

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martín S/N
Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0000747/2019 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 de Santander

Proc.: **RECURSO DE**

APELACIÓN Nº: **0000521/2020**

NIG: 3907542120190011579

Resolución: Sentencia 000116/2021

Puede relacionarse telemáticamente con esta

Admón. a través de la sede electrónica.

(Acceso Vereda para personas jurídicas)

<https://sedejudicial.cantabria.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	-	-
Apelante	-	-
Apelado	BANCO SANTANDER SA	-

SENTENCIA Nº 000116/2021

Ilmo. Sr. Presidente.

Don José Arsuaga Cortazar.

Ilmos. Sres. Magistrados:

-

-

=====

En la Ciudad de Santander, a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio Ordinario, núm. 747 de 2019, Rollo de Sala núm. 521 de 2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santander, seguidos a instancia de - y - contra Banco Santander S.A..

En esta segunda instancia han sido parte apelante - y -, representados por el Procurador - y defendidos por el Letrado -; y apelada Banco Santander S.A., representado por el Procurador - y defendido por el Letrado -.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Javier de la Hoz de la Escalera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 5 de marzo de 2020 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por el procurador - en nombre y representación de - y - frente a BANCO SANTANDER S.A. representado por el procurador - debo absolver a este de la pretensión formulada sin que proceda hacer imposición de las costas causadas."

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte actora, interpuso recurso de apelación; 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

PRIMERO: Los demandantes recurrentes - han solicitado en esta segunda instancia que, con revocación de la sentencia del juzgado, se estime íntegramente su demanda, en la que, esencialmente, solicitaron que se declare que la entidad demandada BANCO SANTANDER S.A. incumplió sus deberes de información en la venta del producto financiero denominado VALORES SANTANDER y en el cumplimiento del contrato de administración y depósito de valores y se condene a la misma al pago de una indemnización de 10.779,18 euros por los daños y perjuicios sufridos. La demandada apelada se opuso al recurso.

SEGUNDO: 1.- La pretensión de los demandantes se basa esencialmente en el recurso, como se hacía en la demanda aunque en ella se alegaran también otros incumplimientos, en la afirmación de un grave defecto de información en la venta de los valores que adquirieron de la demandada, por lo que se hace preciso concretar estos y sus características. Se trataba de los conocidos VALORES SANTANDER, sobre los que este tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en algunas ocasiones; como dijimos en la sentencia de 15 de noviembre de 2016, los VALORES SANTANDER eran un producto financiero complejo a los efectos legales, como se desprende de la Ley del Mercado de Valores en la redacción previa a la transposición de la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, que ocasionó la reforma de la Ley por la Ley 47/2007, y desde luego según el texto del art. 79 bis 8 a) LMV, actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y claramente arriesgado en el sentido ya indicado por el TS en su sentencia de 17 de junio de 2016, que recuerda que son productos complejos los que suponen generalmente un mayor riesgo para el inversor,

menor liquidez y más dificultad para su comprensión, y que singularmente están caracterizados por que el inversor puede perder un importe superior a su coste de adquisición, muy habitualmente por ser un producto derivado. Como indica la citada sentencia –que estudia un contrato de bonos u obligaciones necesariamente convertibles en acciones de naturaleza muy próxima al contrato de autos-, la *“principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”*. En cualquier caso, su carácter de producto complejo proviene de constituir un instrumento híbrido en cuanto que pueden ser llamados a absorber las pérdidas del emisor e incorporan un derivado que no puede recibir otra calificación. En tal sentido, el propio banco (tercera hoja del tríptico) clasificaba el producto como “complejo y de riesgo alto”.

2.- La emisión por BANCO SANTANDER S.A. de esos títulos tuvo su origen en que durante los meses de junio y julio de 2007 el consorcio bancario formado por la entidad demandada, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición de las acciones (OPA) de la entidad financiera holandesa ABN AMRO. La entidad demandada emitió los Valores Santander el 4 de octubre de 2007 para financiar la anterior operación a través de Santander

Emisora 150 S.A. Unipersonal, íntegramente participada por la demandada y que tenía como único objeto la emisión de instrumentos financieros con la garantía de Banco Santander. En el documento de registro inscrito en la CNMV el 19 de septiembre de 2007 consta la emisión de valores por importe total de 7.000.000.000 euros, con 5.000 euros de valor nominal unitario y emitidos a la par (por su valor nominal). El Banco Santander garantizaba la emisión. Por su vinculación a la OPA descrita, la evolución de la emisión resultó también vinculada al resultado de esa operación. Por ello, se fijaban las siguientes condiciones: A.- Si llegado el día 27 de julio de 2.008 el Consorcio no adquiría ABN Amro mediante la liquidación de la OPA -o si aun adquiriéndose Banco Santander no hubiese emitido las obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA- los valores emitidos se amortizarían el 4-10-08, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés fijo del 7,30%. B.- Si, por el contrario, antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, los valores emitidos se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de la demandada, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones), pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión en acciones del Banco, con lo que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. La conversión podía realizarse de dos modos: de forma voluntaria, anualmente y a iniciativa del inversor, u obligatoriamente transcurridos cinco años desde su emisión (en concreto, el 4 de octubre de 2012). No obstante, la Junta de Accionistas del Banco acordó el 30 de marzo de 2012 conceder a los titulares de los Valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión los 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, 4 de julio, 4 de agosto y 4 septiembre de 2012. C.- El precio de referencia para el canje de los Valores en acciones se encontraba

predeterminado, esto es, fijado ya en octubre de 2007. En el tríptico que se aporta por la parte demandada se indicaba así que "*para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento*". Ello significaba que si no se hubiera producido una conversión o canje voluntario previo, en el instante de vencimiento previsto (4.10.2012) se convertía en forzoso a una cotización predeterminada: las acciones de Banco Santander se valorarían 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.

3.- Llegada la fecha del 4 de octubre de 2012, se produjo su conversión. Como instrumento antidilución y para los titulares de Valores Santander se fue minorando el precio inicial de referencia (16,04 euros) a efectos de conversión, como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de la entidad demandada. En consecuencia, el precio de referencia definitivo de conversión el 4 de octubre de 2012 fue de 12,96 euros. Con ese canje, los ahora demandantes obtuvieron 2.700 acciones, que en realidad tenían un valor en bolsa en aquella fecha de solo 5,86 euros la acción, 15.822 euros en total; además, durante la vigencia del contrato los demandantes recibieron la suma de 8.398,82 euros de intereses.

TERCERO: 1.- La acción ejercitada por los recurrentes no fue la de anulación del contrato por vicio del consentimiento, que en la propia demanda se reconocía caducada, sino la de indemnización de daños y perjuicios por defectuoso asesoramiento, lo que sirve de base a la demandada para oponer una pretendida incompatibilidad de dicha acción con la sanación de los vicios del

consentimiento como consecuencia de la caducidad de la acción de anulación. Pues bien, ha sido el Tribunal Supremo el que ha considerado que tal caducidad no es incompatible con la acción de indemnización, y así se desprende de sucesivas sentencias en las que ha ido perfilando su doctrina sobre esta acción basada en un título de imputación distinto de la anulación del contrato, como las de 13 de septiembre de 2017, con cita de las de 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio de 2016 y 16 de noviembre de 2016, 31 de enero de 2019 al indicar que no cabe *«descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.»* Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales *«constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas»*. Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.» En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización

de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.» De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión». 6.- Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión". Se trata por consiguiente de una fuente distinta de la responsabilidad, que no queda sanada ni desaparece por el hecho de que se extinga por caducidad la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento o sea improsperable la acción de resolución del contrato por haberse consumado este, y así lo consideró expresamente en la última de las sentencias citadas de 31 de enero de 2019.

2.- Aunque el banco demandado no recurrió la desestimación de la excepción de prescripción alegada en la

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

CUARTO: 1.- Sentado lo anterior cabe ya entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida, debiendo comenzar por poner de manifiesto la naturaleza de la actividad de la demandada en la comercialización de los VALORES y los deberes de información que de ello se derivaron para la misma. Así, en primer lugar, a la vista de las alegaciones de las partes y de las pruebas aportadas, ha de

admitirse la tesis de los actores de que su adquisición vino determinada por una recomendación del banco como producto adecuado para ellos, recomendación que aún no hallándose expresamente documentada, es coherente con la realidad de la adquisición del producto novedoso emitido por el banco del que - era apoderada y la trayectoria inversora de los demandantes. Como es sabido, el asesoramiento en materia de inversión es definido en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (MiFID) como *«la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros»*; y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que *«se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)»*, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), *«(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente»* (apartado 53). En consecuencia, lo relevante es la conducta de la empresa de servicios de inversión, esto es, el propio contenido y forma de la actividad desarrollada frente al cliente, mas allá desde luego de los conocimientos que pueda tener este o de la naturaleza de los productos de que se trate y desde luego no precisa la existencia de una determinada relación contractual ni la suscripción de concretos documentos sobre la actividad de asesoramiento, pues este concurre cuando se produce aquella recomendación personalizada. En el presente caso, en que el producto de que se trata era creado y emitido por la propia entidad de servicios de inversión, considerando la dificultad de prueba para los demandantes (art. 217 LEC), y que la entidad

no ha aportado prueba alguna contradictoria y, antes al contrario, identificó como persona que intervino en la comercialización que nos ocupa a -, que reconoció en juicio no haber intervenido-, debe merecer mas crédito la versión de los demandados sobre que su adquisición les fue recomendada por la entidad, máxime considerando que - era "apoderada" de la misma y que su perfil inversor y el de su esposo no permite considerar que conociera ni estuvieran familiarizados con productos de esta clase.

2.- Al margen de si el contrato de autos debía de recibir una interpretación conforme con la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, por el retraso en su trasposición hasta la reforma de la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007 (que es la interpretación que sostiene, por ejemplo, la STS 20 Julio 2016 ya citada), en todo caso resultaban temporalmente de aplicación los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005, que contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. La Ley de Mercado de Valores, tras la reforma por la Ley 47/2007 (arts. 78 bis y 79 ter), lo hace entre clientes profesionales y minoristas. El minorista es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es desde siempre merecedor de mejor protección jurídica. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor. Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas, que obliga a la entidad prestadora del servicio financiero antes o después de la normativa MIFID (SSTs

20.1.2014, 10.11.2015 Y 18.12.2015). Al respecto, las SSTS de 17 de junio y 6 de octubre de 2016, recordando el contenido de los arts. 79 LMV en su redacción previa a la trasposición de la Directiva y el contenido del Real Decreto 629/93, de 3 de mayo (y su art. 5 del anexo), indican que *"La normativa del mercado de valores - básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza."* No debe olvidarse, como ha declarado el TS en sus sentencias de 18 de abril de 2013, 12 de enero de 2015 y 25 de febrero de 2016, que la obligación de informar debe ser, para la entidad bancaria, activa y mantenida en el tiempo, no de mera disponibilidad, hasta el punto de precisar que *"Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión*

relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto”.

QUINTO: 1.- En el presente caso es patente que no nos hallamos ante inversores expertos, por lo que el deber de información que incumbía a la entidad de crédito era máximo. Aunque la demandada apelada insiste en la condición de “apoderada” de la entidad misma de -, lo cierto es que no se ha acreditado que esta ni su esposo tuvieran entonces especiales conocimientos financieros respecto del producto de que se trata, ni que con anterioridad hubieran tenido una actividad inversora que revele tales conocimientos. - era titular de una correduría de seguros en Lorca, en la que también trabajaba su esposo - como agente de seguros; y aunque en el año 2002 - se hizo colaboradora del Banco Santander, lo fue a unos efectos y con unos cometidos muy concretos, como se desprende del contrato firmado al efecto y aportado a los autos, en que se relacionan las operaciones en que podía intervenir, sustancialmente las de ámbito estrictamente bancario -depósitos, prestamos, cuentas corrientes, etc.-, incluyendo entre los servicios de inversión únicamente las acciones de BS, pero sin inclusión de ningún producto financiero que legalmente se pueda considerar complejo ni, desde luego, los VALORES SANTANDER; por tanto la actividad de - como agente del banco era muy limitada, lo que es ilustrado por el importe de las comisiones mensuales que percibía, del orden de unos trescientos euros, y ninguna prueba se ha aportado sobre que en su momento interviniera en la comercialización de ese producto ni recibiera formación al efecto por parte de la entidad, lo que no se desprende de las manifestaciones del testigo -. Tampoco consta que - tuviera formación alguna en el campo financiero, y aunque tanto -como -

constan como administradores en algún momento de diversas sociedades relacionadas con la energía y el asesoramiento técnico e ingeniería, no puede deducirse de ello que tuvieran conocimientos financieros de la clase de que se trata. En cuanto a las inversiones de ambos con anterioridad a la contratación los VALORES SANTANDER en el año 2007, tampoco denotan especiales conocimientos en esta materia, pues las mayores inversiones son planes de pensiones y en fondos de inversión de muy escaso riesgo – SANTANDER MONETARIO FI y SANTANDER RENDIMIENTO FI, con unas puntuaciones de riesgo de 1 y 2 sobre 7-, planes de pensiones y un préstamo hipotecario, productos todos ellos de distinta naturaleza del que nos ocupa; únicamente en el año 2002 adquirieron acciones de una empresa, ENAGAS, por la suma de 1.300 euros, que vendieron a los pocos días. Por consiguiente, ni se trata de inversores expertos, ni su perfil de contratación puede considerarse de riesgo.

2.- Pese a no ser inversores expertos, no se acredita que la entidad que les asesoró en la adquisición de los VALORES SANTANDER cumpliera adecuadamente sus deberes de información antes expuestos, conclusión ya alcanzada por el juez de instancia. El documento de compra no contiene ningún elemento informativo que haga referencia a qué riesgo se asume, no simplemente que se asume riesgo, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia, que permita considerar que el documento es literosuficiente en su aparente función de información; tampoco puede considerarse suficiente la clausula de declaración de conocimiento de los riesgos del producto, pues, como recuerda la sentencia 47/2021 de 2 de febrero, con cita de la 202/2018 de 10 de abril, *“En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril , y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos*

considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento". Ciertamente, fue reconocido por el propio - en juicio que les entregaron el tríptico de la emisión, pero es claro que tal entrega no basta para cumplir aquellos deberes pues no colma el deber de una información activa y adecuada dado el contenido del mismo y su complejidad; como expusimos en la sentencia de 3 de febrero de 2017, según las exigencias legales del instante de la contratación, debía de cumplir con los parámetros del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que expresamente indicaba que *"El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores"*, espíritu que más tarde, por el art. 64 RD 217/2008, se precisa aún más al indicar que deberá contener *"una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"*, sin perjuicio de que más tarde se profundiza todavía

más en el deber informativo esencial del folleto y su resumen por mor de las exigencias contenidas en los arts. 37 y 209 TRLMV, aunque estas últimas normas no resultan de aplicación al caso por razón de la fecha del contrato. Pues bien, como ya se analizó en la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de 3 de mayo 2016 o de esta de 19 de julio y 17 de Octubre de 2016, es deficiente – cuando el estándar de información debe ser alto- a la hora de hacerlo comprensible (es inevitable que tenga algunos conceptos técnicos, pero resulta inapropiado si lo que se quiere es informar a un cliente no experto, pues recuérdese que el Real Decreto-Ley 5/2005 exigía brevedad y lenguaje no técnico) en lo que realmente es relevante: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia. El texto, suficientemente complejo para un cliente no experto, no contiene una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto del riesgo de pérdida del capital invertido –como así ocurrió por la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-; ni tampoco es fácil deducirlo de los ejemplos teóricos de rentabilidad cuando, al contrario, advierten que no suponen estimación alguna de la cotización futura de los valores o la acción Santander, o, lo que es peor, incorporan solo dos escenarios posibles (“ejemplos teóricos de rentabilidad”) pero no precisamente el que habría de ser objeto de precisa información, es decir, el acontecido consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria. Al contrario, omite destacar que la bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión al cliente, y que tal bajada era perfectamente posible, pues como función económica esencial tenía como presupuesto, amén de proveer de fondos al banco, proporcionar una inversión al cliente para que, en función del comportamiento en bolsa de la acción –y siempre que superara el 116%- , pudiera obtener un beneficio. Pero lo relevante es lo que sucede antes del

canje, pues al inversor le debe quedar claro –en palabras de la STS de 17 de junio de 2016–, que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró el producto, por lo que la explicación sobre el desenvolvimiento del mismo se revela esencial cuando el riesgo de pérdida es evidente. Es por ello, como ya afirmaba la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en línea con lo que después ha mantenido el TS en su sentencia tantas veces reiterada por su importancia, de 17 de junio de 2016, que resultaba trascendente advertir con una especial claridad y oportunamente resaltada que el número de acciones que recibiría en el instante del canje dependía del valor que tuvieran a la fecha de emisión de las obligaciones convertibles -que podría ser bastante anterior en el tiempo-, de un lado, y que el precio de la conversión sería del 116% de la cotización de la acción cuando la citada emisión se produjera, del otro. Y eso es precisamente lo que supone ser conocedor y consciente de la dinámica o desenvolvimiento del producto, fundamentalmente por conocer las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones a canjear. Es decir, como expresaba el art. 5.3 RD 629/1993, de 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, no consta fuera de duda que se haya proporcionado, en atención al perfil del cliente, toda la que pueda ser relevante, "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva". Y, en fin, 3 de febrero de 2017, es patente que no consta que la entidad recabara con anterioridad al contrato información sobre los conocimientos y perfil inversos de los demandados, ni que se asegurase por cualquier medio de la conveniencia para ellos del producto de que se trata en función de la finalidad de la inversión, que por los antecedentes de los demandantes no puede afirmarse como ya se ha dicho que fuera de riesgo, sino antes al contrario y como ellos sostienen, conservador con la finalidad de mantener el capital.

SEXTO: 1.- Acreditado el incumplimiento por parte de la

entidad bancaria de sus deberes en orden a asegurarse que los inversores actuaran con pleno conocimiento de los riesgos del producto, ha de admitirse como se postula en la demanda que la entidad es responsable del daño causado. En la sentencia de instancia, aunque se acoge la tesis de los demandantes sobre el incumplimiento por la demandada de sus deberes de información, se afirma que no han concretado ni explicitado el nexo causal entre el daño que se afirma y esa conducta de la entidad bancaria, afirmación que no puede mantenerse en esta alzada porque de la lectura misma de la demanda se desprende que ya en esta se mantuvo la existencia de tal relación causal, concretándola en el hecho de que la falta de información sobre el verdadero riesgo del producto estuvo en la base de la contratación y fue determinante de la adquisición siquiera, ciertamente, la tan excesiva como innecesaria reiteración de citas jurisprudenciales oscurezca, mas que aclarar, la argumentación de la parte.

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

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

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

causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes». En nuestro caso, siendo la inversión de 35.000 euros -7 VALORES SANTANDER-, el daño está constituido por la diferencia entre esa cifra y los intereses que percibieron los demandantes durante la vida del contrato - 8.398,82 euros-, mas el valor real de las acciones en el momento en que las recibieron, que fue de 15.822 euros - 2.700 títulos a 5,86 euros la acción-, por lo que el quebranto fue de 10.779,18 euros, por lo que en esta suma debe cifrarse el daño, condenando a la demandada a su pago junto con los intereses legales, como se interesa, desde la interpelación extrajudicial - el 15 de febrero de 2019-, (art. 1.108 CC) y los de mora procesal (art. 576 LEC) desde esta fecha, estimándose así íntegramente la demanda.

SEPTIMO: Por todo lo expuesto, y sin necesidad de entrar a considerar el incumplimiento también sostenido en la demanda como base de la pretensión del condena, de las obligaciones derivada del contrato de administración y custodia de valores o la presencia de un conflicto de intereses, procede la estimación íntegra de la demanda y las costas deben imponerse a la demandada al no apreciarse que concurran en el caso serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen hacer uso de la excepción prevista en el art. 394 LEC. De las costas de esta alzada no debe hacerse especial imposición dado el éxito del recurso, en aplicación de lo dispuesto en el art. 398 LEC.

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

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por - y - contra la ya citada sentencia del juzgado, que revocamos íntegramente.

2º.- Estimando íntegramente la demanda, declaramos que la entidad BANCO SANTANDER S.A. incurrió en incumplimiento grave de información en la venta a los demandantes de los productos financieros ya mencionados; y

3º.- Condenamos a la demandada mencionada a abonar a los demandantes la suma de 10.779,18 euros como indemnización por el daño causado, con sus intereses legales desde el 15 de febrero de 2019, y los de mora procesal desde la fecha de esta sentencia.

4º.- Condenamos a la demandada al pago de las costas de la primera instancia y no hacemos especial imposición de las de esta alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal para ante el Tribunal Supremo, ante este mismo tribunal y en plazo de veinte días.

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

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que 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, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.