

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1
CASTELLON**

BULEVARD BLASCO IBAÑEZ,10
TELÉFONO:

N.I.G.: 12040-42-1-2020-0012808

Procedimiento: Asunto Civil 001611/2020- A1

SENTENCIA N° 000131/2021

En Castellón a 7 de junio 2021.

Vistos por D. José Antonio Orea Martínez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Castellón los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** sobre acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual seguidos ante éste Juzgado bajo el nº 1611 del año 2020 a instancia de DON MARCELINO [REDACTED] representado por el Procurador D^a [REDACTED] y asistido por el Letrado D. **Juan Pablo Palomar Perez contra BANCO SANTANDER SA** representado por el Procurador D. [REDACTED] y asistida por el Letrado D. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de la parte actora en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado se presentó demanda de Juicio Ordinario en la que, en síntesis, alegaba:

Por parte del director de la oficina de Banco Santander ofreció al demandante la contratación de un producto seguro. Son los denominados "Valores Santander". No se les informó de las características del producto, solo se le dijo la alta rentabilidad. En fecha 4 de octubre de 2007 adquirió 4 títulos por la cantidad de 20.000 €. En fecha 11 de octubre de 2012 se produjo el canje de los títulos por acciones, siendo adjudicadas 1.543 acciones a un

precio de 5'86 €/título, lo que supuso obtener unas acciones valoradas en la cantidad de 9.052'78 €, con pérdida patrimonial sustancial. Los intereses que recibió ascendió a 4.799'35 €.

La pérdida patrimonial neta causada asciende a 6.147'87 €.

El producto es complejo y de elevado riesgo. El capital invertido no estaba garantizado dependiendo de la cotización de las acciones en el momento de la adquisición de los títulos.

El demandante es un inversor minorista conservador. No tiene estudios en la materia ni actividad relacionada con las inversiones. Existió un efectivo asesoramiento de la entidad bancaria.

La demandada deberá indemnizar los daños y perjuicios por incumplimiento doloso y negligente de sus obligaciones de información y transparencia. Existe un nexo causal entre la comercialización del producto y los perjuicios irrogados.

Aducía los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y terminaba solicitando que se dictara Sentencia por la que se declare: que el Banco Santander es responsable del incumplimiento del deber de diligencia e información en la comercialización al demandante de 4 títulos de "Valores Santander" en fecha 4 de octubre de 2007, siendo responsable en los términos establecidos en el art. 1.101 CC, debiendo indemnizar al demandante en la cantidad de 6.147'87 €, más interés desde la interposición de la demanda y costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a los demandados, que a través de su representación presentó escrito de contestación a la demanda en el que, en síntesis, alegaba:

1.- El demandante fue informado de los riesgos y funcionamiento del producto. No se ha podido encontrar la orden de suscripción. Se prestó el consentimiento de forma consciente y voluntaria.

2.- Inhabilidad de la acción de responsabilidad contractual para instrumentar pretensiones propias de una acción de anulación por error.

La acción indemnizatoria se encuentra prescrita.

3.- El demandante no objetó nada desde la adquisición del producto. Las acciones también oscilaron al alta.

Se explicó el producto con sencillez. Era un producto similar a la compra de acciones. El demandante es el que solicitó la adquisición del producto. Además el demandante ha adquirido en numerosas ocasiones acciones Santander. El riesgo de las acciones era paralelo al de los valores. El demandante se sirvió de una sociedad de inversión e intermediación financiera.

Tras aducir los fundamentos de derecho pertinentes terminaba solicitando que se dictara Sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de costas procesales.

TERCERO.- Celebrada la Audiencia Previa, tras intentar la conciliación sin éxito, las partes, en su caso, realizaron alegaciones respecto a las excepciones procesales e impugnación documental, con fijación de hechos controvertidos. Al ser la única prueba propuesta la documental que consta en las actuaciones quedaron éstas conclusas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Prescripción de la acción.

1.- Entiende la demandada que la acción estaría prescrita por el paso de un año del art. 1968 CC, al ser una responsabilidad de carácter extracontractual. En su caso habría que aplicar también el plazo de prescripción de 3 años del art. 945 del Código de Comercio.

2.- Estamos ante una responsabilidad contractual del art. 1101

CC cuando establece “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el *cumplimiento de sus obligaciones* incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellos”, de ahí que no es de aplicación el art. 1968 CC en relación con el art. 1902 CC.

Tampoco es de aplicación el art. 945 Código de Comercio ya que no estamos ante responsabilidad de agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o interpretes de buques. No es de aplicación las figuras indicadas a la actuación de la entidad bancaria demandada en la comercialización del producto, con remisión a lo indicado en la Sentencia de la AP de Cantabria de 10/5/2021 que luego se transcribe.

El plazo de prescripción será de 15 años establecido en el art. 1964 CC, teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria quinta de la ley 42/1015. Por lo que con independencia de cuando consideremos que comienza el plazo de prescripción, sin perjuicio de lo establecido por el RD 463/2020, y posteriores, en relación al COVID, la acción no está prescrita.

En un supuesto similar la Sentencia de la AP de Cantabria de 10 de mayo de 2021 ha indicado:

“5. La excepción de prescripción invocada ha sido rechazada por el juez de instancia, que estima aplicable el plazo general del art. 1964 CC. La decisión se comparte.

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

Indica el art. 945 CCom:

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

Posiblemente la controversia nace por la extensión que parece predicarse de la STS 82/2009, Sala Primera, de 23 de febrero de 2009, que expresó, en lo que ahora nos importa, que " La ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1988, del mercado de valores -artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda- en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa, convierten al art. 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes. Sin embargo, la regla contenida en el art. 1969 CC , vista cual es la causa de la responsabilidad contractual de la recurrente -haber incumplido la obligación de restituir a su comitente el resultado de su inversión, cuando aquella era exigible-, impiden estimar el motivo, aunque sea por razones distintas de las utilizadas en las dos instancias."

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

La propia sentencia nos permite recordar dos funciones esenciales que tenían los agentes de cambio y bolsa a los que ahora pretende asimilarse las de las empresas de servicios de inversión: la fe pública y la intermediación. Eran, por tanto, unos comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa. Las órdenes de compra y venta -con voluntad ya formada de los clientes- debían de introducirse y ejecutarse a través de su intermediación. Aunque su labor implicaba la necesidad de comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación (art. 260 CCom), la información sobre la ejecución de la orden intermediada entrañaba una obligación muy distinta a las exigencias actuales de información y evaluación que tienen las empresas de servicios de inversión bajo el régimen de asesoramiento. En el caso resuelto por el TS, la intermediación como comisionista de la empresa de servicios de inversión de las órdenes de los clientes -en el supuesto resuelto, la adquisición de una letra del tesoro- se produjo por la simple y previa orden de adquisición de un producto no complejo ajena a una relación de asesoramiento. En relación con el actual art. 140 RDL 4/2015, coincidiría esencialmente con el servicio de simple recepción y transmisión de una orden para la adquisición de un instrumento financiero.

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

Podríamos decir por tanto que el servicio o relación de asesoramiento en materia de inversión, fundado en la confianza -intuitu personae-, pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y al que por su atipicidad le serían de aplicación tanto elementos del contrato de comisión mercantil como, más apropiadamente, del arrendamiento de servicios profesionales. El asesor, por ello, proporciona un servicio mediante una obligación

de medios, nunca de resultado. Y sobre la prestación de medios -asimilable al arrendamiento de servicios- se centra su responsabilidad en la recomendación que propicia causalmente la contratación cuando se separe de sus obligaciones legales y contractuales de información y previa evaluación.

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

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

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

SEGUNDO.- Producto adquirido y naturaleza.

No se discute que estamos ante una emisión de obligaciones por parte de la entidad demandada para financiar la eventual adquisición del Banco ABN AMRO por el consorcio bancario formado por Banco de Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis, entre cuyas condiciones estaba la de que si Banco Santander no adquiría el citado banco, los valores se amortizarían el 4 de octubre de 2008 y el Banco devolvería el importe de la inversión más el 7,30% de interés, mientras que si efectivamente lo adquiría, como así ocurrió, los Valores se convertían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de una nueva emisión, que podrían canjearse de manera voluntaria en determinadas fechas de los años 2008 a 2011, y que en todo caso se canjearían de forma obligatoria el 4 de octubre de 2012, de forma tal que durante esos años el titular de los "Valores" recibiría un determinado interés. En su caso el canje se produjo de manera obligatoria el 4 de Octubre de 2.012 obteniendo 385,802469135802 acciones de Banco de Santander por cada Valor.

En iguales términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén indica:

"Sobre la naturaleza y características del producto financiero Valores Santander, cuya nulidad o resolución se pretende, ya se pronunció este Tribunal en recientes sentencias de 28 de mayo de 2015 ó de 26 de diciembre de 2014, en las que se decía: Los llamados "Valores Santander" son un producto mezcla de renta fija y renta variable. Emitidos por el Banco Santander a través de una sociedad instrumental con el objetivo de financiar la adquisición del banco holandés AbnAmro, mediante una OPA lanzada conjuntamente con Royal Bank of Scotland y Fortis, si la OPA fracasaba los valores quedaban configurados como un producto de renta fija que sería amortizado el 4 de octubre de 2008 con el pago de una rentabilidad del 7,5% TAE, pero si la OPA prosperaba, como así sucedió, los valores pasarían a tener la condición de producto de renta variable,

debiendo ser canjeados por obligaciones convertibles con un interés anual equivalente al Euribor más un diferencial del 2,75%, que serían a su vez canjeadas por acciones ordinarias del Banco Santander de manera voluntaria en diferentes fechas y, en todo caso y de forma obligatoria, el 4 de octubre de 2012, de tal manera que al vencimiento no se recuperaría el capital invertido, sino acciones a un precio de canje prefijado y que después se redujo debido a ajustes por ampliaciones de capital. Como se expresa en el folleto registrado en la CNMV, capítulo 21, página 3, "Con ocasión de cada canje de los Valores Santander, las obligaciones necesariamente convertibles entregadas a los titulares de los Valores que hayan acudido al canje serán convertidas, a su vez, en acciones Santander. De este modo, los titulares de los Valores Santander que procedan a su canje adquirirán, indirectamente, acciones Santander". La fuerte caída de la Bolsa con la crisis financiera y los problemas de la zona euro hicieron que, en el momento del canje obligatorio los clientes perdieran un 55% de su inversión o el 30% si se incluyen los intereses percibidos durante cinco años, a diferencia de los que no esperaron al canje obligatorio y vendieron antes, que ganaron dinero.

Se trata, por tanto, de un producto financiero complejo, con un importante factor aleatorio que lo convertía en un producto de riesgo, al estar vinculado a acciones en las que necesariamente se convertían los valores al producirse el canje, bien voluntariamente los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 o 2011, bien necesariamente el día 4 de octubre de 2012, no apto para ahorradores conservadores, por lo que debía ser ofrecido con el soporte informativo necesario, lo que exige que las entidades que los ofrecen deban realizar un esfuerzo adicional proporcional al nivel de formación financiera de su cliente a fin de que éste pueda comprender el alcance de su decisión y valorar si le conviene".

También la SAP de Castellón de 28 de junio de 2016 establece:

"En el presente supuesto resultan aplicables tales

consideraciones, aun cuando el producto financiero contratado no haya sido un swap sino un producto de inversión diferente denominado Valores Santander con el que mantiene similitudes en cuanto también se trata de un contrato complejo, con importantes riesgos como es el de la pérdida de la inversión, y que tiene igualmente un componente de aleatoriedad.

Se refiere a las características de esta operación financiera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5, núm. 581, de fecha 12 de mayo de 2016, ROJ: SAP A 3/2016 - ECLI : ES:APA:2016:3, indicando que son las siguientes: "1) En el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias del banco ABN Amro, formulada por Banco Santander junto con otras dos entidades, se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 euros cada uno de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 euros; 2) Si no se adquiría ABN Amro, la amortización de los Valores se produciría el día 4 de octubre de 2008 con reembolso del nominal del Valor más la remuneración a un 7,30 % nominal anual (7,50% TAE); 3) Si se adquiría ABN Amro, como así se produjo, los Valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión; en ningún caso, se produciría el reembolso en metálico. El canje de los Valores en obligaciones y la conversión de éstas en acciones se produciría simultáneamente. Para la conversión, la acción Santander se valorarían al 116% de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles. El canje se produciría voluntariamente por el titular de los valores el día 4 de octubre de 2008, 2009, 2010, 2011 y obligatoriamente el día 4 de octubre de 2012; 4) La retribución al titular de los Valores se fijaba en un tipo de interés anual del 7,30 % hasta el día 4 de octubre de 2008 y del Euribor más 2,75% a partir de esa fecha" .

Del análisis del producto, incluso de las propias explicaciones y alegaciones que ha realizado la demandada sobre las características del mismo, se puede observar que estamos ante

un producto complejo y de riesgo. Es sumamente difícil entender el funcionamiento del mismo para personas que no tengan conocimientos financieros, no siendo apto para para ahorradores conservadores, debiendo la entidad bancaria extremar la diligencia en la información facilitada al inversor minorista, como es el caso del demandante. Por tanto, en contra de lo que parece mantener Banco Santander, no estamos ante un producto sencillo de entender y de riesgo previsible.

TERCERO.- Acción ejercitada. Responsabilidad.

1.- La parte demandante ejercita la acción de indemnización del art. 1101 CC por incumplimiento de la demandada de los deberes de información y diligencia en la contratación del producto, en relación a lo establecido en los art. 63, 79 y concordantes de la Ley de Mercado de valores 24/1988, y el Real Decreto 629/1993.

En relación a la acción ejercitada, de indemnización por incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones contractuales (art. 1101 CC), el Tribunal Supremo ha reiterado que en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros puede surgir responsabilidad de la entidad siempre que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Muestra de ello, aunque se refiere a los swap también es de aplicación dada las características del producto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2021 establece:

“4. Decisión de la sala. Estimación del segundo motivo. La sentencia recurrida, a pesar de que consideró que en el suplico de la demanda la indemnización de daños se condicionaba a la pretensión de resolución contractual que desestimó (desestimación de la acción de resolución que no ha sido objeto de impugnación en el recurso de casación), añadió que, “no obstante, y con el fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas en la demanda”, iba a dar respuesta a la acción de indemnización de daños y perjuicios articulada en la

demanda. Y, al hacerlo, declaró que los incumplimientos en que basaban los actores su reclamación eran propios de la fase precontractual o contractual y por ello no estaban sometidos al derecho de indemnización de daños previsto en el art. 1101 CC.

Debemos advertir, en primer lugar, que, contra lo que dice la demandada ahora recurrida en su escrito de oposición al recurso, en el motivo no se introduce ninguna cuestión nueva. Tampoco se opone a la estimación del motivo del recurso el que se pusieran de manifiesto de manera provisoria causas de inadmisión. Hechas las pertinentes alegaciones por las partes, la sala consideró admisible el recurso por auto de 14 de octubre de 2020 y lo cierto es que en la demanda se ejercitó de manera subsidiaria tanto la acción de resolución ex art. 1124 CC como la de indemnización ex art. 1101 CC (esto último queda evidenciado, además, por la oposición expresa de Banco Santander en la contestación a la demanda a la petición subsidiaria "sobre la base de la responsabilidad contractual establecida en el art. 1101 y siguientes del CC en relación con el art. 79 LMV y con el art. 62.2 el RD 217/2008") y que el razonamiento contenido en la sentencia recurrida sobre la inaplicabilidad del art. 1101 CC no es conforme con la doctrina de esta sala.

Esta sala ha reiterado que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable (entre otras, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero, 303/2019, de 28 de mayo y 165/2020, de 11 de marzo, 536/2020, de 16 de octubre, y 628/2020, de 24 de noviembre).

La aplicación de la doctrina de la sala conduce a la estimación del recurso de casación y, al asumir la instancia, a la estimación de la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales de información, que, con cita del art. 1101 CC, fue ejercitada en la demanda.

Así resulta de la aplicación de la doctrina de la sala a los hechos probados en la instancia, toda vez que, de manera correcta, el juzgado constató minuciosamente que había quedado acreditada la falta de información por parte de la entidad sobre la característica de las operaciones y sus riesgos (a la vista fundamentalmente de la documentación aportada y de las declaraciones de la directora de la sucursal donde se contrataron los productos), lo que fue ratificado por la Audiencia (que afirmó que "ha existido un evidente incumplimiento de la entidad demandada de sus obligaciones de información al cliente").

Partiendo del carácter minorista de los demandantes, lo que no ha sido discutido, y de la recomendación que la entidad hizo de los productos contratados, queda acreditada igualmente la relación de asesoramiento, de acuerdo con la doctrina sentada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011). En este contexto, el incumplimiento de los deberes de información que determinó la celebración de los contratos justifica que se haga responder a la demandada de los daños originados por su incumplimiento, daños que se concretan, de acuerdo con lo solicitado en la demanda y en el motivo del recurso de casación que se estima, en el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas (es decir, descontando de las liquidaciones negativas las positivas recibidas), cuya cuantificación se determinará en ejecución de sentencia".

Anteriormente, siendo de forma reiterada y uniforme, la STS de 31 de enero de 2019 señala que:

"La jurisprudencia de esta sala, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores,

reconoce que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero”.

2.- Teniendo en cuenta que estamos ante un producto complejo, de difícil comprensión, se hace necesario observar una máxima diligencia en el deber de información por parte de la entidad bancaria. Se trata que el suscriptor, por lo general cliente minorista y sin conocimientos financieros, conozca no solo el funcionamiento del producto sino los riesgos asociados al mismo, todo ello en consonancia con lo que establece los arts. 63, 78 y 79 y concordantes de la Ley del Mercado de valores, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del producto, así como lo indicado RD 629/93, incluido su anexo (normativa previa a las Directivas comunitarias MIFID). Dicho deber de información ha sido delimitado por la Audiencia Provincial de Castellón en su Sentencia de 13 de julio de 2018 cuando indica:

“Consecuentemente, estamos ante un producto ofertado de manera singular y personalizada por la entidad financiera, lo que implica el consiguiente asesoramiento (al respecto, Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, 25 de febrero de 2016 y 13 de enero de 2017). En el ejercicio de dicha labor, atendida la complejidad del producto (aspecto ausente de controversia) y riesgos asociados al mismo, debía informar adecuadamente la entidad financiera de su naturaleza y consecuencias económicas que se derivaban y podían derivarse, cerciorándose debidamente de su conocimiento y comprensión por la demandante a través de las correspondientes explicaciones y simulaciones en función de los distintos escenarios posibles de manera que pudiese preverse su resultado efectivo en función de la evolución del curso de los acontecimientos y previsiones manejadas. Así era exigible conforme al principio básico de la buena fe que disciplina nuestro sistema contractual (art. 1.258 C. Civil) y normativa reguladora

del mercado de valores vigente al tiempo de concertarse la relación, esto es, los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores y RD 629/93, incluido su anexo (normativa previa a las Directivas comunitarias MIFID), reflejando precisamente a propósito del mismo la Sentencia de esta Sala de fecha 30 de marzo de 2012 y a modo de síntesis, que desarrolló “un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión “haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva” (artículo 5.3)”. Puede citarse igualmente al respecto, a propósito de un swap concertado bajo la regulación normativa referida, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015. De hecho, propiamente, no hay diferencia relevante en este campo entre dicha normativa y la normativa MIFID posterior (según denominación común), siendo buen ejemplo de lo expuesto las siguientes determinaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017:

- “La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva «MiFID», 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.”En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014, 20 de octubre de 2015 y 3 de febrero de 2016.

- “La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, también la anterior a la transposición de la Directiva «MiFID» como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información

a sus clientes.”

- “Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva “MIFID”, vigente cuando se celebró el segundo de los contratos que se impugna, el nuevoart. 79.bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.”

Asimismo, la citada Sentencia de 3 de febrero de 2016 también pone de relieve como “En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MIFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación [sentencia 588/2015, de 10 de noviembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y sentencia 742/2015, de 18 de diciembre].”

En la misma línea cabe citar finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017, que de igual forma que determinó la Sentencia de 24 de noviembre de 2016, establece que “La inclusión expresa en el Derecho español de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 LMV (actualmente arts. 210 y siguientes del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente innovadora en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.”

La SAP de Cantabria de 10 de mayo de 2021 indica:

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

Coincide en su naturaleza con el producto estudiado en la STS nº 411/2016, de 17 de junio, que al tratar sobre su naturaleza indica que " (...) la principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión".

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

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

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

En concreto, su art. 16 indicaba el deber de información con la debida diligencia sobre todas las operaciones de sus clientes. Su Anexo -"Código General de Conducta de los mercados de valores"-, contenía además unos específicos deberes de actuación en el marco de la operación en el mercado de valores que incluían la información clara, correcta, precisa, suficiente, entregada a tiempo para su evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Cualquier previsión o predicción debía estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

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

del servicio de asesoramiento financiero.

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

Ya el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (MiFID I), lo definía como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros".

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

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), indicó que "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53).

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

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

determinados instrumentos o productos.

Como se afirma, v.g, en las SSTS nº 102/2016, de 26 de febrero y nº 411/2016, de 17 de junio, "para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición."

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

3.- En el presente caso el demandante, algo no discutido, no tiene una actividad profesional relacionada con el sector financiero o de inversión. Estamos ante un cliente minorista, por lo que la entidad bancaria, en los términos ante indicados, debe extremar el celo en la información precontractual que debe ofrecer, al objeto que el inversor conozca de forma clara las características del producto y sus riesgos.

No se prueba por la demandada que hubiera sido el Sr. Alegre el que se interesara por el producto, algo que no es posible no solo por la complejidad del mismo sino por la fecha de suscripción (4 de octubre de 2007) y la inscripción del folleto informativo en la CNMV (14 de septiembre de 2007). La S AP de Castellón de 28 de junio de 2016 establece:

"A partir de estos datos debemos valorar las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, donde en primer lugar debemos indicar que hubo un contrato de asesoramiento por

parte de la entidad bancaria, en los términos que hemos expuestos en el anterior fundamento de derecho, en cuanto consideramos que hubo una oferta personalizada al cliente del referido producto, ya que según resulta del documento número 4 de los acompañados a la demanda, fue en fecha 19 de septiembre de 2007, cuando el banco inscribió en la Comisión Nacional del Mercado de Valores el folleto informativo relativo a la oferta de suscripción de Valores de Santander, no obstante días antes, el 14 de septiembre de ese año 2007, fue cuando se firmó la Orden de Valores que se ha acompañado a la demanda como documento número 1A, por lo que difícilmente con anterioridad a esa inscripción del folleto informativo podía el cliente conocer el producto y firmar el indicado documento sino era por habérselo ofrecido desde la entidad bancaria”.

No se prueba por la demandada que se informara adecuadamente sobre las características del producto y sus riesgos, de hecho ninguna prueba se ha practicado al efectos. No basta con hacerle firmar documentos o facilitarle los mismos con una abrumadora cantidad de datos, sino que la actuación de la entidad bancaria debe ser activa en la información ofrecida, algo que no se prueba como reiteradamente se ha indicado. Por lo demás, por economía, el juzgador se remite a lo establecido en este punto por la Audiencia Provincial de Cantabria en su sentencia de 10 de mayo de 2021, cuando enumera los incumplimientos de la entidad bancaria que igual son de aplicación en el presente caso, indicando:

“Y a la anterior circunstancia se añade que la documental correspondiente a la concreta contratación tampoco es suficiente para alcanzar la conclusión que la parte impugnante pretende, sobre la que después se volverá; pero menos aún es posible deducir una experiencia inversora que permita presumir el conocimiento del producto contratado de otras inversiones realizadas, centradas en otros instrumentos distintos -fondos de inversión que ni siquiera parecen de riesgo medio y acciones del propio banco- de contenido, explicación y contratación de uso común, ordinario o generalizado. Todo lo cual, en fin, impide

considerar que tenía un conocimiento experto, como la jurisprudencia (por todas, las SSTS 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, 15 de septiembre) exige para su actuación en el concreto mercado de valores.

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

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

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

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

(iv) el tríptico era deficiente, carecía de brevedad y estaba redactado en lenguaje técnico difícil de comprender (valores, obligaciones, canje, convertibilidad, emisión de OPA, condiciones de subordinación, limitada liquidez del producto, posibilidad de no declaración de la remuneración, etc., en contra de las exigencias, entonces, del Real Decreto-Ley 5/2005) en la información de lo relevante: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores se asocia;

(v) no contiene -el tríptico- una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible de que el producto tenía riesgo de pérdida del capital invertido -como así ocurrió por

la valoración inmediata en el mercado de la acción tras el canje-;

(vi) no era fácil deducir el riesgo de pérdida de los ejemplos teóricos de rentabilidad; al contrario, se advierte que no suponen estimación alguna de la cotización futura de los valores o la acción Santander, o, lo que es peor, incorporan solo dos escenarios posibles ("ejemplos teóricos de rentabilidad") pero no precisamente el que habría de ser objeto de precisa información, el consistente en el resultado negativo para el cliente por la conversión obligatoria;

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

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

4. La falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados”.

También la Sentencia de la AP de Castellón de 13 de julio de 2018, refiriéndose a otra del Tribunal Supremo, indica:

“como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo(con cita de otras también muy recientes): «Para excluir la existencia de

error o su carácter excusable no es bastante el mero contenido del contrato, y su lectura por parte del cliente, ni basta una mera ilustración sobre lo obvio (que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial), sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, así como sobre el coste de cancelación. Es decir, "no se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos" (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero, y 149/2017, de 2 de marzo)». En efecto, constantemente viene declarando la jurisprudencia que la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio."

-“Tampoco sirve de excusa la inclusión de una cláusula según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril). Finalmente, la omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017,

de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril).”

Como establece la SAP de Castellón de 28 de junio de 2016:

“Resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, que antes hemos mencionado núm. 218/2016 , en cuanto al examinar el contenido del tríptico de las condiciones de emisión de los Valores Santander se refiere a que el banco no podía limitarse a entregar ese documento, pues en este se manejan unas categorías de no fácil comprensión para un cliente minorista (valores, obligaciones, canje, convertibilidad, emisión de OPA, condiciones de subordinación, limitada liquidez del producto, posibilidad de no declaración de la remuneración, etc.). Y respecto a los riesgos de este producto expone en su fundamento de derecho noveno que "presentaba importantes riesgos para el cliente, que no se destacan con rotunda claridad en el tríptico de condiciones de emisión de los Valores Santander. El primero y principal es que el percibo del interés resulta secundario, puesto que la verdadera suerte final del producto viene a consistir en una suerte de apuesta sobre la evolución de la cotización de la acción Santander en un periodo que podía superar el año. En el fondo, se invitaba al cliente a apostar, de modo que si la acción subía, ganaba; y si no alcanzaba el 116%, perdía (ciertamente, el interés menguaba esa pérdida, pero no lo es menos que el interés remunera principalmente la entrega del capital, esto es, la entrega del precio de los Valores Santander). El segundo riesgo, que no se advierte al cliente con la necesaria claridad, es que el número de acciones que recibiría en el momento del canje dependía, no del valor de que tuviera la acción en dicho momento, sino en la fecha de emisión de las obligaciones convertibles, que podía ser anterior en más de un año. Como tercer riesgo cabe destacar que quedando a voluntad de Banco Santander durante diez meses la adquisición de ABN Amro (con el límite del 27 de julio de 2008), podía decidir hacerlo en una fecha en que la cotización de la acción fuera alta, o más alta que la que previsiblemente tuviera en la primera fecha de canje (4 de octubre de 2008).”

4.- El hecho que el demandante hubiera adquirido acciones de la entidad bancaria no significa que conociera el producto que es objeto de análisis en las presentes actuaciones, ni exime a la demandada de su obligación de información, sin perjuicio que no se sabe la información que se facilitó en la adquisición de otros productos.

Como establece la SAP de Castellón de 28 de junio 2016:

“Nos recuerda en esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4, núm. 218, de fecha 3 de mayo de 2016, ROJ: SAP S 188/2016 -ECLI : ES:APS:2016:188, en un supuesto en el que se examina la nulidad del mismo producto financiero que "la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 25 de febrero de 2016), según la cual 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 exigida. Como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. 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. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes" .

5.- Obtención de liquidaciones periódicas y retraso desleal.

Debe rechazarse lo manifestado por la demandada acogiendo lo establecido por la Sentencia de la AP de Cantabria de 10 de mayo de 2021 cuando afirma:

“Frente a tal presunción, no desvirtuada, ni supone un acto propio de reconocimiento del conocimiento de la naturaleza y riesgo del producto el mero cobro de intereses durante su periodo de vida, pues en modo alguno puede incorporar dicho acto tácito una definición de un estado jurídico de conocimiento que impida después un comportamiento contradictorio (art. 7 CC).

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

*Explica la STS nº 148/2017, de 2 de marzo, con cita de las nº 300/2012, de 15 de junio y 539/2016, de 13 de septiembre, que la aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *verwirkung*, como plasmación de un acto típico de ejercicio*

extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor, pero la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito”.

6.- **Será estimada la demanda ya que se aprecia un perjuicio del demandante indemnizable en los términos establecidos en el art. 1101 CC.**

No se discute que en fecha 11 de octubre de 2012 se produjo el canje de los títulos “Valores Santander”, adjudicando 1.543 acciones del Banco, siendo valoradas en la cantidad de 9.052’78 €. Desde la adquisición de los valores hasta el canje el demandante recibió unos intereses en la cantidad de 4.799’35 €. Valorando el perjuicio en la cantidad de 6.147’87 €.

Esta será la cantidad objeto de indemnización, sin que se tenga en cuenta los dividendos recibidos con posterioridad al canje por la tenencia de las acciones, como tampoco la posible bajada de valor de las mismas, siguiendo en este punto lo establecido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 10 de mayo de 2021 cuando indica:

“Hemos sostenido recientemente en la sentencia de este tribunal de 4 de marzo de 2021 (reiterada en la sentencia de 5 de abril

de 2021) que "(..) es claro el daño sufrido, que se concretó en el momento de consumación del contrato mediante el canje de los valores en acciones, momento en que se cumplieron todas las previsiones del contrato y este se agotó; en ese momento lo recibido por los demandantes de la entidad bancaria fueron acciones conforme a la valoración contractualmente prevista con las variaciones introducidas durante la vida del contrato, pero esas acciones tenían un valor real mucho menor, suponiendo ello indudablemente un quebranto que trae causa directa de la contratación del producto y que no se hubiera producido sin esta. En la recurrida se sigue el criterio, adoptado por algún tribunal provincial (SAP Valencia 29 junio 2020), de considerar que no habiendo transmitido aun los clientes las acciones recibidas, por definición de cotización fluctuante, no puede afirmarse la existencia del daño; pero con ello soslaya que el contrato tuvo un momento claro de pleno cumplimiento, de agotamiento, que es el en que aflora realmente lo sucedido y el daño sufrido por los inversores. A partir de ese momento cesa toda posibilidad de imputar a la entidad bancaria nuevos daños o beneficios por razón de la contratación, pues desde entonces la inversión solo depende del titular de las acciones y no cabe, por tanto, tener en cuenta rendimientos posteriores de esas acciones, como tampoco cabria considerar nuevas depreciaciones en su valor como incremento del daño. Este, de existir, se produjo en el momento mismo de la entrega de las acciones, que supuso el fin definitivo de la relación contractual. “.

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

CUARTO.- Las costas se impondrán a la demandada por imperativo del art. 394.1 lec.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación;

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por **DON MARCELINO** [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER SA** y **CONDENO** a la demandada a los siguientes pronunciamientos:

1.- La entidad bancaria demandada es responsable del incumplimiento del deber de información en la comercialización del producto "Valores Santander" en fecha 4 de octubre de 2007, debiendo indemnizar al demandante, por los perjuicios sufridos, en la cantidad de SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (6.147'87 €), más interés legal desde la interposición de la demanda.

2.- Con imposición de costas procesales a la demandada.

Notifíquese a presente sentencia a las partes personadas, frente a la misma cabe interponer recurso de apelación dentro del plazo de 20 días siguientes a la notificación, sin perjuicio de la consignación del depósito legalmente establecido.

Llévese el original al libro de Sentencias.

Por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio mando y firmo.