



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357030
Fax.: 942357031
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº: **0000797/2017**
NIG: [REDACTED]
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000239/2018

Intervención: Demandante	Interviente: ASUFIN	Procurador: MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Demandado	[REDACTED]	[REDACTED]

SENTENCIA nº 000239/2018

En SANTANDER, a 15 DE NOVIEMBRE DE 2018.

DON JOSE LUIS SANCHEZ GALL, Magistrado Juez Titular del juzgado de primera instancia NÚMERO SIETE de los de SANTANDER, vistos los presentes autos de **juicio ordinario**, seguidos ante este juzgado con el número **797/17**, en los que han sido parte como demandante LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, representada por el procurador D. María Jesús Mendiola Olarte, y asistida por el Letrado D. Gisela Bernáldez Bretón; y como demandada la entidad "BANCO DE [REDACTED] representada por el procurador D. [REDACTED] y asistida por el Letrado D. [REDACTED] sobre **nulidad contract** [REDACTED] mbre de [REDACTED] [REDACTED] nte sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha 31 de julio de 2017, se presentó ante este juzgado, por el procurador D. María Jesús Mendiola Olarte, actuando en nombre y representación de la parte actora, y asistido por el D. Letrado Gisela Bernáldez Bretón, demanda de juicio ordinario contra la entidad "BANCO DE [REDACTED] fundando la misma en los hechos que en ella constan, y alegando los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, para acabar suplicando que se declare la nulidad la orden de compra de 4 títulos de Valores Santander de la demandada suscrita por sus asociados D. [REDACTED] y D. [REDACTED] en fecha 14 de septiembre de 2007 por la cantidad de 20.000 €, condenando a la entidad demandada a la restitución a la actora de la cantidad de 20.000 € correspondientes a los valores finalmente convertidos, o bien se declare su responsabilidad por daños y perjuicios por el incumplimiento contractual de la

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 19/11/2018 08:47

Firmado por: Jose Luis Sanchez Gall, MARTA TERAN

Código Seguro de Verificación 3907542007-6510cda115760c1e2f0c028185dd51bdNvMnAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

demandada, condenándole a abonarle la cantidad de 9.221,30 €, en ambos casos, con los intereses legales devengados desde la fecha de la suscripción, haciendo expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Que admitida la demanda y emplazado el demandado en legal forma, se personó en autos por medio del procurador D. [REDACTED] y asistido por el letrado D. [REDACTED] contestando a la demanda en los términos que consta en autos, alegando la caducidad de la acción, la falta de legitimación activa y distintas cuestiones de fondo, y suplicando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Que citadas ambas partes a la audiencia previa, comparecieron ambas, y en el curso de la misma se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas. Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha de juicio y comparecidas ambas partes a éste se practicaron aquellas pruebas declaradas pertinentes con el resultado que obra en las actuaciones en soporte de video, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Planteamiento.-

Por la asociación de consumidores actora, en representación de dos de sus asociados, al amparo de los artículos 1.265 y 1.300 y ss del Código Civil, se ejercita acción dirigida a obtener la nulidad de la orden de compra de 2 títulos de Valores Santander de la entidad demandada, suscrito en fecha 14 de septiembre de 2007 por la cantidad de 20.000 €, a fin de recuperar la cantidad invertida y distintas cantidades en función de la acción ejercitada. Entiende la actora, por un lado, que la adquisición de los valores es ilícita por haberse ejecutado de forma irregular con anterioridad a la aprobación del producto financiero por parte de la CNMV, por lo que debe declararse su nulidad absoluta con devolución del capital invertido, con los intereses abonados por un préstamo concertado para su adquisición. Por otro lado, alegando la falta de información y de transparencia de la entidad bancaria demandada sobre las características y riesgos de la operación suscrita, concurre su error y falta de

conste si los actores, tal y como se declara en la orden de valores, recibieron una copia de las mismas.

3) En aplicación de las condiciones del contrato, los demandantes fueron informados periódicamente de su evolución y obtuvieron determinada rentabilidad (doc 25-30 demanda).

4) Durante los meses de [REDACTED] y siguientes, la entidad bancaria demandada fue informando a los actores del tipo de conversión, acordándose finalmente, con fecha 8 de junio de 2012, la conversión voluntaria en acciones de la demandada, correspondiéndoles a los actores un número equivalente de acciones como cambio de la cantidad inicialmente invertida (doc 40 demanda).

5) No consta que los asociados de la actora, previamente al contrato de autos, hubieran suscrito productos similares, sin que obre en la causa que tuviera conocimientos financieros específicos sobre este tipo de productos bancarios (Doc 9 demanda).

TERCERO: Legitimación activa.-

La parte demandada alega que la asociación de consumidores demandante carece de legitimación por entender que solo tiene legitimación para defender los intereses colectivos, difusos o generales o los suyos propios, pero no los intereses individuales y puramente privados de sus asociados.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Cantabria (SAP 3-2-17), que considera que "la legitimación de las asociaciones de consumidores para la defensa en juicio de intereses privados de sus asociados encuentra respuesta en el art. 11.1 LEC que dispone que *sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituida estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios*". Por ello, "la interpretación de tal precepto no puede soslayar que en esta materia es obligado el favorecimiento de la defensa de los intereses de los consumidores en cumplimiento del mandato contenido en el art. 51 CE que dispone que *los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*, por lo que

supuestos de actuación de una asociación de consumidores legalmente reconocida como tal”.

En consecuencia y siguiendo esta doctrina de la Audiencia Provincial, esta excepción se ha de desestimar.

CUARTO: Ilicitud de la suscripción.-

Como primer motivo de nulidad, la parte actora alega que la adquisición de los valores es ilícita por considerar que está suscrita de forma irregular con anterioridad a la aprobación del producto financiero por parte de la CNMV, manteniendo que la fecha que obra en la orden de suscripción es de 19 de septiembre, y no del día 20 del mismo mes como obra en el documento. Por este motivo entiende que la suscripción anticipada infringe lo previsto en la ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, y el RD se 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, implicando así su nulidad absoluta por ir en contra de una norma imperativa.

A estos efectos se debe partir de que, conforme al informe dactiloscópico aportado con la demanda (doc 13 demanda), parece ser cierto que la fecha de la suscripción es la de 19 de septiembre de 2007 y no la del día siguiente como consta en el documento. Sin embargo, aún partiendo de este hecho, no puede concluirse que la suscripción de los valores esté revestida de la ilicitud que alega la parte actora. Ello, porque aunque el producto litigioso no podía comercializarse hasta el día 20 de septiembre de 2007, ello no implica que los suscriptores no pudieran firmar el día anterior la orden correspondiente, a fin de que pueda llevarse a la práctica desde el mismo momento de su salida al mercado mediante la aprobación por parte del CNMV, como parece que ocurrió en el presente caso. Así se puede también considerar si se siguen los movimientos de la cuenta bancaria de la parte actora en la que se domicilió el abono de los valores. De donde se deduce que la efectiva suscripción de los valores tuvo lugar en este último momento, y no en la fecha y hora en que se suscribió la correspondiente orden, la cual actuó como una mera reserva para la suscripción futura, sin contravenir así la normativa imperativa aplicable.

Sobre esta pretensión de nulidad también se ha pronunciado nuestra Audiencia Provincial (SAP Cantabria, Sección 2ª, 12-1-18), al señalar que las

sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, esto es, cuando se han realizado de todas las obligaciones que corresponden a ambas. Por ello, en los contratos de tracto sucesivo como el de autos, el plazo de ejercicio de la acción de nulidad, no comenzará a correr hasta que se hayan realizados todas las prestaciones contractuales.

[REDACTED]

En el caso de autos, por un lado, debe precisarse que el contrato de valores tiene una naturaleza extensiva en el tiempo o de tracto sucesivo, por cuanto su aplicación en la liquidación de intereses se difiere en el tiempo, en función de los tipos aplicables en cada momento. Por ello, hasta que no se cumpla la última obligación de pago de cualquiera de las partes, no puede entenderse consumado. Por otro lado, y dada la naturaleza de tracto sucesivo citado, el momento inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por parte de cualquiera de los contratantes, debe situarse en el momento de la cancelación del producto, que es cuando deja de tener efecto, y cuando los asociados de la demandante pudieron conocer el alcance de su error. Por consiguiente, si se tiene en cuenta que la conversión voluntaria del producto en acciones se produjo con fecha 8 de junio de 2012, cuando la demanda se presenta en fecha 31 de julio de 2017, es claro que han transcurrido los cuatro años previstos para el ejercicio de la acción de nulidad. Por ello, si el error denunciado por la demandante fue el desconocimiento de la verdadera naturaleza y riesgos de los "valores Santander" contratado, es claro que la acción de nulidad consiguiente había caducado al interponer la demanda, por cuanto se hizo transcurridos los cuatro años desde que los asociados de la actora conocieron o debieron conocer, usando una diligencia media, que con la conversión en acciones habían sufrido la pérdida de capital denunciada.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que en el presente caso, además de la acción de nulidad alegando inexistencia de consentimiento, también se ejercita la acción de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código Civil, sobre la base de imputar a la entidad bancaria demandada responsabilidad contractual por haber incumplido sus fundamentales obligaciones de información previa a la celebración del contrato. Esto es, posiblemente para intentar sortear la evidente caducidad aplicable a la nulidad reclamada habitualmente en este tipo de juicios, la actora, de forma subsidiaria, acumula a su solicitud de ineficacia de los contratos suscritos, la acción dirigida a instar

una declaración de responsabilidad contractual de la demandada "por incumplimiento de las obligaciones esenciales", para pasar luego a [REDACTED] directamente la indemnización de daños y perjuicios por tal incumplimiento en la cantidad de 9.221,30 €, cifrada en la diferencia entre el importe del capital invertido y el valor de las acciones al momento de la conversión.

[REDACTED] [REDACTED]

En este sentido, la doctrina jurisprudencial aplicable se condensa en la reciente STS de 13 de septiembre de 2017, con cita de las de 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio de 2016 y 10 de noviembre de 2016, 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 una anterior Sentencia de 18 de abril de 2013, se entendió que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de [REDACTED] [REDACTED] al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes [REDACTED] [REDACTED] s [REDACTED] uales "constituye el título jurídico [REDACTED] [REDACTED] la responsabilidad por los [REDACTED] [REDACTED] p [REDACTED] ta [REDACTED] li [REDACTED] consecuencia de la pérdida [REDACTED] [REDACTED] de la [REDACTED] [REDACTED] entes 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 [REDACTED] [REDACTED] o [REDACTED] 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. [REDACTED] [REDACTED] p [REDACTED] o [REDACTED] pérdida [REDACTED] [REDACTED] mo consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes". "De tal forma, 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 pr oducto 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 as [REDACTED] que conllevó la pérdida de [REDACTED] lo [REDACTED] 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”.

En el presente supuesto, como se ha visto, de forma subsidiaria a la nulidad absoluta solicitada en primer y segundo lugar, la parte actora, en un tercer súplico subsidiario de su demanda, de forma separada a ésta, pretende una mera declaración de responsabilidad contractual por incumplimiento de los básicos deberes contractuales, y una consiguiente reclamación de daños y perjuicios. Por tanto, y aplicando la doctrina citada, a esta pretensión no le es aplicable el plazo de caducidad señalado, sino el de prescripción de 15 años del artículo 1964 CC, ahora reducido a cinco años, según redacción dada por la Ley 42/2015, aunque este término debe ser interpretado conforme al artículo 1.939 CC, que señala que “La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”. Por ello, y dado que el inicio de la prescripción se produjo con la conversión voluntaria del producto en acciones el día 8 de junio de 2012, anterior a la publicación de la Ley 42/2015, el inicio de los 5 años de prescripción ahora aplicables hay que situarlo en la publicación de esta ley (5 de octubre de 2015), por lo que el término de reclamación estaría aún vigente al momento de la presentación de la demanda el día 31 de julio de 2017.

En consecuencia y por todo lo expuesto, se debe considerar que la acción ejercitada en el presente procedimiento no está caducada ni prescrita.

SEXTO: Deber de información.-

El deber de información de las entidades bancarias en la contratación de sus productos, está regulada en la Ley 47/2007, de 13 de noviembre, que reformó la Ley del Mercado de Valores, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que las entidades de crédito, al colocar participaciones preferentes u obligaciones subordinadas entre clientes minoristas, tienen el deber general de "comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo" (art. 79 LMV), figurando, entre esas obligaciones, la esencial de información (artículo 79 bis LMV). Igualmente, la entidad debe "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes", con una información "imparcial, clara y no engañosa", la cual debe versar "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", a fin de que la misma "les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre sus inversiones con conocimiento de causa". En especial, se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a cada instrumento.

Asimismo, la entidad prestadora de servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras, está obligada asimismo a obtener de los clientes minoristas "la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga". La entidad debe expresamente "abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información" (art. 79 bis 6 LMV). Por ello, si en base a esa información, la entidad considera que el producto o el servicio no es adecuado para el cliente, tiene la "obligación de advertirle" al respecto, por lo que si el cliente "no proporciona la información indicada o ésta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que ello le impide

determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él" (art. 79 bis 7 y 8 LMV).

Sobre la base de estas obligaciones, en abril de 2010, el Comité Europeo de Supervisores financieros (CESR) publicó un documento que pretendía clarificar ese concepto y recientemente ha hecho lo propio la CNMV en su "Guía sobre [REDACTED] del servicios de asesoramiento [REDACTED] i [REDACTED] ([REDACTED] de 2010), materializando lo que se ha dado en llamar "test de idoneidad". En síntesis, los organismos supervisores consideran que se produce asesoramiento, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que sea una recomendación, es decir, debe incluir un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio, y no tratarse sencillamente de una información o explicación de las características y riesgo de una operación o servicio financiero, no una información o explicación de las características de un servicio o instrumento financiero; 2) Que sea personalizada explícita o implícitamente, es decir, que tenga en cuenta las circunstancias personales del cliente y se presente como idónea para él; 3) Que se refiera a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos, y no de forma genérica a tipos de activos o productos financieros; 4) Que se formule al cliente a través de medios "personalizados" y no solo a través de canales de distribución dirigidos al público en general, como anuncios en prensa, TV o radio; y 5) Ser individualizado, esto es, realizarse a una persona en su calidad de inversor o posible inversor o en calidad de apoderado o representante del mismo. Todos estos requisitos deben cumplirse conjuntamente (art. 5.1.g) RD 217/2008).

Como establece la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18-4-2013, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar, con la debida diligencia a los clientes, una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación, y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto

riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más adecuados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Ante esta exhaustiva obligación de informar de las entidades bancarias, los defectos en su cumplimiento, sobre todo en el aspecto relativo al carácter imparcial de tal información, y de advertencia sobre la inadecuación del valor complejo al perfil del inversor, puede dar lugar a dos nulidades concurrentes. Por un lado, la prevista en el artículo 1.303 del Código Civil, por defecto de consentimiento del suscriptor minorista, quien, influido por la falta de información adecuada de la entidad bancaria, sufrió un error sustancial sobre el objeto del contrato, consistente en un producto bancario complejo y de alto riesgo, desconocido para él, y que conlleva la inversión en una especie de las cosas que hubieren sido susceptibles de enajenación, con sus frutos, y el precio de adquisición regulada en el artículo 1.303 del Código Civil, al ser una obligación, vulnerando una norma imperativa sobre información, y que debe ser considerada esencial para el contrato, por cuanto persigue un objetivo querido por el ordenamiento, como es que la información prestada por las entidades financieras reúna una condiciones objetivas de corrección (clara, precisa, suficiente y tempestiva), y subjetivas en relación al cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos financieros complejos), lo que, como el caso anterior, implica también su nulidad con los mismos efectos anteriores.

Sobre la aplicación de todas estas previsiones al contrato de suscripción de los "valores Santander", se ha pronunciado ampliamente las recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de fechas 3 de mayo de 2016 y 10 de mayo de 2016, que han considerado las operaciones previas sobre la cuestión. Así, señala que aunque que la suscripción del producto fuera anterior a la Ley 47/2007 antes citada, la normativa anterior relativa al mercado de valores también "daba 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 ejercer "sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado".

El demandado, al realizar las operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión". También modifica su anterior posicionamiento en esta clase de asunto, y remitiéndose a la STS de 25 de febrero de 2016, señala que "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". Por ello, considera que "la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad", siendo "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". Por ello, "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". Igualmente, sobre el comportamiento de la demandada en la venta de este producto señala "que habiéndose erigido, mediante el ofrecimiento del producto al cliente, en asesor del demandante, debía mirar en primerísimo lugar por el interés de este (como si fuera el cliente mismo, pero investido de información y ciencia financiera), y no por el propio (que se traducía en colocar el producto para poder financiarse en la compra de ABN Amro). Antes de ofrecer el producto, debió preguntarse, con lealtad máxima hacia el cliente, si la inversión convenía a

este, si las posibilidades de enriquecimiento eran amplias (no seguras, pero sí probables), si podían descartarse riesgos importantes [REDACTED] había una probabilidad media de que subiera la cotización de la acción Santander, único modo de que el cliente recuperara el 16% en que resultaría infravalorada la acción para el cliente en el proceso de conversión de los valores en obligación [REDACTED]. Comoquiera [REDACTED] parte económica final del producto descansaba no tanto en el percibo del interés, cuanto en la evolución que experimentara la cotización de la acción Santander entre el momento en que Banco [REDACTED] decidiera adquirir ABN Amro (en que se emitirían las obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión, y que quedaría definitivamente fijado el valor de conversión, más un 16%) y la primera fecha en que era posible el canje voluntario (el 4 de octubre de 2008), y que ese período podía superar el año, resultaban fundamentales cinco acciones de la demandada”, entre las que están la correcta explicación del contenido del tríptico de condiciones de emisión de los Valores

Finalmente, como ya estableció la STS de 14 de [REDACTED] de [REDACTED], debe señalarse la carga probatoria acerca de la información facilitada al cliente sobre [REDACTED] at [REDACTED], efectos y evolución del contrato, [REDACTED] profesional financiero, por c [REDACTED] te, p [REDACTED] tar [REDACTED] eba de un hecho negativo [REDACTED] de dicho [REDACTED] raría ante una imposibilidad probatoria.

SEPTIMO: La contratación de autos.-

Pues bien, en el supuesto contemplado, la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado, y que éste estaba obligado a proporcionar a sus clientes minoristas, acerca de las características del producto bancario contratado, así como del alcance de las obligaciones y del importante riesgo asumido por las mismas, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en los asociados demandantes sobre la esencia del negocio contratado, con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

[REDACTED] lado, en cuanto a las circunstancias personales de los asociados demandantes, se puede establecer que ostenta la calificación de clientes minoristas a los efectos señalados, puesto que no consta que en los años anteriores tuvieran actividad financiera relevante o que tuvieran una calificación

profesional específica para la contratación de unos valores como los cde autos. Por ello, y dada la falta de formación específica de los asociados actores, puede concluirse que no existe en la causa dato alguno que permita presumir o afirmar que estamos ante personas conecedoras del complejo mundo financiero.

Por otro lado, [REDACTED] a la información objetiva sum [REDACTED] ra [REDACTED] m [REDACTED] en [REDACTED] l [REDACTED] se ha de señalar que ni en el contrato de suscripción de los valores, ni en el folleto informativo o en la nota de valores presuntamente entregados al momento de la contratación, existe una información completa, precisa, adecuada e individualizada al perfil de los clientes, que incida en el riesgo que la inversión incorporaba, y sobre todo, sobre que el dinero entregado pudiera perderse en su totalidad o en su mayor parte por la eventual conversión en acciones de la demandada.

En primer lugar, en el contrato de suscripción de los valores (si se puede llamar así a la hoja estereotipada suscrita por la actora), nada se dice sobre los riesgos. Ni siquiera en las condiciones particulares, escrita en letra pequeña, ilegible y compleja, se hace alusión a riesgo alguno, ya que, aunque de forma contradictoria, se señala que el suscribiente conoce y entiende las características de los valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, no se especifica porque es así, salvo porque se dice de forma mecánica que "manifiesta haber recibido y leído" el folleto o tríptico informativo, pero sin que éstos consten rubricados o admitidos expresamente por los suscriptores. Además, esta cláusula tipo que se incluye en la orden de suscripción de los títulos, y que constituye una declaración de ciencia del cliente acerca de haber sido informado, carece de valor por sí misma y no exime a la entidad financiera de su obligación de acreditar que ha dado debido cumplimiento a las obligaciones previas de información. Así lo considera la STJE de 18 de diciembre de 2014, referida a una cláusula de similar contenido, cuando señala que "la cláusula tipo referida constituye un indicio que el prestamista tiene que corroborar con uno o varios medios de prueba pertinentes", y lo confirma el Tribunal Supremo (STS 12-1-15), al señalar que tampoco son relevantes las menciones contenidas en el contrato, toda vez que se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento que se revelan como fórmulas previamente elaboradas por el profesional,

vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de contratación resultaría inútil si, para cumplir con estas exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente.

En segundo lugar, los aludidos trípticos informativos o "Nota de valores relativa a la oferta pública de suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150 SAU", se limitan a describir, con un lenguaje críptico y técnico, las características del producto que se ofrecía, en el marco de la oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro Holding, pero de una forma tan casuística y con introducción de tantas variables, que resulta muy difícil, por no decir imposible, comprender cuál es el destino del dinero y el eventual riesgo de la inversión que se hace. Es cierto que en algunos de sus capítulos se contiene, de forma velada, alguna alusión a los presumibles peligros de la operación contratada, pero es claro que estas alusiones vagas e incompletas no pueden erigirse en la información clara y transparente, completa, que permite la comprensión para el cliente, a que se refiere la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 01 de septiembre de 2018.

En tercer lugar, entrando a valorar la información concreta presuntamente suministrada, y siguiendo con reciente doctrina (SAP Pontevedra, Sección 6ª, 21-9-15), con independencia de que el contenido del Tríptico no proporcionaba información clara y precisa, ni sobre la característica esencial para determinar el valor futuro de los activos, ni sobre el riesgo de pérdida del capital invertido por descenso de la cotización de las acciones en que habrían de convertirse, deben hacerse dos precisiones. La primera, que el propio tríptico, en su párrafo final advierte que: "Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de valores". Y ni el Resumen, ni el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) consta que fueran entregados a los clientes. La segunda, como el tríptico no lleva fecha, es lógico pensar que se hubiere hecho entrega del documento (como ocurre frecuentemente) en

el mismo momento en que se suscribe la orden de compra y en unidad de acto (es decir, aceptación y firma del contrato y simultánea entrega de la documentación), de modo que de ser así (y no consta lo contrario), tal circunstancia, al tiempo que apercibe del carácter meramente rituario y formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, el Tribunal Supremo (STS 10-9-14 y 12-1-15), declara que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación, o como expresa el artículo 11 de la Directiva 1993/22/CEE, "las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente en el marco de las negociaciones con sus clientes", y que "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación" (art 5 del anexo del RD 629/1993). Como señala la STJE de 18 de diciembre de 2014, las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma del contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable, por lo que parece claro que, en el presente caso, se habría infringido la obligación de informar a los potenciales clientes, con la suficiente antelación, respecto de la suscripción del contrato y de los riesgos que conllevaba.

De lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la conclusión de que, en el presente supuesto, la entidad bancaria demandada suministró a la parte demandante una información tan incompleta y sesgada sobre el producto bancario que contrataban, que el conocimiento adquirido por éstos fue totalmente erróneo sobre la realidad de su funcionamiento, y en vez de procurarles una inversión relativamente segura, adecuada a su perfil de clientes minorista y conservadores, les embarcó de forma unilateral en una inversión de alto riesgo, con las consecuencias no queridas de pérdida parcial del nominal invertido por la conversión producida en acciones de la demandada. Eventualidad que, de haber sido conocida previamente por los asociados actores, les habría llevado a no contratarlo. Por ello, en aplicación de lo previsto en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, y dado

que esta omisión de los deberes de información de la entidad demandada ha ocasionado un daño económico a los asociados de la actora, que [REDACTED] mermada su inversión tras la conversión en acciones realizada, se debe declarar la responsabilidad contractual de la demandante en la suscripción del contrato litigioso, quien deberá abonar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. [REDACTED] [REDACTED]

SEPTIMO: Efectos de la responsabilidad de la demandada.- [REDACTED] [REDACTED]

Como se ha visto, el error de consentimiento en que incurrieron los asociados actores, y provocado por la mala praxis de la entidad bancaria, tiene la naturaleza de esencial, sustancial y excusable, en la forma señalada en el artículo 1.266 del Código Civil. Es esencial y sustancial porque afecta a la naturaleza de la obligación, ya que los contratantes, por la falta de información recibida, desconocieron en todo momento los riesgos de pérdida de la totalidad del capital invertido. Y es excusable, por cuanto los actores se dejaron llevar por un empleado bancario que, presentándose como un asesor financiero imparcial en la gestión de sus ahorros, les condujo a suscribir un producto bancario de alto riesgo y perjudicial para [REDACTED] embargo, muy beneficioso para la [REDACTED] la entidad bancaria a la [REDACTED] En este sentido la citada STS 17-7-14, señala "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error le es excusable al cliente". O como expresa la STS de 12-1-15 "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta

omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

En cuanto a la amplitud de esta declaración de responsabilidad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil, tal y como solicita la parte actora, las partes se deberían devolver recíprocamente las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses. Pero como antes se ha visto, como no existe tal posibilidad, se debe acceder a la pretensión subsidiaria de la demanda, y por la vía de la reparación de daños y perjuicios, fijar una indemnización a favor de los actores, cifrándola en el perjuicio económico real sufrido tras su inversión, que no es otro que la diferencia entre lo inicialmente invertido en las acciones (20.000 €) y el valor que tenían las acciones obtenidas al momento de la conversión, y que asciende a la cantidad reclamada y no discutida expresamente por la demandada de 9.221,30 €.

No obstante, los intereses que corresponden por esta cantidad, por estar acordados por la vía de la



PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado Juez que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el juzgado, el día de su fecha. **DOY FE.**

[REDACTED]

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm	Fecha y hora: 19/11/2018 08:47
Código Seguro de Verificación 3907542007-6510cdaf15760c1e2f0c028185dd51bdNvMnAA==	Firmado por: Jose Luis Sanchez Gall, MARTA TERAN