



AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2 de Santander

Apelaciones juicios ordinarios 0000694/2022

NIG: 3907542120200012194

AP004

Avda Pedro San Martin S/N Santander Tfno: 942357123 Fax: 942357142
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 de Santander de Santander Procedimiento Ordinario
0000726/2020 - 0

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

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortazar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentin

SENTENCIA Nº 000174/2024

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortazar.

Ilms. Srs. Magistrados.

Dª. Milagros Martínez Rionda.

D. Justo Manuel García Barros.

=====

En la Ciudad de Santander, a siete de marzo de dos mil veinticuatro.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 726 de 2020, Rollo de Sala núm. 694 de 2022, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santander, seguidos a instancia de Asociación de Consumidores por la Transparencia y su Utilización Adecuada (ACTUA) contra Banco Santander S.A..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, la Asociación de Consumidores por la Transparencia y su Utilización Adecuada (ACTUA), representada por la Procuradora Sra. María

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4c7jAA==



Jesús Mendiola Olarte y defendida por la Letrada Sra. Gisela Bernáldez Bretón; y apelada la parte demandada Banco Santander S.A., representado por el Procurador y defendido por el Letrado

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sánchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4c7jAA==

PRIMERO: Por la Ilustrísima Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 14 de julio de 2022 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: *"DESESTIMAR INTEGRAMENTE LA DEMANDA articulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), que actúa en defensa de los intereses de su asociada , contra Banco Santander S.A y, en consecuencia:*

1.- Absolver a la demandada de las pretensiones contra ella dirigidas.

2.- Imponer a la parte actora las costas del juicio".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante ACTUA, interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las

actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Se comparten los de la resolución recurrida, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen.

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.-Por la Asociación de Consumidores Por la Transparencia y su Utilización Adecuada (ACTUA), en nombre de
y sus hijas

(como herederas de su madre premuerta
) , por medio de su representación procesal, se interpuso demanda contra la entidad financiera Banco Santander S.A. En la misma se solicitaba que se declarara que por la demandada se habían incumplido gravemente las obligaciones de información que le resultaban exigibles y en consecuencia solicitaba que se la condenara a resarcir los daños y perjuicios causados en la cantidad de 83.551,77 euros que era el resultado de restar a la inversión total, los rendimientos obtenidos por los valores Santander, mas el interés legal como lucro cesante. Subsidiariamente se interesaba que se declarara por el tribunal la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de las condiciones de emisión incluidas en el tríptico y la nota de valores

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 1/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==

y la existencia de conflicto de intereses, que estima en la misma suma. Todo ello con el pago de las costas del procedimiento.

La parte demandada contestó la demanda alegando en primer lugar la falta de legitimación activa de la entidad demandante, y luego solicitando la desestimación total de sus pretensiones.

Celebrada la audiencia previa se dicta auto de 22 de marzo de 2021 por la Magistrada del Juzgado nº 6 de Santander, en el que se estimaba la excepción de falta de legitimación activa de la entidad demandante. Apelado el mismo se dictó auto de 2 de diciembre de 2021 por esta Audiencia Provincial, por el que se estimó el recurso de apelación, revocando la resolución recurrida y mandando continuar la tramitación del procedimiento.

Seguida dicha tramitación se dicta sentencia de fecha 14 de julio de 2022 en la que se desestima la demanda. Contra ella se interpone recurso de apelación por la parte actora y se solicita por la demandada la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia dictada.

SEGUNDO.- Hechos trascendentes para la resolución del recurso. Los Valores Santander.

La parte actora inició este procedimiento manifestando que se habían adquirido en octubre de 2007 por el

y por , 28 títulos del producto valores Santander por un importe total de 140.000 euros. De conformidad con lo recogido en las escasas sentencias del Tribunal Supremo que han tratado sobre este producto financiero (STS de 25 de mayo, 15 de junio y 25 de octubre de 2021) nos

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659437c829353d9731978d4C7JAA==

encontramos con que se puede definir el mismo de la siguiente manera:

1. La emisión de tales valores se realizó en el marco de la oferta pública de adquisición (OPA) sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro formulada por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis (el Consorcio). En función del resultado de la OPA, el destino de los valores sería el siguiente:

a) Si no se llegaba a adquirir ABN Amro, el producto se amortizaría el 4 de octubre de 2008, con reembolso del valor nominal y una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE).

b) .- Si se llegaba a adquirir ABN Amro, los valores serían obligatoriamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias del Banco Santander S.A., de nueva emisión. En tal caso, no habría reembolso del nominal en efectivo.

2.- Antes del canje obligatorio, previsto para el 4 de octubre de 2012, el inversor podría optar por un canje voluntario los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011.

3.- Para la conversión, la acción del Banco Santander se valoraría el 116 % de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento.

4.- Los valores tenían un rendimiento nominal anual del 7,30 % hasta el 4 de octubre de 2008 y del Euribor + 2,75 % desde entonces.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

5.- La entidad financiera entregó al inversor un tríptico explicativo de las características de la inversión.

6.- El 17 de octubre de 2007, Banco Santander comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que, tras haber culminado con éxito la OPA, emitía las obligaciones necesariamente convertibles, con un precio de referencia de 16,04 € por acción, resultante de aplicar un 116% a la media aritmética de las acciones del mismo Banco en los cinco días hábiles bursátiles anteriores. Asimismo, el número de acciones del Banco Santander que correspondía a cada valor Santander, a efectos de conversión, quedó fijado en 311,76 acciones por cada valor.

7.- El 28 de septiembre de 2012 se estableció el precio de referencia de las acciones de Banco Santander, a efectos de la conversión obligatoria, en 12,96 €, correspondiendo a cada valor Santander 385,8024 acciones.

8.- el día del canje voluntario, el 4 de julio de 2012, los actores recibieron 10.565 acciones de Banco de Santander. Debido al precio que las mismas tenían en aquel momento la pérdida fue superior al 50% de la cantidad invertida.

9.- En este caso nos encontramos con que para la adquisición de dichos títulos el banco facilitó a los compradores un préstamo de 140.000 euros, que no se documentó y que se devolvió el día 5 de enero de 2008, según los extractos aportados por la parte demandada en el documento 24 de la contestación.

TERCERO.- Primer motivo del recurso. La acción de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información.



La acción principal ejercitada por la parte actora era la de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales y que se procediera a la indemnización de los daños y perjuicios.

Para que resulte de aplicación el artículo 1101 del Código Civil es necesario que la actuación del demandado haya sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que tenía y que por ello se le haya producido un daño al actor. En este supuesto, como en todos los similares, nos encontramos con que la parte actora lo que manifiesta es que no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores. Esta norma, según la sentencia del T.S. de 17 de junio de 2016 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.

Nuestra Audiencia Provincial en las sentencias de 3 de mayo y 19 de julio de 2016, y mas recientemente en la de 22 de marzo de 2022, en las que se trata específicamente del producto Valores Santander, ha procedido a desarrollar los requisitos que se deben cumplir para entender que la información que ha sido facilitada por la entidad bancaria ha sido adecuada. Lo hacen siguiendo la doctrina que se ha sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016.

Según dichas sentencias se puede considerar que se deben cumplir los siguientes extremos:

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 1/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c82933d9731978d4C7jAA==

a) los Valores Santander son un producto bancario que tiene la calificación de complejo de conformidad con lo que se ha recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, antes mencionada. Se basa para ello en el artículo 79 bis ocho de la Ley del Mercado de Valores y mantiene que así lo considera también CNMV. Dice que a través de ellos el banco se recapitaliza siendo su principal característica que al inicio tienen un interés fijo mientras dura el bono pero después se convierte en acciones con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Por ello estima nuestro más alto tribunal que no solamente es un producto 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 en dinero tiene similitud con un depósito a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y puede producir la pérdida de la inversión.

b) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a estos efectos sigue la del TJUE, el simple ofrecimiento de un producto de inversión a un cliente minorista entraña asesoramiento. Esto supone que el banco debe mirar en primerísimo lugar por el interés del cliente y no por el propio y debió preguntarse si la inversión convenía a este. Existiendo un objetivo e importante conflicto de intereses entre el banco de Santander y el cliente se debían anteponer los intereses de este a los de aquel e informarle de ese conflicto y de que, como no podía ser de otra manera, el banco buscaría siempre el beneficio propio. La existencia de este asesoramiento se vuelve a ratificar en la sentencia de esta Audiencia Provincial de 1 de febrero de 2018 en la que se dice que: "Existió en este caso servicio de asesoramiento proporcionado por la entidad bancaria. Su labor no se limitó a la "Mera Ejecución", es decir, a la simple

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

intermediación en la ejecución de órdenes de inversión dadas por el cliente, sino que existió servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras (hoy, art. 79 bis 6 LMV (, que se produce cuando la entidad financiera le asesore, puntual o regularmente, sobre la inversión en determinados instrumentos o productos, o bien cuando le gestione la cartera y el cliente está confiando en la entidad la selección de productos, la toma de decisiones de inversión y la ejecución de operaciones por su cuenta (gestión discrecional o asesorada). Como se afirma en las SSTS 26 de febrero y 17 de junio de 2016, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.”

c) A la hora de la venta deberá desmenuzar y hacer comprensibles al cliente el contenido del tríptico de condiciones de emisión de los valores sin limitarse a entregar este documento, pues el mismo maneja unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista. La propia sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2016 establece que el mero hecho de entregar un tríptico en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida la obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. La obligación informativa que establece la normativa del mercado de valores es una obligación activa no de mera disponibilidad. Sobre la limitación de la información de los trípticos se pronuncia también la sentencia de 1 de febrero de 2018.

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sánchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

d) Aunque los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares ello no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigible. La misma sentencia del Tribunal Supremo tan mencionada recoge expresamente que " el hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas, no los convierte tampoco en clientes expertos." tampoco les convierte en clientes expertos el ser una sociedad mercantil, un empresario, licenciado en económicas, contable o poseer un considerable patrimonio. La citada sentencia de 1 de febrero de 2018 de esta Audiencia ratifica que: "En cualquier caso, el hecho de que pudiera ser un activo contratante no puede tener incidencia definitiva en orden a deducir que la información ofrecida sobre el funcionamiento y riesgos del producto fue la idónea para que el cliente pudiera formarse una idea adecuada, pues ni se prueba que para su comercialización se haya cumplido con las exigencias de información que la normativa impone para cada caso, ni que, como expresaron las SSTs 18.4.2013 y 12.1.2015, el hecho de que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida, o que como dice la STS 3.2.2016, del hecho de haber participado en un fondo de inversión o en la titularidad de una cartera de valores no se puede extraer el perfil de un inversor de riesgo."

e) Las manifestaciones realizadas en los juicios por los empleados de la entidad bancaria que negociaron con el actor, más que tener valor de prueba testifical lo tienen de confesión y no es razonable conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que resulten beneficiosos para él, ni otorgar crédito a

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

los testigos que mantienen o han mantenido una estrecha relación profesional con la parte que los propone.

f) El propio Tribunal Supremo advierte en numerosas resoluciones acerca de la ineficacia de las menciones predispuestas por la entidad bancaria consistentes en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional y vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

g) La información poscontractual tiene también especial importancia, como se pone de relieve por la sentencia tan referida de 1 de febrero de 2018 en la que se recoge que: "Todavía más, y como colofón, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 1 de julio de 2015, que resolvió sobre los recursos interpuestos por el Banco de Santander , S.A., frente a las dos sanciones impuestas por la Resolución de 16 de mayo de 2013 por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro y la por la Orden de 20 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía en relación con la comercialización de "Valores Santander ", permite deducir -más allá de la deficiente evaluación de la conveniencia para el inversor del producto comercializado en las operaciones del mercado secundario- que existió una falta de remisión a los clientes de información periódica sobre su cartera de valores (fundamento de derecho quinto), y que pudiera haber sido relevante en orden a determinar la decisión del cliente para acudir a alguna de las ventanas de la conversión voluntaria. Indica así la precitada sentencia que la remisión de información a los clientes efectuada por la recurrente y que se concreta en sucesivos envíos de información fiscal y pago de cupones desde marzo de 2008 a mayo de 2009, así como información sobre las posiciones e informe de valoraciones de fecha octubre 2007 y

general sobre "Valores Santander " en la página web, no cumple con las exigencias establecidas, no ya en el RD 217/2008 sino tampoco con las previsiones de la normativa preexistente.

A tenor de todo lo anterior resulta que el Banco Santander debió informar con precisión e intensidad de los siguientes extremos: que si la acción bajaba ello tendría un importante coste. Que tal bajada resultaba perfectamente posible y que la pérdida podía ser cuantiosa. Que el objeto del contrato no era el de percibir un interés como entendieron muchos de los clientes, sino arriesgar, de manera que si la acción subía el cliente ganaba y si bajaba perdía.

Se ha puesto de relieve también en la sentencia de 19 de julio de 2016 que el tríptico no contiene una advertencia clara y precisa de que el producto conlleva un riesgo de pérdida del capital invertido, siendo insuficientes los ejemplos teóricos de rentabilidad que se contienen en el mismo ya que una de las obligaciones del banco es no sólo advertir del riesgo sino incluso destacarlo y exagerarlo si cabe presentándolo como de posible aparición y no como contingencia sumamente improbable (sentencia AP de 3 de mayo de 2016). En la reciente sentencia de 12 de septiembre de 2022 se vuelve a mantener la insuficiencia de dicho tríptico poniendo de relieve entre otros extremos lo siguiente: "el tríptico era insuficiente, carecía de brevedad y estaba redactado en lenguaje técnico difícil de comprender [...](iv) no contiene -el tríptico- una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto tenía riesgo de pérdida del capital invertido -como así ocurrió por la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-; (v) no era fácil deducir el riesgo de pérdida de los ejemplos teóricos de rentabilidad; al contrario, se advierte que no suponen estimación alguna de la cotización futura de los valores o la

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4c7jAA==

acción Santander [...] (vi) omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, pero sobre todo que el número de acciones que recibiría en el instante del canje dependía del valor que tuvieran a la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% (infravaloración) de la cotización de la acción -media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las obligaciones- cuando la citada emisión se produjera, del otro”.

De todo lo que anteriormente se ha recogido nos encontramos con que la obligación principal del banco era ponerle de relieve al cliente que se trataba de un producto con un riesgo importante que podía suponerle la pérdida total o parcial del capital que invertía en él.

CUARTO.- Aplicación al presente supuesto. Incidencia del apalancamiento.

En el presente caso nos encontramos con que el argumento principal utilizado por la parte demandada, que por otro lado es aceptado en la sentencia recurrida, es que los actores conocían el riesgo de este producto, siendo unos inversores dinámicos y arriesgados y habiéndose valido de una financiación de 140.000 euros para la adquisición de este producto y que tales operaciones ponían de manifiesto la asunción de riesgos y que la realización de operaciones de apalancamiento a través de líneas de crédito con capital importante incrementaba de modo exponencial el riesgo.

A tenor de la jurisprudencia anteriormente mencionada, debemos poner de relieve que el que tenga más o menos éxito en

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sánchez Valentín

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==

los negocios, o tenga mayor o menor capital, no ha sido considerado como relevante para decidir sobre si se ha cumplido o incumplido las obligaciones que pudieran tener las entidades financieras a la hora de ofrecer este tipo de productos.

Sobre la valoración de la adquisición de productos bancarios con apalancamiento se ha pronunciado ya esta sección en diversas ocasiones. No siempre resulta decisivo, pero se tiene que valorar junto con el resto de la prueba.

Así las sentencias de 12 de septiembre y 17 de octubre de 2023 mantienen que: "El fenómeno del apalancamiento - obtención del precio de compra del producto de riesgo acudiendo a la financiación del propio o de un banco ajeno- con no implicar de forma automática la consideración de que el contratante es un inversor experto, o, por lo menos, experimentado, cuando se trata de un elemento o dato aislado, como hemos mantenido en las recientes sentencias de este tribunal de 10 de enero y 2 de mayo de 2022, sí que permite presumir tal condición cuando se le añaden otras circunstancias que, en valoración conjunta, permiten atribuirle tal calificación, pues ciertamente no podemos dejar de observar que las máximas de la experiencia indican como natural que con el producto especulativo se trata de compensar el coste derivado de la decisión de acudir a la financiación ajena.[...]"

Como se mantiene por la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 11 de noviembre de 2016: " Este planteamiento de los actores de invertir en este producto reiterando practicas previas de acudir para ello al apalancamiento o financiación del propio Banco, no es compatible con su tesis de haber pensado que invertirían en productos seguros con capital garantizado a modo de un depósito, pues carece de toda lógica y

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==

razón de ser en un orden normal de suceder de las cosas, hacer un depósito con dinero prestado asumiendo los costes de financiación que normalmente en la práctica bancaria son superiores a la rentabilidad que genera un depósito a plazo con capital garantizado. De modo que esta operativa de apalancamiento solo se explica por su decisión de invertir ese dinero en otro negocio de inversión en productos de riesgo con expectativa de mayor rentabilidad".

Es decir que se suele considerar que el apalancamiento, unido a la existencia de unas inversiones de riesgo o complejas, permite presumir que los inversores tienen suficientes conocimientos financieros que harían innecesario que se les diera una información exhaustiva por parte de los empleados del banco.

Sin embargo, no es eso lo que ha ocurrido aquí. Como antes se ha dicho, el apalancamiento consiste en adquirir los productos financieros no con capital propio, sino valiéndose de dinero prestado por el propio banco, de manera que la ganancia es la diferencia entre lo que obtienen por el producto y lo que tienen que pagar por el préstamo.

La parte demandante puso de relieve que en este supuesto no hubo propiamente un préstamo como tal, sino que la entidad bancaria, a fin de que adquirieran dicho producto, les adelantó la suma total que suponía la inversión sabiendo que pocos meses después (3 meses) tendrían liquidez suficiente para devolver al banco dicho adelanto. No ha existido por lo tanto un contrato de préstamo como tal, con un contrato formal y la obligación de pago de intereses por el mismo, sino que se les adelanta un dinero que pronto repusieron, por lo que en realidad estaban utilizando su propio capital para llevar a cabo la inversión.

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 1/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

La parte que alegaba el apalancamiento era la que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 LEC debía acreditar la existencia del préstamo. No se ha presentado documento alguno que lo acredite, siendo absolutamente irregular que una entidad bancaria prestara una cantidad como la que era objeto de este contrato, 140.000 euros, sin documentación alguna, y solo mediante un asiento en la cuenta bancaria.

Es por ello que se debe creer a la parte demandante en el sentido de que no fue un préstamo como tal sino solo un adelanto, consistente en un simple apunte bancario que fue posteriormente restituido en su totalidad a los tres meses.

Partiendo de ello debemos acudir al criterio ordinario para determinar si se les dio información suficiente sobre el producto vendido, y nos encontramos con que la entidad bancaria no acredita que se les informara, ya que el empleado del banco que testifica en el juicio, el _____, nos dice que no participó en la comercialización del mismo.

En lo referente a los productos de inversión que tenían los actores, resulta que se ha mantenido por la jurisprudencia que el hecho de haber realizado inversiones en otros productos bancarios distintos de los Valores Santander no puede suponer que tuvieran conocimiento del funcionamiento de estos. Tampoco parece que el tener uno o dos fondos de inversión arriesgados suponga que son inversores avezados. A este respecto el empleado del Banco que comparece nos dice que el fondo Santander Rendimiento en el que invirtieron era conservador y no se ha aportado por la entidad bancaria la información que se les pudo entregar de los restantes productos financieros, por lo que

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

desconocemos si en los mismos había advertencia sobre su riesgo.

Por lo que se refiere a los conocimientos de los adquirentes se ha puesto de relieve que el [redacted] tenía una tienda de productos textiles y la [redacted] se dedicaba al hogar. No tenían especiales conocimientos financieros, por lo que resulta creíble que las inversiones que realizaban las llevaran a cabo a instancia de los empleados del banco.

A tenor de todo lo anterior se puede llegar a la conclusión de que el Banco no ha acreditado que por sus empleados hubiera dado la información adecuada a los inversores antes de adquirir los citados valores, ni siquiera que se le entregará documentación alguna respecto de ellos.

La acción ejercitada no está prescrita ya que se ha puesto de relieve de manera reiterada por esta Audiencia que en estos supuestos resulta aplicable el artículo 1964 del Código Civil. Después de las modificaciones realizada por la ley 42/2015, y teniendo en cuenta el tiempo en que estuvieron suspendidas las actuaciones judiciales a raíz del decreto de Estado de alarma, este tipo de acciones prescribía el 28 de diciembre de 2020. Habiéndose presentado la demanda el 3 de octubre de 2020, no concurre dicha prescripción. (Sentencia de esta Sección de 25 de septiembre de 2023)

Todo ello debe llevarnos a estimar el recurso por lo que se refiere a la pretensión de que se estime la acción de indemnización por daños y perjuicios.

QUINTO. – Cuantificación de los daños.

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Miliagos Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4c7jAA==

La parte actora en su demanda solicitaba que se le abonara la cantidad de 83.551,77 euros que sería la suma resultante de la perdida declarada menos los rendimientos obtenidos, mas el interés legal como lucro cesante y devaluación por IPC de la inversión hasta el canje, y extinción del contrato en el año 2012, por existir dolo en la comercialización.

Se opone a ello la parte demandada.

Lo cierto es que por esta Sección se ha venido considerando que no existe dolo en este tipo de contratos, porque no se acredita la existencia de maquinaciones insidiosas con la finalidad de perjudicar a la contraparte. Sería difícil probar tal actuación teniendo en cuenta el sistema regulatorio y el control ejercitado por la CNMV.

Pero sobre la cuantificación de la indemnización se ha mantenido por esta Sección (sentencias de 18 y 25 de septiembre de 2023) que:

“es claro el daño sufrido , que se concretó en el momento de consumación del contrato mediante el canje de los valores en acciones, momento en que se cumplieron todas las previsiones del contrato y este se agotó; en ese momento lo recibido por los demandantes de la entidad bancaria fueron acciones conforme a la valoración contractualmente prevista con las variaciones introducidas durante la vida del contrato, pero esas acciones tenían un valor real mucho menor, suponiendo ello indudablemente un quebranto que trae causa directa de la contratación del producto y que no se hubiera producido sin esta. En la recurrida se sigue el criterio, adoptado por algún tribunal provincial (SAP Valencia 29 junio 2020), de considerar que no habiendo transmitido aun los clientes las acciones recibidas, por

Firmado por:
Justo Manuel García Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

Fecha: 1/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

definición de cotización fluctuante, no puede afirmarse la existencia del daño ; pero con ello soslaya que el contrato tuvo un momento claro de pleno cumplimiento, de agotamiento, que es el en que aflora realmente lo sucedido y el daño sufrido por los inversores. A partir de ese momento cesa toda posibilidad de imputar a la entidad bancaria nuevos daños o beneficios por razón de la contratación, pues desde entonces la inversión solo depende del titular de las acciones y no cabe, por tanto, tener en cuenta rendimientos posteriores de esas acciones, como tampoco cabría considerar nuevas depreciaciones en su valor como incremento del daño . Este, de existir, se produjo en el momento mismo de la entrega de las acciones, que supuso el fin definitivo de la relación contractual. >>.

Esta Sala ha sostenido con reiteración que el daño se calcula por la diferencia entre la inversión y el valor de las acciones recibidas en el instante del canje forzoso (o voluntario, según el caso) que pone fin a la relación contractual por su consumación y el importe de la retribución en forma de intereses o cupones abonados durante el periodo estricto de vigencia contractual.”

Tampoco la sala recoge como parte del perjuicio la devaluación del IPC como pretende la parte actora. Así se decía en nuestra sentencia de 24 de mayo de 2023. De admitirlo debería tenerse también en cuenta que la parte actora ha venido cobrando también determinadas cantidades de las que se ha aprovechado sin que ofrezca el descuento del IPC de las mismas.

Por último, no podemos atender la aplicación del interés legal interesado de la cantidad invertida al resultar su crédito únicamente de la diferencia entre su inversión entregada y lo recibido a cambio (inversión-ventajas), que por no conocerse

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaiga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 11/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==

habrá de ser objeto de liquidación en ejecución de sentencia, a partir de cuyo instante devendrá de aplicación el interés procesal del art. 576 LEC. (Sentencia de esta Sección de 18 de septiembre de 2023).

SEXTO.- Costas.

Al estimarse el recurso de apelación interpuesto no se debe hacer especial imposición de las costas ocasionadas por el mismo.

En lo referente a las costas de la primera instancia se debe considerar que estamos ante una estimación sustancial de la demanda ya que se admite la nulidad del contrato por usurario y la devolución de parte de la cantidad solicitada por la parte actora, que se deberá determinar en ejecución de sentencia. Según lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC y la jurisprudencia que ha interpretado el mismo.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por Asociación de Consumidores Por la Transparencia y su Utilización Adecuada (ACTUA), en nombre de

y sus hijas

(como herederas de su madre premuerta

), contra la sentencia de fecha 14 de julio de

2022 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santander, que se revoca íntegramente.

En su lugar se dicta la siguiente:

Se estima sustancialmente la demanda interpuesta por la citada actora contra la entidad Banco de Santander S.A. condenando al demandado a abonar a los actores la indemnización que se determine en ejecución de sentencia y que surge de la diferencia entre la inversión realizada de 140.000 euros menos el valor de las acciones a día de canje y los intereses cobrados por los Valores Santander hasta la fecha del citado canje. Se aplicará a la cantidad resultante el interés procesal del artículo 576 LEC cuando sea determinadas. Se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandada.

No se hace especial imposición de las costa de la apelación.

Se desestima también la impugnación ejercitada por D. Fernando Lozano Hernando contra la referida sentencia confirmándose los pronunciamientos combatidos por ella. Se imponen las costas ocasionadas por esta impugnación al impugnante.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ (EDL 1985/8754).

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
Maria Nieves Sanchez Valentin

Fecha: 1/03/2024 11:37

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7JAA==



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a
cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

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

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

CSV: 3907537002-b8e68f0a156659d37c829353d9731978d4C7jAA==

Fecha: 11/03/2024 11:37

Firmado por:
Justo Manuel Garcia Barros,
José Arsuaga Cortázar,
Milagros Martínez Rionda,
María Nieves Sanchez Valentín

