual. 4.- Como consecuencia de lo cual, al haber quedado firme el pronunciamiento relativo a la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento y ser únicamente objeto de este recurso de casación la acción de resolución contractual por incumplimiento, el recurso ha de ser desestimado."

4. Pero que no se produzca la resolución del contrato no significa que la falta de información no tenga transcendencia patrimonial en el ámbito del contrato de asesoramiento en materia de inversión. El art. 1258 CC indica que los contratos obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley. Por ello la

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2cd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

infracción de las obligaciones legales sobre información relativas a la naturaleza y riesgos del instrumento financiero contratado, implican un incumplimiento de la relación de asesoramiento bajo cuyo amparo se recomendó la adquisición por parte del banco. En dicho ámbito se desarrollan las obligaciones legales -la información clara, precisa, imparcial y ofrecida con antelación sobre los riesgos inherentes al producto ofertado- y se produce el incumplimiento que genera un título de imputación de la responsabilidad civil: el asesoramiento inadecuado propicia, en relación causal directa, una contratación posterior que se ha demostrado por su resultado dañosa.

5. La excepción de prescripción debe ser desestimada.

Es evidente que la acción de resarcimiento del daño no se funda en el art. 1902 CC para permitir la prescripción con apoyo en el plazo anual del art. 1968.2 CC, por tener su origen en la relación de asesoramiento y en el incumplimiento de las obligaciones legales. Se discute, al contrario, sobre la aplicación del plazo del art. 945 CCom o el general para las acciones personales sin término especial del art. 1964 CC (quince años, ahora reducido a cinco años, de acuerdo con la redacción dada al precepto por la Ley 42/2015).

Indica el art. 945 CCom:

" La responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Posiblemente la controversia nace por la extensión que parece predicarse de la STS 82/2009, Sala Primera, de 23 de febrero de 2009, que expresó, en lo que ahora nos importa, que

" La ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1988, del mercado de valores -artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda- en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa, convierten al art. 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes. Sin embargo, la regla contenida en el art. 1969 CC, vista cual es la causa de la responsabilidad contractual de la recurrente - haber incumplido la obligación de restituir a su comitente el resultado de su inversión, cuando aquella era exigible-, impiden estimar el motivo, aunque sea por razones distintas de las utilizadas en las dos instancias."

De tal doctrina se sigue para algunos que el art. 945 CCom resulta de pertinente aplicación para regir el plazo de la prescripción extintiva de las acciones de responsabilidad que se ejerciten con carácter general y sin discriminación alguna contra las empresas de servicios de inversión. Pero no debe obviarse que en el caso resuelto por el Tribunal Supremo se ventilaba la responsabilidad de una empresa de servicios de inversión por la apropiación por una persona física que trabajaba para su agente o apoderada del dinero entregado por su cliente destinado a adquirir un concreto instrumento de inversión no complejo -una letra del tesoro de vencimiento anual con obligación y a su reinversión sucesiva en el mismo producto-

La propia sentencia nos permite recordar dos funciones esenciales que tenían los agentes de cambio y bolsa a los que ahora pretende asimilarse las de las empresas de servicios de inversión: la fe pública y la intermediación. Eran, por tanto, unos comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa. Las órdenes de compra y venta -con voluntad ya formada de los clientes- debían de introducirse y ejecutarse a través de su intermediación. Aunque su labor implicaba la necesidad de comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación (art. 260 CCom), la información sobre la ejecución de la orden intermediada entrañaba una obligación muy distinta a las exigencias actuales de información y evaluación que tienen las empresas de servicios de inversión bajo el régimen de asesoramiento. En el caso resuelto por el TS, la intermediación como comisionista de la empresa de servicios de inversión de las órdenes de los clientes -en el supuesto resuelto, la adquisición de una letra del tesoro- se produjo por la simple y previa orden de adquisición de un producto no complejo ajena a una

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2b2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

relación de asesoramiento. En relación con el actual art. 140 RDL 4/2015, coincidiría esencialmente con el servicio de simple recepción y transmisión de una orden para la adquisición de un instrumento financiero.

Pero hay que volver a recordar que la actividad de asesoramiento en materia de inversión supone un servicio -independiente o no- en el que a la clientela, generalmente formada por inversores particulares, se les proporciona una recomendación individualizada o personalizada, tras la evaluación de su perfil, sobre uno o varios instrumentos financieros.

Podríamos decir por tanto que el servicio o relación de asesoramiento en materia de inversión, fundado en la confianza - *intuitu personae*-, pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y al que por su atipicidad le serían de aplicación tanto elementos del contrato de comisión mercantil como, más apropiadamente, del arrendamiento de servicios profesionales. El asesor, por ello, proporciona un servicio mediante una obligación de medios, nunca de resultado. Y sobre la prestación de medios -asimilable al arrendamiento de servicios- se centra su responsabilidad en la recomendación que propicia causalmente la contratación cuando se separe de sus obligaciones legales y contractuales de información y previa evaluación.

Y precisamente es la recomendación particular o individualizada del profesional asesor al inversor lo que distingue al servicio o relación de asesoramiento de otros servicios de inversión, como es la recepción y transmisión de órdenes. La función del asesor es mayor, compleja y distinta, a los simples intermediarios que ejecutan una orden del cliente con voluntad ya formada y cuyo contenido puede efectivamente asemejarse al que prestaban los extintos agentes de cambio y bolsa.

En consecuencia, la asimilación para determinar su responsabilidad de la extinta función de los Agentes como fedatarios o comisionistas con la que corresponde hoy al asesoramiento en materia financiera con el fin de aplicar un mismo plazo de prescripción (art. 945 CCom), puede incurrir en una indebida aplicación extensiva de la institución por entremezclar dos relaciones con un contenido obligacional distinto.

Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

Parece más adecuado, como es criterio de este tribunal (por todas, las sentencias, Sección Segunda, de 4 de marzo de 2021, y Sección Cuarta, de 25 de enero de 2021) aceptar una concepción restrictiva en la aplicación de tal precepto que permita acudir al plazo general del art. 1964 CC, siempre que nos encontremos con la exigencia de responsabilidad del asesor en materia de inversión que, por no evaluar o evaluar incorrectamente y/o no informar debida y adecuadamente, propicie una contratación inadecuada que produzca un daño patrimonial. Y a ello se añade, en fin, como ocurre en el presente caso, que el banco no solo fue parte de la relación de asesoramiento, sino emisor y vendedor puntual del producto definitivamente contratado.

6. Las anteriores consideraciones sobre la relación de las partes como comprador, emisor y vendedor del instrumento financiero adquirido, y como partes de una relación de asesoramiento en el que el emisor, asesor y vendedor incumple sus obligaciones legales y propicia, en relación causa-efecto, un daño indemnizable, constituyen un presupuesto distinto del resarcimiento que el perjudicado podría haber obtenido -mediante o añadido a la restitución de las prestaciones, art. 1.303 CC- de haber ejercitado con éxito -se ha estimado su caducidad (art. 1.301 CC)- la acción de nulidad por error/vicio en el consentimiento por razón del acto concreto de adquisición del producto.

Por lo que, en consecuencia, no se acepta la tesis de la consolidación del contrato por el transcurso del plazo de caducidad de la acción de nulidad por razón de la compra al asentarse la acción de resarcimiento reconocida en el incumplimiento de los deberes propios de la relación de asesoramiento en materia de inversión.

7. Y precisamente la incorrecta prestación del servicio de asesoramiento es lo que provocó el daño resarcible.

La STS 165/2019, de 15 de marzo, con cita de otras, nos recuerda con suficiente detalle en qué consiste tal regla de resarcimiento. Se afirma así que

" Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo , ya declaró que la aplicación de regla compensatio lucri cum damno significaba que en la



Firmado por:
Fermin Javier Goñi Iriarte,
Lorena Alvarez Garcia

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional. Por su parte, la STS 754/2014, de 30 de diciembre, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró 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".

" Con cita de la anterior sentencia núm. 81/2018, de 14 de febrero, continúa diciendo que:

"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. Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor. Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro"

"En la misma sentencia núm. 81/2018, de 14 de febrero, se afirma 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".

SIXTO.- DETERMINACION DEL DAÑO

Como ha establecido nuestra Audiencia en las sentencias ya citadas " 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

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcb096ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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».

Como establece la sentencia de nuestra Audiencia de 4 de marzo de 2021 (reiterada en la sentencia de 5 de abril de 2021) que

"(..) 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, 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. "

El criterio que se deduce de lo señalado es claro: el daño surge de la diferencia entre el importe invertido menos el valor de las acciones entregadas en el día la conversión y *las cantidades recibidas como intereses brutos del periodo de ejecución del contrato.*”

En el presente caso la actora plantea una petición de condene al pago de 57.981,31 € (pérdida a finalización del contrato en 2012 menos los cupones recibidos más el interés legal (59.847,71€- 23.996,40€ + 22.130,00 €) o alternativamente 42.656,29 € por ser la diferencia entre de lo invertido (100.000,00 €), menos los rendimientos brutos percibidos (23.996,40 €) menos el importe total que percibido por dividendos (20.149,71€) y menos el valor que hubieran obtenido de haber procedido a la venta de las acciones entregadas a fecha de la interposición de la demanda (13.197,60 €).

Esta petición no se ajusta al criterio expuesto por lo que el importe del daño deberá fijarse en ejecución de sentencia restando al importe invertido,(100.000 €) los cupones íntegros percibidos durante el periodo de vigencia (entre la compra y la conversión) , y el valor de las acciones recibidas (7.547) en el momento de la conversión lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

SEPTIMO.- INTERESES

En relación con el interés aplicable, el criterio nuestra Audiencia se ha expresado, v.g., en la sentencia de 5 de abril de 2021, al indicar que *" En efecto, la condena es al pago de una cantidad ilíquida, pero que lo es por voluntad de los demandantes desde la demanda, en que no concretaron el importe de la indemnización reclamada, como no lo hicieron tampoco en la audiencia previa pese a la información aportada con la contestación; y además en la demanda no se solicitó la condena al pago de intereses en caso de estimación de la pretensión subsidiaria. En tales condiciones, la debida congruencia de la sentencia impide condenar al pago de los intereses desde la demanda, y no serían procedentes en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.108 CC.; y tampoco cabe imponer a*

la deudora el pago de los intereses moratorios del art.576 LEC, que expresamente exige que la condena al pago sea de cantidad líquida, sin perjuicio de la aplicación de dicha norma, "ex lege", desde el momento en que se produzca la liquidación. Procede por tanto la estimación del recurso del banco en este punto."

El interés, por tanto, será el procesal (art. 576 LEC) desde el momento en que se concrete definitivamente la cantidad líquida debida en trámite de ejecución de sentencia."

OCTAVO.- COSTAS PROCESALES

No procede hacer imposición de costas al haber sido estimada la demanda solo en parte (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil)

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE 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 sr. _____ debo condenar a este a abonar a aquella la cantidad que se determine en ejecución de sentencia que resulte de restar al importe invertido,(100.000 €) los cupones íntegros percibidos durante el periodo de vigencia (entre la compra y la conversión) , y el valor de las acciones recibidas (7.547) en el momento de la conversión, con aplicación del art.576 LEC una vez se liquide dicha cantidad, 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

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

siguiente a la notificación de aquélla 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 3861000004122920 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

Firmado por:
Fermín Javier Goñi Iriarte,
Lorena Álvarez García

Fecha: 19/10/2021 13:04

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

Código Seguro de Verificación: 3907542005-5da2bcd96ed72166a14d5f2d79b081b9JHuMAA==

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.

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.