



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Juzgado de Primera Instancia Nº 5
Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, Planta 4
Solairua, 31011
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.52 - FAX 848.42.42.82
Email: pinspam5@navarra.es
OR050

Puede relacionarse de forma telemática con esta Administración a través de la Sede Judicial Electrónica de Navarra <https://sedejudicial.navarra.es/>

Sección: CP
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Nº Procedimiento: **0000125/2020**

NIG: 3120142120200001028
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000042/2021

S E N T E N C I A Nº 000042/2021

En Pamplona/Iruña, a 26 de enero del 2021.

Vistos por el Ilmo./a **Dña LEYRE URRETAVIZCAYA ARDANAZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 0000125/2020, seguidos ante este Juzgado a instancia de D./Dña. ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES AUGE, representado/a por el Procurador D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE y asistido/a por el Letrado D./Dña. GISELA BERNALDEZ BRETON, contra D./Dña. BANCO SANTANDER SA representado/a por el Procurador y defendido/a por el Letrado

sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a María Jesús Mendiola Olarte, actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE), formuló demanda de Juicio Ordinario frente a BANCO SANTANDER, S.A., arreglada a las prescripciones legales, en la que, por medio de párrafos separados, exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los Fundamentos de Derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación, finalizara dictándose Sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 28/02/2020, se dio traslado a la parte demandada emplazándola para que contestara a la demanda en el plazo de veinte días hábiles computado desde el siguiente a su emplazamiento, circunstancia que se verificó en tiempo y forma mediante la presentación del escrito de contestación por la Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A.

TERCERO.- En virtud de diligencia de 30/06/2020, se convocó a las partes a la audiencia previa que fue celebrada el 15/09/2020. En el expresado acto, y conforme a lo razonado en el mismo, fue diferida a la Sentencia la

Firmado por:
LEYRE URRETAVIZCAYA ARDANAZ

Fecha: 26/01/2021 14:31

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142005-a6a5147e406cab2537dc6966943a09ba/TRwAA==

resolución de la cuestión invocada por la parte demandada relativa a la falta de legitimación activa *ad processum* de la Asociación actora. Fijados los hechos controvertidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429 LEC, a instancia de la parte demandante fue admitida prueba consistente en documental, requerimiento a la parte demandada a fin de aportar documentación: i) contrato de compra de Fondo Santander Dividendo Europa; ii) contrato de compra de Nota Estructurada; iii) Anexo 1 que figura en la página 6 y 13 del Manual de procedimientos para la comercialización de productos financieros; iv) copia firmada del tríptico informativo con constancia del recibí; v) extractos de información trimestrales remitido por el Banco en los años 2007, 2008 y los dos primeros trimestres del 2009 exigidas por el artículo 78 de la LMV; más documental e interrogatorio de parte en la persona de . A instancia de la parte demandada fue admitida prueba consistente en el interrogatorio de , documental, testifical de y pericial de .

Se señaló finalmente como fecha de celebración del juicio el día 19/11/2020.

CUARTO.- En virtud de Providencia dictada en fecha 11 de noviembre de 2020, se tuvo por renunciada a la parte actora en la petición de practicar el interrogatorio de parte de , en quien no concurre la condición de legal representante de la demandada. Llegada la fecha de celebración del juicio, compareciendo las partes, fue practicada toda la prueba propuesta y admitida, declarándose acto seguido el juicio visto para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales con excepción del plazo para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

En los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos a instancia de la Procuradora de los Tribunales D. ^a María Jesús Mendiola Olarte, actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE) frente a BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D. ^a María Teresa Igea Larrayoz se solicita se dicte Sentencia por la que:

- a) con carácter principal se declare la responsabilidad por daños y perjuicios por incorrecto asesoramiento, deficiente información pre y postcontractual y existencia de conflicto de intereses en la recomendación de compra del producto "Valores Santander" y en consecuencia condene al pago de 42.288,29 € (42.771,61€ + 18.716,86€ -19.200,18€ = 42.288,29€) por el resultado de la suma de las cantidades resultantes de la pérdida declarada menos los

- rendimientos obtenidos más el interés legal y devaluación por IPC hasta el canje y extinción del contrato en el año 2012;
- b) con carácter subsidiario se declare la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de las condiciones de emisión incluidas en el tríptico informativo y la nota de valores y la existencia de conflicto de intereses estimados en 42.771,61 €;
 - c) con carácter subsidiario se declare la nulidad absoluta por abusividad en la indeterminación de precio y cantidad de las acciones objeto del contrato Valores Santander y por lesividad con la restitución mutua de las prestaciones de conformidad con el artículo 1301 del Código Civil;
 - d) todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

La parte actora funda de forma sintética su reclamación en el hecho de que su asociado , de 76 años de edad a la fecha de interposición a la demanda y sin conocimientos financieros, guiado por el insuficiente e incorrecto asesoramiento de la entidad financiera demandada suscribió en el año 2007 la “Orden de Valores Santander” –anexo 9 de la demanda- por importe de 65.000 €- sin recibir adecuada información sobre los riesgos de los títulos adquiridos y sin adecuarse el producto suscrito a su perfil minorista-. En concreto esgrime que no se le hizo entrega de ningún tríptico informativo ni dispuso de ningún documento firmado en el que se hicieran costar los elementos esenciales de la inversión, la definición de las obligaciones necesariamente convertibles a precio de canje indeterminado, el elevadísimo riesgo, el emisor distinto del comercializador, etc., circunstancias , a su juicio han de determinar el éxito de la acción de responsabilidad contractual. Descansa su acción no solo en la violación del deber legal de información pre y post contractual sino en el incumplimiento de las condiciones esenciales de la emisión incluidas tanto el Tríptico informativo como en la Nota de Valores. Tal y como se esgrime en el escrito rector, la cuantía de la pretensión indemnizatoria por incumplimiento de las condiciones de emisión es de 42.771,61€ y se calcula por la pérdida declarada por el banco Santander al momento de canje(DOCUMENTO Nº 17 INFORMACION FISCAL DE PÉRDIDAS), dado que los suscriptores hubieran podido recuperar íntegramente la inversión de haberse fijado el precio de conversión en 10€ por realizar la ampliación de capital de 4.000 millones, haberse informado trimestralmente sobre el valor de la inversión y haberse aperturado la primera ventana de canje del 2008.

La parte demandada solicita la íntegra desestimación de la demanda interpuesta con expresa condena en costas a la parte actora. En primer término invoca que la asociación de consumidores actora carece de legitimación activa *ad processum* interesando la aplicación de los criterios fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018. En segundo término apunta a la inidoneidad de las acciones ejercitadas en la demanda al indicar que la parte actora interesa los efectos propios de la nulidad relativa por vicio del consentimiento cuando esta acción se encuentra claramente caducada, negando en suma la pretendida responsabilidad contractual, en particular, derivada del incumplimiento de ninguna obligación derivada de la orden de compra de Valores Santander – que es el único contrato suscrito por el cliente-, y sin que, el incumplimiento

de las obligaciones previas a la celebración del contrato –sustancialmente los deberes de información- resulte idóneo para justificar la prosperabilidad de la acción ejercitada. En todo caso, la parte demandada destaca la experiencia inversora del , expone las características del producto destacando su naturaleza de “producto sencillo en su funcionamiento (una simple compra con entrega aplazada de acciones) con condiciones económicas equilibradas”); “un producto muy interesante para los clientes (actuales o potenciales) del Banco (que son su principal activo) que no tuvo el resultado que cabía esperar en septiembre de 2007, por circunstancias exógenas imprevisibles”. Asimismo alega que el

con carácter previo a realizar la inversión, recibió información necesaria sobre la naturaleza, características, condiciones y riesgos de los Valores Santander y, en concreto, el Tríptico Informativo supervisado y aprobado por la CNMV además de poner a su disposición la “Nota de Valores”, circunstancias acreditadas en la orden de compra en la que *“El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla “Importe Solicitado”.* Finalmente, y de modo subsidiario, aduce que, en su caso, la indemnización quedaría determinada restando, al importe de la inversión, los cupones íntegros percibidos, los rendimientos generados por las acciones en concepto de dividendos hasta ejecución de sentencia y el precio de cotización de las acciones obtenidas por la contratación de los Valores Santander a cierre de mercado en la fecha de ejecución de la sentencia, operando tan solo el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda.

SEGUNDO.- Legitimación activa “ad causam” de AUGE.

Expuestas como anteceden las cuestiones controvertidas, en el acto de Audiencia Previa, pese al tenor de la excepción procesal articulada, se difirió la resolución relativa a la legitimación de la actora en orden a ejercitar las acciones objeto de la litis en representación de su asociado, a la fase del pronunciamiento de la Sentencia.

En este punto, procede consignar cómo el artículo 11.1 de la LEC dispone 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 parte demandada se hace eco de numerosas sentencias dictadas en la denominada jurisprudencia menor que, en interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 656/2018 de 21 de noviembre, rechazan la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en supuestos similares al que constituye el objeto del presente procedimiento. Por el contrario, la parte actora rechaza la denunciada falta de legitimación alegando que la Sentencia del Tribunal Supremo aludida no constituye

jurisprudencia y que se refiere a un caso de contratación de cuatro millones de euros, único, específico y extraordinario en el que se constató “abuso de derecho”. Asimismo, en el acto de la Audiencia Previa aportó Auto nº 136/2020, de 24 de junio de 2020, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en la que se reconoce la legitimación activa de AUGE en un supuesto en el que *“la suscriptora de Valores Santander encaja en el perfil del particular sin conocimientos financieros que, asesorado por los empleados de la entidad, adquirió el producto con la finalidad de obtener rendimientos a partir de un capital propio por importe de 5.000 euros, por lo que esta fórmula de suscripción se asimila al as condiciones en las que se produjo la adquisición por el grupo mayoritario de clientes afectados”*

La Sentencia del Tribunal Supremo 656/2018, de 21 de noviembre ha declarado:

"2. Estimación del motivo. La legitimación procesal aducida por la demandante y apreciada por la Audiencia se apoya en la previsión contenida en el artículo 11.1 LEC .

El art.11 LEC lleva por rúbrica: " Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios". Y el apartado 1 regula lo siguiente: "1. 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".

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

Esta legitimación alcanza en todo caso al ejercicio de las acciones surgidas al amparo de la normativa protectora de consumidores y usuarios: esencialmente Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y también otras normas que contemplan expresamente la protección del consumidor.

Además, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta legitimación se extiende a otros casos en que las asociaciones de consumidores actúan en defensa de los intereses particulares de alguno de sus asociados, intereses como consumidores y usuarios que guardan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

3. Así es como la sentencia recurrida, aunque la acción ejercitada no es propiamente una acción nacida directamente de la normativa de consumidores, ha entendido que podía quedar amparada por esta legitimación especial del art.11.1.LEC , al amparo de la doctrina del

Tribunal Constitucional que interpreta estas normas en un sentido amplio y flexible.

La doctrina invocada por la Audiencia se encuentra en las SSTC 73/2004 de 22 de abril , y 219/2005 de 12 de septiembre . Ambas sentencias se 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 , FJ3). 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 , FJ5).

En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios.

Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercute, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004 , FJ6)".

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. El trasfondo de esta cuestión es la denuncia del uso abusivo de esta legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia justicia gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados. Y en este marco, del reconocimiento de este derecho, también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la sentencia 217/2007 de 8 de octubre .

En aquel asunto, se había denegado a una asociación de consumidores el derecho de asistencia jurídica gratuita "para litigar en defensa de uno de sus asociados contra una compañía de seguros, en un pleito sobre reclamación de cantidad por rescisión de un contrato de seguro decenal". El Tribunal Constitucional recuerda que la legislación vigente reconoce este derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores "en los términos previstos en el art. 2.2.de la Ley 26/1984 de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios , esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

Luego, añade algo muy ilustrativo para poder precisar esta última salvedad (cuando guarden relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado), que la normativa vigente al dictarse el auto impugnado (el art.20.1 1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios), establecida: "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 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

Firmado por:
LEYRE URRETAZCAYA ARDANAZ

Fecha: 26/01/2021 14:31

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, cuyo anexo I, apartado C num.14, en desarrollo de la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios".

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

La expresada doctrina ha resultado recientemente reiterada en STS de 27 de octubre de 2020, en la que se expresa: “En el caso presente nos encontramos con un antecedente en el cual la propia sala se ha pronunciado en un caso similar. Se trata de la sentencia núm. 656/2018, de 21 de noviembre (rec. 267/2016) que, en un supuesto próximo al presente y siendo demandante la misma entidad que ahora lo es, si bien en aquél caso se había denunciado la falta de legitimación de la demandante por la propia demandada, declara su falta de legitimación *ad causam* al no tratarse en el caso, fundamentalmente por la cuantía de la inversión -como ahora ocurre- de productos o servicios destinados a consumidores y, por tanto, de uso común, ordinario y generalizado. Dicha sentencia advierte que dicha legitimación extraordinaria de las asociaciones de consumidores y usuarios: "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 (...), 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."

Al no considerarse como tales los productos y el importe total contratado, no procede reconocer la legitimación de la parte demandante, siguiendo el precedente de la sentencia citada.”.

Ciertamente, los dos supuestos analizados por el Tribunal Supremo abordaban la adquisición de productos financieros por un valor muy elevado próximo a los 4 y 5 millones de euros respectivamente y, negando legitimación a AUGE en función, principalmente de la “cuantía de la inversión”.

En el caso de autos se trata de la adquisición de Valores Santander en una cuantía muy inferior a la analizada por el Tribunal Supremo, por cuanto, según consta en la orden de suscripción de Valores Santander el asociado interesó la suscripción de 65.000 € y así se hace constar en los extractos de movimiento de la cuenta corriente aportados como anexo 19 de la demanda, en fecha 04-10-2007.

Tal y como expresa la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 8 de mayo de 2020 “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. Si 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), no lo es menos que, en casos

particulares y concretos, como el que hoy es objeto de recurso, el régimen de reconocimiento ordinario ceda y excluya de tal condición a la asociación que pretenda servir de soporte para la reclamación de un asociado que, como el Sr. Raimundo, es un inversor especialmente cualificado y experto en la adquisición y transmisión continua de toda clase de productos especulativos de alto riesgo.

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

En el caso de autos, recopilando las conclusiones previamente consignadas, no concurren las específicas circunstancias excepcionales que sirvieron de fundamento para apreciar abuso de derecho en el ejercicio de la acción por parte de la asociación AUGE en nombre sus asociados, ni en atención al importe de la inversión, absolutamente dispar respecto de la que constituye el objeto de autos, ni en relación con las específicas características o perfil inversor del asociado, que no se considera como particularmente cualificado o experto en atención al historial de contratación. Conforme a lo expuesto, en atención a la oferta indiscriminada del producto por parte de la entidad, no puede sino sostenerse que se trata de un producto de uso común en la terminología empleada por el Tribunal Supremo. Es por ello que debe ser rechazada la denunciada falta de legitimación activa de la parte demandante.

TERCERO.- Sobre la idoneidad de la acción ejercitada.

Tal y como ha sido previamente consignado, ejercita la parte actora acción relativa a la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la entidad demandada al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, invocándose en el escrito rector que BANCO SANTANDER no ha cumplido correctamente los deberes de información que le impone la legislación reguladora del mercado de valores (artículo 78.1 LMV) y ha cumplido defectuosamente la labor de asesoramiento.

La parte demandada esgrime la inidoneidad de la acción ejercitada si bien, en realidad, la eventual prosperabilidad de la acción ejercitada por la actora con carácter principal ha sido admitida, entre otras, por la STS 491/2017, de 13 de septiembre, a la que alude la SAP de Navarra de 28/06/2018:

“(…) según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una *acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al*

cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución... "

La referida resolución añade: " Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre : En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre (RJ 2014 , 6662), 397/2015, de 13 de julio (RJ 2015, 2777), y la 398/2015, de 10 de julio (RJ 2015, 2776), ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad». Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco 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 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». Es decir, 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

Firmado por:
LEYRE URRETAZCAYA ARDANAZ

Fecha: 26/01/2021 14:31

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".

No resulta controvertido que, en efecto, en atención a la fecha de canje en 2012, habría transcurrido el plazo de caducidad que regula el artículo 1.301 del Código Civil para instar su nulidad (conforme al FNN plazo de prescripción). Sin embargo, con arreglo a la doctrina jurisprudencial antes consignada es posible el ejercicio de la acción indemnizatoria por incumplimiento de los deberes de la entidad demandada siempre que sea dable la imputación del daño sufrido al incumplimiento grave de la contraparte, debiendo acreditarse la concurrencia del inexorable nexo causal entre el incumplimiento y el daño, de forma que el perjuicio sufrido pueda ser imputado al incumplimiento del deber de información que corresponde a la parte demandada.

CUARTO.- Sobre la exigencia del deber de información.

La Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre aplicable al supuesto de autos, conforme a sus artículos 78 y siguientes de la LMV exigen a cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta actividades relacionadas con los mercados de valores, con mención expresa a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado así como asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

La ley de Mercado de Valores se encontraba desarrollada por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, actualmente derogado por el Real Decreto 217/2008, 15 de febrero. En efecto, el Real Decreto precitado vino a establecer un código general de conducta de los mercados de valores, que en el apartado concerniente a la información, se obligaba a las entidades a ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
LEYRE URRETAZCAYA ARDANAZ

Fecha: 26/01/2021 14:31

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/index.html

Código Seguro de Verificación: 3120142005-a6a5147e406cab2537dc6966943a09ba/TRwAA==

que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción de decisiones de inversión, debiendo ser ésta clara, correcta, precisa, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de forma que el cliente conozca los riesgos de la operación que contrata.

La Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros)".

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID "ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser 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 swap 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. [...] Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión."

QUINTO.- Aplicación al supuesto de autos.

En el caso de autos se estima acreditado que Banco Santander incumplió determinadas obligaciones de información que, en terminología empleada por la SAP de Barcelona, Sección 14, nº 281/2020, “se configuran como auténticas obligaciones inherentes al contrato por imperativo de la norma de conducta de comercialización”. En el caso de autos, no resulta acreditado que por parte del empleado de la entidad financiera

se procediera a la entrega del denominado “tríptico informativo” con información sobre las características esenciales del producto y que se acompaña como Doc. 18 del escrito de contestación. Tampoco resulta cumplidamente probado que se procediera a trasladar la Nota de Valores, no existiendo constancia documental sobre dicha aportación, negada por el [redacted] y que no pudo ser concretada por el empleado de la entidad, sin que a los indicados efectos resulte suficiente la manifestación contenida en la orden de suscripción, cuya fecha y número de títulos no se hacen constar. Si bien es cierto que la orden de suscripción se encuentra firmada por el cliente, la mera declaración de haber recibido la información, sin que conste la entrega de la misma con la suficiente antelación, no integra el contenido normativo conforme a la exposición que del mismo ha sido transcrita en los fundamentos jurídicos que anteceden. En todo caso, el empleado de la entidad admitió que la oferta del producto al [redacted] partió de él, que él fue quien se la ofreció, si bien expresó no recordar si también la previa decisión de vender acciones para reinvertir el importe en los Valores Santander fue asimismo por él sugerida o recomendada. Resulta pues de la prueba practicada que la iniciativa de la contratación no surgió del cliente, como contrariamente se afirma por la demandada, sino que fue el [redacted] quien asesoró al [redacted] y le ofertó el producto cuestionado.

Es posible concluir que, contrariamente a lo sostenido por Banco Santander, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria fijada por el TJUE, la entidad demandada sí llevó a cabo una labor de asesoramiento en la comercialización de los Valores Santander. Y es que, en tal sentido, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (nº 840/2013; rec. 879/2012) señala que:

“Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
LEYRE URRETAZCAYA ARDANAZ

Fecha: 26/01/2021 14:31

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/InIndex.html

Código Seguro de Verificación: 3120142005-a6a5147e406cab2537dc6966943a09ba/TRwAA==

consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)"

Por lo que respecta a la declaración contenida en el documento contractual, conforme a la cual, el cliente ha sido informado de los riesgos de la operación, *"El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado", el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de enero de 2015 ha declarado:*

"(...) Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por... en el sentido de que "he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..." y "declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo". Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

Tal y como desglosa la SAP de Cádiz, Sección 8ª, de 22 de julio de 2019, "el folleto informativo explica la dinámica de la inversión; cómo, de prosperar la adquisición de ABN AMRO, los valores se canjearían

necesariamente por obligaciones convertibles en acciones ordinarias del Banco de Santander de nueva emisión, de manera que el final de la inversión era la adquisición de acciones de la entidad emisora (" los inversores reciben acciones Santander cuando ocurra el canje"). También se decía que al momento de la conversión, la acción se valoraba con una prima del 16%, es decir, al 116% de su cotización, lo que predeterminaba el número de acciones a recibir (" las obligaciones necesariamente convertibles se valorarán por 5000 € y las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones necesariamente convertibles "), siendo así que el valor final de la cartera así adquirida (que en ese momento era superior al de su inversión nominal) calculada al momento del canje voluntario u obligatorio dependía ya del que tuvieran en el mercado en ese instante las acciones del Banco de Santander.

El folleto informativo contenía un cuadro en el que se desarrollaba una simulación a modo de " ejemplo teórico sobre rentabilidad ", en el que, sobre un precio de conversión de 14,57 euros (equivalente al 116% del valor de la acción Santander a 17/septiembre/2007, 12,56 euros), y al margen de la remuneración obtenida (7,30% hasta 4/octubre/2008, y EURIBOR más 2,75% desde entonces), se explicaba cómo si la acción Santander en el momento del canje cotizaba a 16,50 euros, había una ganancia del 9,394%, pero sí lo hacía a 11,50 euros, la pérdida, destacada en negrita, era del 21,07%. La información suministrada era parca, claramente insuficiente y en ningún momento destacaba el riesgo de pérdida del capital. La explicación se recoge bajo la rúbrica de "ejemplos teóricos de rentabilidad", entendiéndose que lo que se explica es la rentabilidad del capital invertido en el producto Valores Santander. En ningún momento se expresa de forma clara y precisa el riesgo de pérdida del capital."

No se estima acreditado que el asociado pudiera saber en el momento de la contratación cuál era la ratio de conversión de los "Valores Santander" en acciones del Banco Santander, y en estos términos se ha pronunciado la STS Nº 411/2016, de 17 de junio:

"El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen porqué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las

acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas."

Como ya se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 2016, nº 21/2016, "la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. (...). Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre)"[.] Con todo, lo relevante es que los valores santander eran un producto novedoso en el mercado financiero que podemos incluso calificar de "ingeniería financiera". Se diseña el producto "ad hoc" para obtener del ahorro de pequeños inversores los fondos necesarios para costear la OPA de ABN Amro, en un momento anterior a que se conozca si la referida adquisición llegará a buen fin, por lo que se capta el dinero de los ahorradores a través de una sociedad filial sin necesidad de realizar una ampliación de capital, lo que en su caso se llevaría a cabo con emisión de nuevas acciones sólo si se adquiere el nuevo banco, y, además, de forma escalonada (dependiendo de las solicitudes de canje en cada ventana voluntaria anual) [...] La publicidad con la que se ofertó el producto (...) es, respecto a la información de los riesgos a que se ha hecho referencia, absolutamente nula. Se limita a decir que "Al cumplirse los 5 años los valores se convierten automáticamente en acciones del Santander, según los términos del folleto informativo registrado en la CNMV" para concretar en la remisión que "Salvo en caso de amortización anticipada, conversión obligatoria en el quinto aniversario con prima del 16% sobre cotización según fechas y condiciones recogidas en el folleto" por lo que, en una rápida lectura bien pudiera parecer que es en la "conversión" cuando se aplicaría el precio de la acción con la prima del 16%. Contrariamente a señalar riesgos el folleto es claramente potenciador de beneficios económicos, nunca de pérdidas ("La oportunidad ha vuelto", "aprovéchese de esta oportunidad").

La simple entrega ya en la fecha de suscripción de los valores del "tríptico informativo de la nota de valores registrada" en el que figura la cláusula de valoración resulta igualmente insuficiente. Y no lo consideramos suficiente en cuanto su redacción de por sí resulta enmarañada (así, para la valoración se expresó: ". media aritmética de la cotización media ponderada ...") y, lo que es más importante, se refleja precisamente tras los supuestos de "canje" (igualmente en redacción enmarañada: "En caso de

emitirse las Obligaciones Necesariamente Convertibles y desde ese momento, los Valores pasarán a ser canjeables por las Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada vez que se produzca un canje de Valores, las Obligaciones Necesariamente Convertibles que reciban en dicho canje los titulares de los Valores canjeados serán automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander.") por lo que, sin la necesaria explicación, volvemos a insistir, un cliente inexperto podría razonablemente confiar que cuando efectuara el canje de sus Valores se entregaría un número de acciones en correspondencia con el valor que estas tuvieran en la fecha del "canje" (el propio folleto publicitario - (...) - señala que "al cumplirse los 5 años los Valores se convierten automáticamente en acciones") y no en una fecha anterior (la de "emisión" de las obligaciones " .

Por su parte, la STS de fecha 16 de noviembre de 2016 expresa que "El incumplimiento por Banco Santander de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto tienen la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento de los deberes de información impuestos con alto nivel de exigencia por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que no conocía con el detalle y la claridad exigible y que conllevó la pérdida de la inversión. Entendemos que el cliente asumió inconscientemente un riesgo desconocía. El perjuicio derivado de la actualización de ese riesgo, la pérdida parcial de la inversión, es una consecuencia natural del incumplimiento contractual de la demandada, que opera como causa que justifica la imputación de la obligación de indemnizar el daño causado. El nexo causal ha quedado constatado y por tanto, no se aprecia la ruptura invocada."

En suma, de conformidad con lo expuesto, y pese a las explicaciones ofrecidas por la perito a instancia de la demandada, ha de concluirse que acreditada la falta de información y el incorrecto o insuficiente asesoramiento es dable apreciar la concurrencia del nexo causal entre el perjuicio sufrido y la pérdida patrimonial vinculada de forma directa con el incumplimiento de la obligación, concluyendo pues que la acción principalmente ejercitada por la actora debe ser objeto de favorable acogida.

SEXTO.- Daño indemnizable.

Por lo que respecta a la determinación del daño indemnizable, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 2018 ha declarado: " La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por esta sala en la sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, al decir, en relación con los arts. 1101 y 1106 CC , que:

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

2.- 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 minoración 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.

3.- 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 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.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta a lo expuesto, por lo que no infringe los arts. 1106 y 1107 CC, máxime respecto de este último cuando no se ha declarado probado que la demandada actuara con dolo.

No se aprecia que la solución adoptada deba ser diferente porque la entidad financiera no solo fuera comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en

su emisión. Y en segundo término, porque el daño económico sufrido por la adquirente, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión.

5.- Frente a lo sostenido por la recurrente, con invocación del criterio mantenido por diversas sentencias de otra sección de la misma Audiencia Provincial, no se trata de que se produzca o no un enriquecimiento injusto, sino de la concreción del daño que ha de ser indemnizado como consecuencia del defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la entidad financiera.

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial.

En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte".

En el supuesto enjuiciado, la aplicación del criterio jurisprudencial expuesto implica que Banco Santander deberá restituir al asociado el capital íntegro de la inversión previa deducción de los rendimientos y beneficios obtenidos por el durante la vigencia de la inversión Valores Santander, así como el valor de las acciones y los dividendos obtenidos tras el canje, todo ello con el límite de 42.288,29 € interesados en el escrito rector.

SEPTIMO.- Intereses.

No siendo procedente la acción de nulidad ni la de resolución contractual ex. Artículos 1.303 y 1124 del Código Civil, con los efectos de recíproca restitución de prestaciones, acogiéndose la acción de incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios, procede tan solo, ex. Artículo 1.108 del Código Civil, los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial. Procede en suma, la estimación sustancial de la demanda.

En relación al pago de intereses sobre el capital invertido reclamado por la parte demandante, debemos aplicar el criterio jurisprudencial plasmado en la STS de fecha 15 de enero de 2018, según el cual, "el daño causado viene determinado por el valor de la inversión menos el valor a que ha quedado reducido el producto y el valor de los rendimientos que han sido cobrados por el cliente. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial."

OCTAVO.- Costas.

El artículo 394.1 de la LEC dispone que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones. Siendo sustancial la estimación de la demanda, procede condenar en costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a María Jesús Mendiola Olarte, actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE), frente a BANCO SANTANDER, S.A., y en consecuencia procede declarar el incumplimiento contractual de Banco Santander en la compra de Valores Santander concertada con en octubre de 2007, condenando a la demandada a restituir a este asociado el capital íntegro de la inversión previa deducción de los rendimientos y beneficios obtenidos por el durante la vigencia de la inversión Valores Santander, así como el valor de las acciones y los dividendos obtenidos tras el canje, con el límite de 42.288,29 € interesados en el escrito rector, cantidad a la que habrá de adicionarse, tan solo, el interés legal desde la interpelación judicial.

Procede condenar en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, presentando escrito ante este Tribunal en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna.

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

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 3162000004012520 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

| | |
|--|---|
| Firmado por: LEYRE URRETAVIZCAYA ARDANAZ | Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://administracionelectronica.navarra.es/SCDD_Web/Index.html |
| Código Seguro de Verificación: 3120142005-a6a5147e406cab2537dc6966943a09ba/TRwAA== | Fecha: 26/01/2021 14:31 |