

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4
LEON**

SENTENCIA: 00163/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. INGENIERO SAENZ DE MIERA N° 6, (C.I.F. N° S-2413010-F) 24009 LEÓN

Teléfono: , Fax:

Correo electrónico: instancia4.leon@justicia.es

Equipo/usuario: MHF

Modelo: N04390

N.I.G.: 24089 42 1 2019 0011667

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001132 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA nº 163/22

En León, a 20 de junio de 2022.

Doña María del Carmen Santos González, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de León, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos con el nº1132-19, sobre reclamación de cantidad, a instancia de la Procuradora Dª. María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de **LA ASOCIACIÓN POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA, en defensa e interés de Dª.**

, y defendida por la Letrada Dª. Gisela Bernáldez Bretón, contra la entidad **“BANCO SANTANDER, S.A”**, con domicilio en Paseo de Pereda 9-12, Santander, representada por la Procuradora Dª. y asistida por el Letrado D. . Y a tenor de los siguientes hechos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Procuradora Dª. María Jesús Mendiola Olarte formula, en nombre y representación de “Actua” en defensa e interés de Dª. , demanda de Juicio Ordinario contra la entidad “Banco Santander, S.A”, en virtud de la cual suplica se dicte sentencia por la que:

1.- Se declare la RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE EVALUACION PREVIA Y DE INFORMACION ADAPTADA DESTACANDO LOS RIESGOS del producto VALORES SANTANDER, siendo un producto INADECUADO, COMPLEJO Y DE ELEVADO RIESGO no adaptado a la necesidad de conservación de capital de una obrera divorciada con hijos, y proceda a condenar al pago de 11.740,83€ € por ser el importe de la pérdida de la inversión calculado por la diferencia de lo invertido (25.790,85€) con lo obtenido con la venta de las acciones recibidas en la conversión (14.050,02), de conformidad con el art. 1.101 CC,art. 16 de la LCGC en concordancia con el art.128 del TRGDCU que prevén la indemnización como resultado de la defectuosa comercialización, por el incumplimiento de deberes de información.

2).- Y condenar a la demandada al pago de las costas y DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLAUSULA DE EXONERACION DEL CUMPLIMIENTO DE LA EVALUACION PREVIA Y DE COMPRESION DEL PRODUCTO, ya que son de adhesión NO NEGOCIABLES, EVITAN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL BANCO Y TRASLADAN LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CORRECTA COMPRESION DEL PRODUCTO AL CONSUMIDOR.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda se emplaza a la parte demandada a fin de que en el plazo de 20 días, y asistida de Abogado que le defienda y de Procurador que le represente conteste a la demanda.

La Procuradora D^a. presenta, en nombre y representación de la entidad “Banco Santander, S.A”, escrito de contestación a la demanda en virtud del cual suplica la desestimación íntegra de la misma, tras alegar la excepción de falta de legitimación activa. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora.

TERCERO: A continuación se cita a las partes a celebrar la audiencia previa, en la que las mismas manifiestan subsistir el litigio entre ellas así como no existir circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. No se formula alegación complementaria alguna, se pronuncian sobre los documentos aportados de contrario, fijan los hechos sobre los que existe conformidad y sobre los que discrepan, y tras exhortar a las partes a que lleguen a un acuerdo sin resultado positivo, las mismas proponen los siguientes medios de prueba: documental, testifical y pericial.

Asimismo, en este acto quedan las partes citadas personalmente y por medio de sus procuradores a juicio.

CUARTO: Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, las partes emiten oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos así como un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre los mismos.

QUINTO: En la sustanciación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Delimitación de las cuestiones objeto de controversia:

La parte actora suplica se dicte sentencia por la que:

1.- Se declare la RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE EVALUACION PREVIA Y DE INFORMACION ADAPTADA DESTACANDO LOS RIESGOS del producto VALORES SANTANDER, siendo un producto INADECUADO, COMPLEJO Y DE ELEVADO RIESGO no adaptado a la necesidad de conservación de capital de una obrera divorciada con hijos, y proceda a condenar al pago de 11.740,83€ € por ser el importe de la pérdida de la inversión calculado por la diferencia de lo invertido (25.790,85€) con lo obtenido con la venta de las acciones recibidas en la conversión (14.050,02), de conformidad con el art. 1.101 CC, art. 16 de la LCGC en concordancia con el art.128 del TRGDCU que prevén la indemnización como resultado de la defectuosa comercialización, por el incumplimiento de deberes de información.

2).- Y condenar a la demandada al pago de las costas y DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLAUSULA DE EXONERACION DEL CUMPLIMIENTO DE LA EVALUACION PREVIA Y DE COMPRENSION DEL PRODUCTO, ya que son de adhesión NO NEGOCIABLES, EVITAN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL BANCO Y TRASLADAN LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CORRECTA COMPRENSION DEL PRODUCTO AL CONSUMIDOR.

La parte demandada se opone a la pretensión actora suplicando la desestimación íntegra de la demanda, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora, tras alegar la excepción de falta de legitimación activa.

SEGUNDO: La primera cuestión a dilucidar (resuelta en auto de 30 de abril de 2.021) es la relativa a *la falta de legitimación activa, alegada por la parte demandada:*

En el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8-05-2020 se establece:

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 .>>.

La concreta consideración de la legitimación extraordinaria de una asociación de consumidores en la defensa de 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 (EDL 2000/77463)), destinada a facilitar la defensa de los intereses de los consumidores.

En principio, bajo el régimen general del art. 10 LEC (EDL 2000/77463), 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. (EDL 2000/77463).

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.

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

La doctrina invocada por la Audiencia se encuentra en las SSTC 73/2004, de 22 de abril , y 219/2005, de 12 de septiembre . Ambas sentencias se 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 (EDJ 2004/23361)).

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) (EDL 1990/13834)" (STC 73/2004, FJ 5).

En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercuta, 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 (EDJ 2004/23361))".

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.>>

Tras las apreciaciones anteriores la STS nº 656/2018 de 21 noviembre (EDJ 2018/645121), 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 jurídica gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados.

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

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

Luego, añade algo muy ilustrativo para poder precisar esta última salvedad (cuando guarden relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado), que la normativa vigente al dictarse el auto impugnado (el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (EDL 1984/8937), 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 (EDL 1984/8937), general para la defensa de los consumidores y usuarios, se contiene actualmente en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre (EDL 2000/85291), 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 (EDL 2000/85291), en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio (EDL 1984/8937), general para la defensa de los consumidores y usuarios".

Adviértase que la normativa actual, en concreto el art. 9 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre (EDL 2007/205571), 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".

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 (EDL 2000/85291), 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 (EDL 1996/13683)". 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. (EDL 2000/77463) Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser

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

El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Teodulfo y Montserrat, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinel Airports y Meinel Power) y siete bonos de 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. (EDL 2000/77463)

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.

En el presente supuesto, para una adecuada valoración y apreciación de las circunstancias concurrentes resulta preciso partir de las siguientes circunstancias de hecho:

1.- La actora, como asociación de consumidores legalmente reconocida, de acuerdo al art. 11.1 LEC (EDL 2000/77463), ejercita la acción en interés de uno de sus asociados, D^a. María Antonia.

2.- D^a. María Antonia adquirió títulos del instrumento financiero "Valores Santander" el 29 de mayo de 2.009, 9 valores por importe nominal de 45.000 euros.

3.- No consta que fuera inversora habitual y con autonomía propia en el mercado de valores mediante la compra y venta de acciones. No se trata de una inversora activa, experimentada, sofisticada y arriesgada.

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

La distinción obliga a ponderar las circunstancias resultantes de cada supuesto para, partiendo de la regla general, determinar la excepción. Si la regla general es reconocer la

legitimación (SSAP, Sección 2ª, 3 de febrero y 1 de marzo de 2017, como también indica la SAP (4ª) AP de Cantabria, de 2 de octubre, rectificando el criterio de la dictada con el nº 49/2019, de 10 de septiembre, de la misma sección) el supuesto particular, permite la excepción.

En el presente supuesto, el servicio financiero utilizado fue, por su naturaleza y circunstancias, de uso común, ordinario y generalizado, lo que unido al importe invertido, y la condición de la actora, permite desestimar la excepción de falta de legitimación activa aducida.

TERCERO: En segundo lugar, ha de entrarse a dilucidar la *existencia de o no de responsabilidad en la conducta de la parte demandada:*

En la SAP Cantabria de 6 de mayo de 2.022 se indica:

“Se trata de un producto financiero complejo a los efectos legales, como se desprende de la Ley del Mercado de Valores en la redacción previa a la transposición de la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, que ocasionó la reforma de la Ley por la Ley 47/2007, y desde luego según el texto del art. 79 bis 8 a) LMV, actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), claramente arriesgado en el sentido ya indicado por el TS en su sentencia de 17 de junio de 2016 , que recuerda que son productos complejos los que suponen generalmente un mayor riesgo para el inversor, menor liquidez y más dificultad para su comprensión, y que singularmente están caracterizados porque el inversor puede perder un importe superior a su coste de adquisición, muy habitualmente por ser un producto derivado. Como indica la citada sentencia -que estudia un contrato de bonos u obligaciones necesariamente convertibles en acciones de naturaleza muy próxima al contrato de autos-, la " principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión ". En cualquier caso, su carácter de producto complejo proviene de constituir un instrumento híbrido en cuanto que pueden ser llamados a absorber las pérdidas del emisor e incorporan un derivado que no puede recibir otra calificación. En tal sentido, el propio banco (tercera hoja del tríptico) clasificaba el producto como "complejo y de riesgo alto".

A la vista de las alegaciones de las partes y de las pruebas aportadas, ha de admitirse que su adquisición de los VALORES en el momento de la emisión, en el año 2007, vino determinada por una recomendación del banco como producto adecuado para ellos, recomendación que aun no hallándose expresamente documentada, es coherente con la realidad de la adquisición del producto novedoso emitido por el banco. Como es sabido, el asesoramiento en materia de inversión es definido en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (MiFID) 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. Afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(1)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 consecuencia, lo relevante es la conducta de la empresa de servicios de inversión, esto es, el propio contenido y forma de la actividad desarrollada frente al cliente, más allá desde luego de los conocimientos que pueda tener este o de la naturaleza de los productos de que se trate y desde luego no precisa la existencia de una determinada relación contractual ni la suscripción de concretos documentos sobre la actividad de asesoramiento, pues este concurre cuando se produce aquella recomendación personalizada."

“Al margen de si los contratos de adquisición celebrados al tiempo de la emisión de los VALORES SANTANDER debían de recibir una interpretación conforme con la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, por el retraso en su trasposición hasta la reforma de la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007 (que es la interpretación que sostiene, por ejemplo, la STS 20 Julio 2016 ya citada), en todo caso resultaban temporalmente de aplicación los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 , que contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. La Ley de Mercado de Valores, tras la reforma por la Ley 47/2007 (arts. 78 bis y 79 ter), lo hace entre clientes profesionales y minoristas. El minorista es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es desde siempre merecedor de mejor protección jurídica. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor. Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas, que obliga a la entidad prestadora del servicio financiero antes o después de la normativa MIFID (SSTS 20.1.2014 , 10.11.2015 Y 18.12.2015). Al respecto, las SSTS de 17 de junio y 6 de octubre de 2016 , recordando el contenido de los arts. 79 LMV en su redacción previa a la trasposición de la Directiva y el contenido del Real Decreto 629/93, de 3 de mayo (y su art. 5 del anexo), indican que " La normativa del mercado de valores -básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con

quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. ". No debe olvidarse, como ha declarado el TS en sus sentencias de 18 de abril de 2013 , 12 de enero de 2015 y 25 de febrero de 2016 , que la obligación de informar debe ser, para la entidad bancaria, activa y mantenida en el tiempo, no de mera disponibilidad, hasta el punto de precisar que " Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto" .

“Pese a no ser inversores expertos, no se acredita que la entidad que les asesoró en la adquisición de los VALORES SANTANDER en el momento de la emisión de estos cumpliera adecuadamente sus deberes de información antes expuestos, conclusión ya alcanzada por el juez de instancia. El documento de compra no contiene ningún elemento informativo que haga referencia a 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; tampoco puede considerarse suficiente la clausula de declaración de conocimiento de los riesgos del producto, pues, como recuerda la sentencia 47/2021 de 2 de febrero , con cita de la 202/2018 de 10 de abril , " En las sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , y 692/2015, de 10 de diciembre , entre otras, *hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.* Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento ". Tampoco el tríptico de la emisión puede considerarse bastante; como expusimos en la sentencia de 3 de febrero de 2017 , 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, reflejara 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 ", sin perjuicio de que más tarde se profundiza todavía más en el deber informativo esencial del folleto y su resumen por mor de las exigencias contenidas en los arts. 37 y 209 TRLMV, aunque estas últimas normas no resultan de aplicación al caso por razón de la fecha del contrato. Pues bien, como ya se analizó en la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 3 de mayo 2016 o de esta Sección Segunda de 19 de julio y 17 de Octubre de

2016 , es deficiente -cuando el estándar de información debe ser alto- a la hora de hacerlo comprensible (es inevitable que tenga algunos conceptos técnicos, pero 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 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 ". El testimonio de don , que reconoció haber intervenido en la comercialización de la emisión de los valores, no permite otra conclusión, siendo relevante, como se indica en la recurrida, que ni este mismo empleado había recibido formación específica sobre el producto y lo consideraba sin mas equiparable en complejidad a las acciones y ofrecerle a todo tipo de clientes, lo que evidencia una inadecuada percepción del riesgo para el cliente que es difícilmente compatible con la transmisión de una correcta, adecuada y comprensible información a este.

Acreditado el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus deberes en orden a asegurarse que los inversores actuaran con pleno conocimiento de los riesgos del producto en la adquisición del mismo en el año 2007, ha de admitirse como se postula en la demanda que ese déficit de información influyó en su decisión de comprar el producto y que por ello la entidad es responsable del daño causado. De una parte, es claro el daño sufrido, que se

concretó en el momento de consumación del contrato mediante el canje o conversión de los valores en acciones, 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, como se desprende de la propia documentación aportada por la demandada, suponiendo ello indudablemente un quebranto que trae causa directa de la contratación del producto y que no se hubiera producido sin esta, de manera que no puede negarse la relación causal entre la contratación y el daño. Frente a lo que sostiene la apelante, la consolidación del contrato por la **caducidad** de la acción de nulidad no rompe tal relación causal ni hace desaparecer el título de imputación del daño, tal como se desprende de la doctrina legal ya citada. Y no cabe acoger el argumento de la entidad recurrente que niega la condición de daño o perjuicio patrimonial o la pérdida habida por el solo hecho de ser consecuencia de la ejecución del contrato, pues que esto sea así no permite desconocer que la pérdida económica se relaciona causalmente con el déficit de información que afectó indudablemente a la decisión de contratar; y ello aunque en este caso y por las exigencias de la debida congruencia con los términos de la demanda (art. 218 LEC), se deba considerar también deducibles del montante de la inversión los dividendos y demás frutos derivados de las acciones obtenidas en la conversión, petición que debe entenderse ceñida al tiempo de interposición de la demanda.

Sobre la improcedencia de tal acción de indemnización del daño cuando se ha producido la caducidad de la acción de nulidad del contrato por vicio del consentimiento, cuestión que plantea nuevamente la recurrente, debe recordarse que el Tribunal Supremo 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 la acción de indemnización 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, y 31 de enero de 2019 al indicar que no cabe "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, cabe 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 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". 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 , razón también por la que no cabe apreciar que el ejercicio de la acción indemnizatoria suponga una infracción del deber de atenerse a los propios actos, que también se invoca.

Subsidiariamente a sus alegaciones de fondo la recurrente vuelve a reproducir la excepción de prescripción, que debe ser nuevamente rechazada en cuanto se refiere a las adquisiciones en el momento de la emisión o mercado primario. El plazo de tres años regulado en el art. 945 CCo . es el dispuesto 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 y en referencia al mercado primario 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 ha expuesto, 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 intervino 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 que se afirma 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."

En la Sentencia de la Audiencia Provincial del Cantabria de 11 de abril de 2022, se recoge:

“Una vez más ha de decirse que esta Sala ha dictado recientemente varias sentencias con la misma cuestión de fondo; la adquisición del producto " Valores Santander " y en relación con el mismo, la viabilidad de la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual derivada de una defectuosa información precontractual de la entidad bancaria. Así las Sentencias de 4 de marzo , 24 , 25 y 30 de marzo de 2021 , 8 y 21 de septiembre de 2021 o 17 de enero u 8 de febrero de 2022 (entre otras). Obviamente, al margen de las concretas circunstancias de cada proceso sobre la específica contratación y sobre la prueba de la información precontractual y la realidad del daño, la cuestión de fondo se aborda desde la misma perspectiva.

En relación con el primer motivo opuesto por la entidad bancaria relativo a que la acción de responsabilidad contractual es inhábil para conducir las pretensiones de los actores ha de reiterarse lo ya dicho. Ha sido el Tribunal Supremo el que ha considerado que la **caducidad de la acción de nulidad** por error en el consentimiento 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 al indicar que no cabe "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 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".

Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión". 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 no pueda prosperar la acción de resolución del contrato por haberse consumado este. En definitiva, la jurisprudencia del T.S. sostiene que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e

intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC , por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (SSTS. 677/2016, de 16 de noviembre , con cita de otras, 62/2019, de 31 de enero , 303/2019, de 28 de mayo ; 165/2020, de 11 de marzo , 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre , entre otras).

En cuanto a la **prescripción**, tal y como dijimos en SS. de 4 y 30 de marzo de 2021 el plazo de prescripción que conviene a la acción ejercitada es el de 15 años - ya cinco en este momento-, del art. 1964 CC el que no puede entenderse transcurrido.

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

Cierto es que, en cualquier caso, es necesario que concurra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en las SSTS de 12 de noviembre de 2020 u 8 de febrero de 2021 , con base en los argumentos siguientes: "En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa.

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto.

Tal prueba no se ha producido y la experiencia inversora de los actores no puede entenderse suficiente para el conocimiento del producto discutido.

Como nos recuerdan las recientes STS nº 61/2021, de 8 de febrero, y 334/2021, de 18 de mayo. La formación necesaria, para conocer la naturaleza y características de un producto como el litigioso, es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (SS, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero y 68/2020, de 11 de diciembre). Tal profesionalidad o experiencia inversora no queda acreditada a juicio de esta Sala, compartiendo en tal extremo el criterio de la resolución recurrida por lo que procede la estimación de la acción subsidiariamente ejercitada.”

Cierto es que, en cualquier caso, es necesario que concurra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en las SSTs de 12 de noviembre de 2020 u 8 de febrero de 2021, con base en los argumentos siguientes: "En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa".

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto. Ha de recordarse que en relación con el deber de informar el TS (S. de 18 de mayo de 2021) tiene declarado que en cuanto a la manera de llevarse a efecto ha de ser de forma clara y sin trivializar los riesgos que se asumen; no cabe dar por cumplido el deber de informar con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, sino que requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza; la carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera y no a la parte demandante, en función de sendas razones: la primera dado que, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y la segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (sentencias 668/2015, de 4 de diciembre , 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre , 618/2019, de 19 de noviembre , entre otras muchas); la formación necesaria para conocer la naturaleza y características de un producto complejo, es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015 de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero y 668/2020, de 11 de diciembre). (SAP Santander 1 de abril de 2.022).

En la SAP Santander de 31 de marzo de 2.022 se establece:

“El incumplimiento de los deberes profesionales de información- que en este caso se encuentran regulados en el art. 79 bis de la Ley 24/1.988 - puede dar lugar a la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Así queda establecido en la STS 244/2013 .

Esta jurisprudencia sostiene que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC , por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (sentencias 677/2016, de 16 de noviembre , con cita de otras , 62/2019, de 31 de enero , 303/2019, de 28 de mayo ; 165/2020, de 11 de marzo , 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre , entre otras).

Tratándose de la responsabilidad ex art. 1.101 del Código Civil , el plazo de prescripción de aplicación es el de quince años del art. 1.964, en la redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 42/2015 , plazo que no habría transcurrido desde el canje obligatorio (art. 1969 del CC) hasta la fecha de interposición de la demanda en fecha abril del 2020.

Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que, siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. De esta forma se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre .

No consta acreditado que se le explicara al cliente debidamente la posibilidad de que el importe invertido pudiera ser que no fuera devuelto en acciones; Por el contrario, de la declaración testifical practicada se desprende que los riesgos de pérdida de capital se minimizaron, enfatizando en la garantía que resultaba por entonces del progresivo aumento del valor de cotización de las acciones de la entidad bancaria, indicando igualmente el testigo que la política de comercialización del producto era muy agresiva.

No cabe tener por cumplida la obligación de informar con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, o a la cumplimentación de una documentación estereotipada, sino que se exige una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de pérdida del nominal invertido (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre ; 31/2016, de 4 de febrero ; 6/2019, de 10 de enero ; 334/2019, de 10 de junio ; 524/2019, de 8 de octubre ; 274/2020, de 10 de junio ; 670/2020, de 11 de diciembre ; 673/2020, de 14 de diciembre , entre otras).

La falta de prueba sobre la existencia de una cumplida información precontractual sobre los riesgos- exigible a la entidad bancaria- nos lleva a inferir que su omisión fue la causa de que la parte demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, por lo queda acreditada la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales.

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto, lo que no ha sucedido.

El testigo que ha depuesto no recuerda las concretas vicisitudes de la contratación litigiosa, pero de sus explicaciones resulta que ninguna intervención en la misma obtuvo el Sr. , por lo que resulta irrelevante su condición de empleado de banca.

El hecho de que los demandantes hayan concertado otros contratos de productos complejos, siempre asesorados por la entidad bancaria, no demuestra que estemos ante un inversor profesional.

Sostiene la entidad bancaria que tras la contratación la parte apelada ha conocido y seguido la evolución de su inversión a través de la información proporcionada, lo que implica la confirmación del contrato.

No cabe considerar que la información posterior a la contratación sobre la evolución del producto ni la percepción de intereses o rendimientos por parte del inversor suponga la confirmación de los contratos viciados (SSTS 19/2016, de 3 de febrero ; 503/2016, de 19 de julio ; 691/2016, de 23 de noviembre ; y 600/2018, de 31 de octubre , entre otras muchas), ni vaya contra los actos propios de la demandante.”

“Es claro que dada la naturaleza compleja del producto que nos ocupa, el deber de información por parte de la entidad hacia el inversor minorista era máximo. En el instante de compra del producto en el año 2009 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 información el deber de clasificar a los clientes según una de las tres categorías: cliente minorista, cliente profesional - y contraparte elegible-, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. No consta que para la realización de esta inversión se cumplimentaran los test de idoneidad ni conveniencia y el documento de compra no contiene ningún elemento informativo que haga referencia a qué riesgo se asume, no simplemente que se asume riesgo, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia, como tampoco puede considerarse suficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones legales de información la cláusula de declaración de conocimiento de los riesgos del producto, pues, como recuerda la sentencia 47/2021 de 2 de febrero , con cita de la 202/2018 de 10 de abril , " En las sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, **hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.** Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el

cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento ". Tampoco el tríptico de la emisión puede considerarse bastante desde el punto de vista de las exigencias legales; como expusimos en la sentencia de 3 de febrero de 2017 , 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 ", sin perjuicio de que más tarde se profundiza todavía más en el deber informativo esencial del folleto y su resumen por mor de las exigencias contenidas en los arts. 37 y 209 TRLMV. (SAP Santander 19 de mayo de 2.022).

En el presente supuesto, ha de tenerse en cuenta que la actora carecía de estudios, trabajadora de la limpieza y su perfil era de persona ahorradora, indicando que a lo sumo había tenido fondos de inversión de bajo riesgo. El empleado de la entidad bancaria que, ha depuesto durante el acto del juicio, manifiesta que mientras él estuvo no invirtió en productos de riesgo. Fue él quien le recomendó cancelar dos fondos de bajo riesgo y contratar los valores en 2.009, porque se adquirirían en mercado secundario al 50% y estima que no podía tener pérdidas si se vendía en su momento, puesto que invertía al 50% y con intereses y dividendos era beneficioso. Cree que sí se hizo el test de idoneidad, pero desconoce porqué no aparece. Se compraba sin saber qué, hasta que no apareciera el tercero que vendía no sabías qué comprabas. No le explicó el seguimiento del producto.

Por ello ha quedado demostrado que difícilmente pudo haber comprendido el riesgo del producto que contrataba, no siendo plenamente consciente de lo que adquiría, al tiempo que el producto no era adecuado para ella, debido a su falta de perfil inversor y a la ausencia de conocimientos financieros.

Del análisis de la documental obrante en las actuaciones, hay que mencionar que en la información escrita facilitada a la actora no se menciona el riesgo de perder el capital invertido, y de haberse incluido y explicado, ésta no había contratado los valores, dada su escasa formación financiera y su perfil ahorrador-conservador.

Asimismo, si se hubiera realizado el test MIFID correctamente éste daría un resultado no conveniente, dado que la naturaleza compleja del producto no es adecuada a una persona que carece de estudios y tan solo se presume que pueda comprender conceptos económicos básicos, al tiempo que estamos ante una persona con un perfil ahorrador.

Por todo ello, es preciso señalar que la mera denominación de los productos contenida en la documentación contractual, o el conocimiento del tipo de interés que abonan, no pueden erigirse en datos suficientes para afirmar que nunca pudo confundirse con un depósito a plazo fijo, pues un particular sin conocimientos financieros, como es el caso, no puede alcanzar a comprender a través de la simple denominación de la inversión cuáles son las características de la misma.

Si a ello añadimos que el perfil de la actora era de ahorrador-conservador, y al carecer de conocimientos financieros avanzados consideramos que no pudo comprender las características esenciales del producto, particularmente el riesgo de liquidez, derivado de los mecanismos precisos para deshacer la inversión. Tampoco se revela la utilidad o conveniencia para el cliente de este tipo de inversión, que no consta haya solicitado expresamente; ni que fuera adecuado a su demanda de ahorro y disponibilidad a petición, pues no consta que hubiera contratado con anterioridad productos similares.

La documentación contractual aportada por el banco, no permite suponer la existencia de información suficiente sobre el producto, a la vista de que los documentos contractuales, no revelan que le fuera suministrada información sobre los aspectos del producto antes señalados; y en todo caso no tuvo oportunidad de conocerlos, pues durante el tiempo que tuvo contratados los productos, éstos funcionaban con las características que la demandante suponía contratadas, pues generaban intereses. Es más, el mero hecho de que sean suscritos unos determinados documentos, pre-redactados por la entidad financiera, no implica sin más el conocimiento por parte de la actora de todas las circunstancias asociadas a la operación y a los riesgos a los que se sometía. Además de ello, la actora entra dentro de la categoría de minorista-consumidor, y los valores necesariamente canjeables en acciones son un producto complejo y de riesgo, de ahí que resultara imprescindible suministrar toda la información relativa a este producto, incluyendo claramente la posibilidad de que se perdiera el capital invertido, que no se pudieran percibir intereses, que no resultara posible su enajenación.

La remisión de información fiscal tampoco evidencia el conocimiento de las características de la inversión, puesto que en ningún caso contiene explicación de estos extremos; y la percepción de intereses o la consideración de los mismos en las declaraciones fiscales de su titular no pueden ser interpretadas en tal sentido, pues sólo revelan la confianza de la demandante en el producto contratado, que en este concreto extremo de la rentabilidad se comportaba como ésta esperaba.

Por tanto, la demandada incumplió la obligación de dar una información concreta y particularizada a la demandante, omitiendo información sobre las características esenciales del producto.

Procede pues, la estimación de la pretensión ejercitada en cuanto a la acción de responsabilidad condenando a la entidad demandada a que en ejecución de Sentencia indemnice a la actora por el daño causado que viene determinado por el valor de la inversión realizado menos el valor percibido al canje del producto y los intereses que fueron cobrados por la demandante (SSAP Santander 11-2-22, 1-4-22, 31-03-22...).

Estas operaciones se realizarán en ejecución de la presente sentencia.

No se trata, por tanto, de la mora en el cumplimiento de una obligación puramente dineraria, encuadrable en el art. 1108 CC, sino de la indemnización, conforme al art. 1106 del mismo Cuerpo legal, de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual, incumplimiento que se refiere a "una contraprestación económica", pero cuya cuantificación se confía a lo que resulte en ejecución de sentencia, lo que aproxima aquella contraprestación a una deuda de valor, resultando de aplicación el principio "in iliquidis non

fit mora" (STS de 17 de febrero del 2.009); Por tanto, no procede la condena al pago de intereses.

En último término ha de indicarse que no procede acoger la pretensión actora de declaración de abusiva de la cláusula de exoneración, al tratarse de meras declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

CUARTO: Por lo que se refiere a las *costas*, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad no existiendo méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, de conformidad con el art. 394 LEC.

FALLO

1º.- Con estimación parcial de la demanda interpuesta por **LA ASOCIACIÓN POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA, en defensa e interés de D^a.** , contra la entidad **“BANCO SANTANDER, S.A”**, DEBO DECLARAR Y DECLARO que la misma incurrió en RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL al incumplir sus obligaciones de información y adecuada comercialización del producto financiero adquirido por la actora. *Y en su virtud, se condena a la demandada a que en ejecución de Sentencia indemnice a la actora por el daño causado, que viene determinado por el valor de la inversión realizado menos el valor percibido al canje del producto y los intereses que fueron cobrados por la demandante.*

2º.- Todo ello debiendo abonar cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, si las hubiere.

3º.- Notifíquese esta resolución a las partes.

4º.- Contra esta resolución cabe recurso de apelación que deberá interponerse mediante escrito que se presentará ante este juzgado en plazo de VEINTE DÍAS a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución, y en el que se indicará la resolución que se apela y la voluntad de recurrirla con expresión de los pronunciamientos que se impugnan.

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



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.