

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 MURCIA

SENTENCIA: 00146/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, MODULO 1 - PLANTA PRIMERA; C.P.30011
Teléfono: 968 277441-968277442, Fax: 968 879577
Equipo/usuario: JSL
Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2016 0012853

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000773 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE, MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON, GISELA BERNALDEZ BRETON

DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER, S.A.

Procurador/a Sr/a. ALFONSO ALBACETE MANRESA

Abogado/a Sr/a. SERGIO SANCHEZ GIMENO

PROCEDIMIENTO: Juicio Declarativo Ordinario 773/2.016.

SENTENCIA

Num. 146/17

En Murcia, a treinta de octubre del año dos mil diecisiete.

Vistos por su S.S^a, D^a **ANA BERMEJO PEREZ, MAGISTRADA-JUEZ** del Juzgado de **Primera Instancia número Cuatro de Murcia** y su Partido, los precedentes autos de **Juicio Declarativo Ordinario n° 773/16** seguidos en este Juzgado a instancias de

representados por la Procuradora D^a M^a **JESÚS MENDIOLA OLARTE** y defendida por la Letrada D^a **GISELA BERNÁLDEZ BRETÓN** contra **LA ENTIDAD BANCO SANTANDER, S.A.** representada por el Procurador **D ALFONSO ALBACETE MANRESA** y defendida por el Letrado **D SERGIO SÁNCHEZ GIMENO**, que versa sobre acción de nulidad de contrato de suscripción Valores Santander; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora D^a M^a Jesús Mendiola Olarte en nombre y representación de D - - - - - se presentó demanda de juicio ordinario que fue turnada a este Juzgado, en la que solicitaba al Juzgado, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dicte sentencia por la que: 1) Se



declare la nulidad relativa de la orden de suscripción de Valores Santander nº _____ por 60.000 € al existir un vicio esencial en el consentimiento provocado por la falta de información suficiente en la comercialización del producto, contraviniendo las normas contenidas en el Real Decreto 629/1993, y facilitando una información defectuosa sobre los riesgos de la inversión, provocando la creencia de que lo que firmaba era un producto con una probabilidad casi total de comportarse como renta fija a plazo de un año, con una posibilidad residual de ser una obligación convertible a precio de canje fijado a finalización de la inversión y, por tanto con capital garantizado y consecuentemente se proceda a la restitución mutua del objeto del contrato y del precio con su interés legal desde la suscripción. 2) Subsidiariamente se declare la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, estimados provisionalmente en 38.704 € por ser el capital perdido calculado por la diferencia de lo invertido con el valor de las acciones a fecha de sentencia. 3) Se condene a la demandada al pago de las costas dada la complejidad del proceso y la actuación temeraria y dolosa del banco durante toda la relación contractual, con expresa indicación de este carácter.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para que en el plazo de veinte días contestase la demanda formulada en su contra con los apercibimientos legales correspondientes.

TERCERO: Emplazado en legal forma la parte demandada, por el Procurador D Alfonso Albacete Manresa en nombre y representación de la entidad Banco Santander, SA se presentó escrito oponiéndose a la demanda interpuesta y solicitando que se desestimase la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

CUARTO: Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que las partes ratificaron sus respectivos escritos y dieron cumplimiento al resto de las previsiones legales, y recibido el pleito a prueba, por la parte actora se propusieron las de: - documental por reproducida y más documental en la forma que obra en el acta y en los autos y - testifical y por la parte demandada se propusieron las de: - documental por reproducida y más documental en la forma que obra en autos e - interrogatorio de testigos, admitiéndose las mismas en los términos que constan en el acta levantada y convocando a las partes para la celebración del juicio.



QUINTO: El día señalado tuvo lugar la celebración del juicio correspondiente, practicándose las pruebas por el orden legal y tras la conclusión de las mismas por ambas partes se informó, por su respectivo orden sobre las conclusiones de hecho y de derecho correspondientes a este proceso, tras lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO: En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De la demanda.

Expone la parte actora sobre el producto objeto del presente proceso, en esencia, que la emisión de Valores Santander fue ideada por la entidad demandada para adquirir el Banco holandés ABN Amro Holding N.V. junto con The Royal Bank of Scotland Group y Fortis, de modo que si no se adquiría el ABN Amro, el tenedor conseguía una amortización del producto el 4 de octubre de 2008 con reembolso del valor nominal (5.000 euros por valor) y una remuneración a un 7,30% nominal anual (7,50% TAE), mientras que si se adquiría ABN Amro, los Valores serían automáticamente convertibles en obligaciones -con remuneración no garantizada y en cuanto al orden de prelación, únicamente por delante de las acciones ordinarias-, que a su vez serían obligatoriamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión, de modo que la campaña implicó que a la postre, los clientes recibieran acciones del Banco Santander (bien en los canjes voluntarios previstos inicialmente para el 4 de octubre de 2008, 4 de octubre de 2009, 4 de octubre de 2010 o 4 de octubre de 2011, o bien en el último y obligatorio canje de 4 de octubre de 2012 -la obtención de liquidez, por tanto, no era inmediata-). Las características de los valores convertibles del Santander cumplen con las condiciones para considerarse como un producto de alto riesgo y alta complejidad, pues es un producto de renta variable, difícil de comprender por inversores no cualificados. Además, el periodo elegido por el Banco para establecer el precio de conversión de valores por acciones resultó ser aquel en que históricamente estuvo más alta la acción del Banco Santander, quedando establecido inicialmente en 16,04 euros la acción (que luego se rebajó a 12,96 euros debido al aumento de capital), pese a que el deterioro de la valoración del producto fue constante (dicho de otro modo, se adquirirían forzosamente acciones al doble de su precio).

Refiere, igualmente, en su escrito de demanda que D^a _____, son clientes de la entidad demandada, Banco Santander, S.A., y nunca antes habían llevado a cabo inversiones ni operaciones especulativas complejas o de riesgo, siendo su único objetivo el de sacar rendimiento del capital proveniente de la venta de una finca rústica sin asumir más que un mínimo tipo de riesgo. A pesar de tener conocimiento de ello, el director de la oficina les ofreció la oportunidad de contratar de un novedoso producto denominado Valores Santander, que les presenta como un producto



financiero seguro y que ofrecía una rentabilidad interesante, que encajaba con su perfil; en base a la información que les fue proporcionada por el Director de la entidad y en la firme creencia de estar suscribiendo un producto absolutamente garantizado los actores deciden suscribir el producto que el director les ofrece y el 1 de octubre de 2007 suscriben una orden de compra de 12 títulos correspondientes a Valores Santander por valor de 30.000 euros. Ni con carácter previo ni en el momento de la compra se facilitó información alguna ni verbal ni escrita sobre el riesgo de pérdidas prácticamente ilimitadas que entrañaba el producto (producto "amarillo" o de riesgo medio, según la orden de compra de los valores), que es un producto convertible en acciones de la entidad de altísimo riesgo y altísima complejidad; circunstancias que no se plasmaron en la orden de compra y que los demandantes desconocían. Destaca la parte actora que la iniciativa para formalizar el contrato partió del propio Banco, obviando que el perfil de los clientes a los que "colocaron" el nuevo producto no resultaba adecuado; que la entidad debió tener en cuenta el deber de información que contempla la normativa vigente y haber actuado con suma diligencia, siendo más exigible aún dicha diligencia por lo novedoso del producto y por el perfil de los demandantes. En definitiva, los accionantes no pudieron conocer ninguna de las características del producto pues no se les informó verbalmente ni se les entregó ningún documento informativo que contuviera las características y riesgos del producto, siendo fácil admitir que si los actores hubieran conocido todas estas circunstancias, no hubieran prestado su consentimiento a la compra.

Alega, asimismo, que banco Santander incumplió sus obligaciones contractuales esenciales con los demandantes que ha dado lugar a una pérdida de capital que a la fecha de la demanda asciende a 32.824,08 €, en particular y esencialmente incurrió en los siguientes incumplimientos: 1) de las condiciones de la emisión en la fijación del precio de canje, 2) de la ampliación de 4.000 millones que debió hacerse con carácter previo a la emisión de las obligaciones convertibles, 3) de las expectativas de incremento de valor de la acción a fecha de finalización de la inversión por la venta inmediata de la Banca Antonveneta, 4) ilegalidad y arbitrariedad en los límites de aplicación de la cláusula antidilución y 5) falta de entrega de valoraciones sobre la inversión e información destacando solo los beneficios.

Continúa su exposición argumentando que los demandantes no tuvieron conocimiento de la efectiva pérdida de capital hasta que se les remitió, en el año 2012, la valoración trimestral de las acciones obtenidas por el canje y al sospechar el engaño sufrido solicitaron copia de toda la documentación de la suscripción. Estima la defensa de la parte actora en base al devenir de hechos acontecidos y circunstancias expuesta que es más que evidente el dolo empleado por el banco demandado en esta suscripción, habiendo infringido, entre otra normativa, el artículo 2 y 4 del Real Decreto 629/1993 de Transparencia en las Operaciones Financieras.



La consecuencia de todo lo expuesto es la nulidad relativa (consentimiento prestado por error y dolo), con la consiguiente restitución de las prestaciones por ambas partes así como los intereses legales desde su respectiva compra, ejercitándose de forma subsidiaria acción de responsabilidad contractual, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

SEGUNDO: De la contestación.

Por su parte el banco demandado se alza a dicha pretensión en base a las alegaciones, que de forma concisa, a continuación se exponen.

1º En el mes de octubre de 2007, los demandantes contrataron 12 títulos de los denominados Valores Santander por un importe de 60.000 euros, a cuyo efecto suscribieron la orden de valores que se aporta como documento nº 2 de la demanda, adiciona que a diferencia de lo que se indica en la demanda, el Sr. contaba con formación y capacidad suficiente para entender las explicaciones del Banco, habida cuenta que trabaja como interventor delegado del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia; Alega, igualmente, que los actores tenían experiencia financiera previa, puesto que han tenido participaciones en los siguientes fondos de inversión: Santander Selección RV Emergente, Santander Garantía Activa Moderado, Santander Garantía Activa Conservador, Santander Renta Fija Corto Plazo Clase I, Santander Protección Activa y Santander Tesorería (documentos 7 a 13 del escrito de contestación a la demanda), producto que también puede ser calificado de riesgo. Los actores, en definitiva, a partir de la experiencia inversora tenían la capacidad y experiencia suficientes para comprender la naturaleza, características y riesgos de los Valores Santander, tras haber sido adecuadamente informados.

2º Las características de la inversión pueden explicarse con total sencillez. Si la adquisición de ABN AMRO tenía éxito (como así fue), el producto se concretaba en una obligación convertible, retribuía a los inversores con un interés fijo - 7,30% el primer año y Euribor + 2,75% los restantes, hasta un máximo de cuatro-, permitía a los inversores convertir anualmente estas obligaciones por acciones del Banco Santander y llegado el vencimiento de la inversión (cinco años desde su emisión) sin que antes se hubieran convertido voluntariamente, el titular del producto recibía necesariamente acciones de Banco Santander, a un valor o cotización predeterminada o fijada ya en octubre de 2007, tal y como se indica en el tríptico (el 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles -octubre de 2007-; un 16% superior al precio de mercado para evitar un efecto dilutivo de la emisión sobre los demás accionistas). Inmediatamente después de la emisión, en octubre de 2007, Banco Santander remitió una carta a todos los suscriptores de Valores Santander en la que se concretaba el precio de referencia para el canje o conversión de los valores en acciones (16,04 euros por acción). Como es lógico, el éxito de la inversión depende del valor de las acciones en el momento de la conversión: si en



ese momento la cotización de la acción fuera superior a esos 16,04 euros, los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento, y si fuese inferior al precio de referencia, los suscriptores adquirirían acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha.

3° Por otro lado, el Banco también previó un mecanismo antidilución para los titulares de Valores Santander, de forma que el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de Banco Santander (el precio de referencia definitivo al que se canjearon los Valores el 4 de octubre de 2012 y que también fue comunicado a todos los titulares de Valores por carta fue de 12,96 euros), recibiendo así el cliente más acciones por cada Valor que las previstas en el momento de la emisión.

4° Los Valores Santander, por tanto, eran un producto económicamente similar a la compra de acciones pero que retribuía además con un interés de hasta un 24% de la inversión inicial hasta que se produjese la conversión en acciones. Además, los Valores podían ser vendidos y adquiridos en cualquier momento a precio de mercado, en el Mercado Electrónica de Renta Fija de la Bolsa de Madrid así como en cualquier mercado secundario oficial.

5° El Banco cumplió con su obligación de confeccionar y publicar un folleto explicativo (la "Nota de Valores") de todas las características del producto así como de sus riesgos y lo depositó ante la CNMV, que lo aprobó y publicó. Igualmente registró y publicó el oportuno Tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto, incluso con ejemplos de las posibles ganancias y de las posibles pérdidas, recuadrados para atraer la atención del lector, y con información del precio al que se valoraría la acción del banco en la fecha de conversión, advirtiéndose expresamente de que esta valoración estaba fijada por encima del precio de cotización de la acción en ese momento; tríptico que también fue aprobado por la CNMV como elemento informativo adecuado y suficiente para la contratación.

6° En cuanto a la comercialización de los Valores Santander, el Banco con ocasión de la contratación del producto y junto con la orden de compra, entregó a los actores el tríptico informativo de la emisión (documento nº 4 del escrito de contestación a la demanda) y puso a su disposición el Folleto, que obraba en la web de la CNMV y tras valorar los actores la información proporcionada sobre la naturaleza, características y riesgos de los Valores Santander, decidieron realizar la inversión y rubricar la orden de compra que se acompaña como documento nº 2 de la demanda, en la que reconocen haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo y que conocen y entienden las características del producto que suscriben, sus complejidades y riesgos.

7° Respecto a la relación contractual entre el Banco y los demandantes, alega que el suscribieron con la entidad demandada un contrato de depósito y de administración de valores, a través del cual el cliente



autoriza al Banco para actuar como intermediario financiero, de modo que la actividad del Banco se limita a al ejecución de las órdenes de inversión o desinversión facilitadas por el cliente y en dicho marco suscribieron los Valores Santander; en cualquier caso, matiza, aunque se entendiera que el producto financiero que tratamos se suscribió en el marco de un contrato de gestión asesorada de carteras, la entidad crediticia demandada no habría incurrido en los incumplimientos que se le imputan, en cuanto que proporcionó a sus clientes información exacta y veraz sobre las características y riesgos del producto y porque las obligaciones derivadas del indicado contrato son de medios, no de resultados.

8º Después de la suscripción y durante la vida del producto, la demandada envió a todos los suscriptores de Valores Santander una serie de comunicaciones que se detallan en la contestación y en las que, de nuevo, se describe con claridad el funcionamiento del producto y se informaba que los Valores Santander se convertirían obligatoriamente en acciones el 4 de octubre de 2012; de igual modo los demandados, así como el resto de suscriptores, recibían un extracto con información fiscal que incluía un detalle de los productos en cartera con su valoración.

9º La inversión de los actores a día de hoy continua viva en forma de acciones del Banco Santander (4.629 acciones) que cotizan en el mercado y producen beneficios (dividendos) que los demandantes pueden continuar percibiendo e incluso beneficiarse de la subida de cotización que pueda experimentarse. De igual modo subraya que no es cierto que los demandantes hayan sufrido pérdidas y de ser cierto serían hipotéticas o latentes, habida cuenta que las acciones del Banco son un producto cotizado cuyo valor fluctúa y dependiendo de la evolución de la Bolsa pueden obtener ganancias y además las acciones siguen generando rendimientos; en cualquier caso, matiza, las pérdidas solo se materializarían si, al vender todas las acciones, el importe obtenido fuera inferior a la inversión inicial.

Invoca, asimismo, la representación procesal del Banco demandado la excepción procesal de caducidad de la acción de anulabilidad contractual al haber transcurrido más de cuatro años desde que se suscribió el contrato, el 4 de octubre de 2007, hasta que comenzó a tener efectos, el 4 de octubre de 2011 o, en su caso, desde que los demandantes tuvieron conocimiento del estado, naturaleza y riesgos del producto contratado, que sitúa en octubre de 2007 hasta la presentación de la demanda en el mes de mayo de 2016 así como la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria, al haber transcurrido el plazo trienal que previene el artículo 945 del Código de Comercio.

Finaliza su exposición argumentando, en esencia, que, en su opinión, los actores prestaron un consentimiento libre e informado a la orden de compra de Valores Santander, por lo que no concurre error obstativo ni vicio del consentimiento (error o dolo) en la contratación, habiendo percibido los intereses que devengaban los Valores Santander así como los



beneficios derivados de las acciones en la que se convirtieron, por lo que el contrato se encontraría confirmado, y tampoco existe infracción de normativa bancaria y del mercado de valores (la de los consumidores y usuarios y condiciones generales de la contratación tampoco, aunque ni siquiera son de aplicación) y su incumplimiento tampoco determinaría la nulidad de la inversión. Por último estima que resulta, también, improcedente la acción subsidiaria de responsabilidad contractual, al haber cumplido el Banco demandado con sus deberes de información no haber incumplido la normativa de aplicación y cumplió con su obligación de abonar los intereses pactados.

TERCERO: Naturaleza del Producto. Normativa aplicable.

adquirieron 12 títulos denominados "Valores Santander", por importe de 60.000 €, documento 2 de la demanda.

Según resulta de la prueba practicada, y no se ha discutido en autos, los "Valores Santander" se emitieron para financiar la operación de adquisición de la totalidad de las acciones del Banco ABN Amro por parte del Consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis, por lo que la emisión quedó vinculada al éxito de esa operación. El emisor no fue directamente Banco Santander, sino "SANTANDER EMISORA 150, S.A., UNIPERSONAL", de la que Banco Santander era único accionista. Si el consorcio en que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el capital invertido más un interés del 7,30%. En el caso de que se adquiriese ABN Amro (que es lo que sucedió), los valores emitidos se convertirían en "obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander". Es decir, los "Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30% el primer año, y el Euribor más 2,75% los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116% de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles, es decir, por encima de su cotización en aquel momento. Mientras tanto, se trataba de valores subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluidas la deuda subordinada y las participaciones preferentes.

En consecuencia, los "Valores Santander", necesariamente convertibles en acciones, presentaban una elevada rentabilidad inicial, y una rentabilidad posterior que era variable. El riesgo estribaba en la bajada de valor de las acciones por las que debían canjearse las obligaciones, amén de que el canje ya se estableció que se haría por el 116% de su cotización inicial. Es decir, existía ya de entrada una pérdida del 16% del capital invertido, aunque podía resultar compensado en el caso de que las acciones subieran su cotización antes del momento en que se produjera la conversión. El capital no



estaba garantizado, y, además, tampoco la remuneración estaba asegurada a partir de la adquisición de ABN Amro, porque Banco Santander podía decidir no pagar y abrir un periodo de canje voluntario, y se preveía que no habría remuneración en ningún caso si no existía beneficio distribuible o lo impedía la normativa de recursos propios aplicables al Grupo Santander.

Según lo expuesto, estamos pues ante un instrumento financiero complejo, en el sentido técnico-jurídico de la Ley del Mercado de Valores, -lo que es diferente de ser un producto "complejo" en el sentido usual de la palabra, es decir prolijo, complicado de entender u oscuro, aunque pueda serlo en ambos-, pues se trata de obligaciones convertibles, y como tal instrumento financiero complejo se encuentra por tanto sujeto a dicha normativa (art. 79 bis 8, en relación con el art. 2.2 LMV). El propio Manual de Procedimientos para la venta de productos financieros del Banco de Santander, así lo reconoce, documento 18 de la demanda, fol. 8.

Las entidades financieras se encuentran en una situación de superioridad frente a sus clientes pues disponen de una mayor información para gestionar sus intereses en el mercado y para asesorarles en la contratación de unos u otros productos. Y, por otra parte, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen, por lo general, una relación duradera, lo que conlleva que el cliente se fíe de sus recomendaciones. Sobre estos parámetros, de profesionalidad, por parte de la entidad financiera, y de confianza, por parte del cliente, es sobre los que se asienta la relación de clientela en el mercado financiero, lo que implica a su vez una serie de obligaciones de las entidades prestadoras de servicios de inversión en relación con la comercialización de instrumentos financieros, en especial, deberes de diligencia y transparencia, clasificación de clientes, recapitulación de información de información de los clientes e información durante todo el "iter" de la contratación.

En la regulación de esos deberes hay que distinguir dos bloques normativos: la normativa pre-MiFID, y la normativa MiFID (Directiva 2004/39, Directiva 2006/73 y Reglamento 1287/2006), incorporada a nuestro ordenamiento mediante Ley 47/2007, de 19 de diciembre y RD 217/2008, de 15 de febrero, que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para cuyo cumplimiento será necesario recabar información del propio cliente, a través de los test de idoneidad y de conveniencia, mediante los cuales la entidad bancaria sabrá si el producto es conveniente para el cliente, y si éste tiene el bagaje cognitivo suficiente para comprender el riesgo que comporta.

Por lo que se refiere a la normativa pre-MiFID, aplicable a los valores de autos, atendida la fecha en que se suscribieron, estaba integrada por la Ley del Mercado de Valores, (cuyo art. 79, incluía ya, en su redacción de 1998, deberes de diligencia y transparencia en interés de los clientes y defensa de los mercados, así como la obligación de mantener debidamente informados a los clientes), 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 el 17 de febrero de 2008, en que fue derogado por el RD 217/2008. Hasta dicha fecha regulaba, junto con la LMV, los deberes de las entidades de crédito en la comercialización de instrumentos financieros. En concreto, en su art. 16, bajo la rúbrica "Información a la clientela sobre operaciones realizadas", establecía un deber de información con la debida diligencia sobre todas las operaciones de sus clientes. Su Anexo, denominado "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 : (i) con imparcialidad y buena fe, prohibiendo a la entidad inducir a la realización de un negocio con el fin exclusivo de obtener el un beneficio propio; (ii) con cuidado y diligencia; (iii) facilitando toda la información disponible al cliente, información que sea clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, etc.

A lo anterior ha de añadirse que la STS de 18 de abril de 2013 (rec. 1979/2011), con cita de la de 8 de noviembre de 1996 y remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, a la STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86), señaló que las normas de derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y finalidad de las directivas en lo relativo al elevado estándar de actuación de buena fe, prudencia y deberes de información que incumben a las empresas de servicios de inversión y, en concreto, en cuanto a las obligaciones de informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos y de transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones que mantengan con ellos.

Es decir, aunque en el momento de suscribirse los "Valores Santander" no estuviese traspuesta todavía la normativa MiFID, -faltaban dos meses para su trasposición-, lo cierto es que las obligaciones de la entidad demandada deben interpretarse a la luz de las Directivas.

CUARTO: Ello sentado, entraremos a examinar, aunque ello suponga alterar los términos del debate, si la acción de anulabilidad se encuentra caducada, en tanto que su estimación vedaría abordar el resto de los motivos de oposición esgrimidos en el escrito de contestación a la demanda.

La STS de 12/01/2015 señala al respecto: De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889), "[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa; desde la consumación del contrato [...]" y precisa, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato. No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el



art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889), con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio (LA LEY 2.348/2003), que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce a la realización de todas las obligaciones" (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), "cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando "se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : " Así, en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de ésta Sala, la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de "ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico". La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficiencia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes". Y añade "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de



gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

En el caso de autos y teniendo en cuenta que es en octubre de 2012 cuando se consuma definitivamente el contrato al producirse el cambio obligatorio de los valores por acciones con una importante pérdida en el valor de éstas, se considera que en dicha fecha se determina el día inicial de cómputo para el ejercicio de la acción por lo que se considera que la acción se ha ejercitado dentro de plazo al formularse la demanda en mayo del año 2016.

QUINTO: Perfil inversor de los demandantes. Génesis de la contratación e información proporcionada.

El banco demandado alega que los actores, por su cualificación profesional y por los productos financieros que tenían contratados, participaciones en diferentes fondos de inversión, que eran productos de riesgo, eran perfectamente capaces de comprender el producto que suscribieron y advertir que implicaba un riesgo.

En relación con dicha afirmación hemos de señalar que los actores eran en cualquier caso clientes minoristas con arreglo a la LMV (art. 78 bis), a los que por tanto no se les presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y el simple hecho de haber adquirido participaciones de otros fondos no los convierte en expertos en materia financiera.

Por su parte, la Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa a este respecto dos consideraciones relevantes:

(i) entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando "un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales", debiendo tomarse para ello en consideración "tanto la naturaleza de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor"

(ii) la comercialización masiva entre los clientes de banca comercial de productos complejos de riesgo medio o alto, realizada por los bancos en los últimos años, determina que pueda advertirse un asesoramiento en materia de inversión derivado de la utilización de un lenguaje con elementos de opinión y presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero; máxime en aquellos supuestos en los que la red comercial tiene fijados determinados objetivos comerciales, o recibe incentivos que priman la venta de un determinado producto frente a otros.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, no parece aventurado suponer que hubo una verdadera labor de asesoramiento por parte de la demandada, por lo que le



correspondería acreditar que los "Valores Santander" eran productos idóneos teniendo en cuenta las necesidades y características de los actores, y que eran de tal naturaleza que aquéllos contaban con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implicaba la transacción, y nada de esto se ha acreditado, es más el testigo que, en calidad de empleado de la entidad demandada, depuso en el juicio a instancias de los litigantes, D ., reconoció que no era experto en inversiones y era una persona que se dejaba aconsejar.

La demandada sostiene que los "Valores Santander" eran un producto apto para un cliente medio de banca, al ser la operación similar a la compra de acciones de Banco Santander, pero que a diferencia de éstas y de forma más segura y rentable, retribuía además con un interés hasta que se produjese la conversión en acciones, y, también, que se prestó a los actores toda la información relevante sobre el producto, como los propios actores reconocieron al firmar la Orden de suscripción.

No es ésa, sin embargo, la opinión que mantiene reiterada doctrina jurisprudencial.

Los "Valores Santander" eran un producto complejo, según se ha razonado anteriormente, y el hecho de que se comercializasen principalmente entre clientes minoristas hizo que incluso la CNMV emitiese una advertencia específica a través de su página web explicando someramente las características de la emisión y aconsejando a los inversores que consultasen el Tríptico antes de realizar cualquier inversión (doc. 16 de la demanda). Se trataba, en definitiva, de un producto que exigía esa información "clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación" a que se refiere el Código de Conducta a que antes nos hemos referido, y no consta que en el caso de autos se proporcionase.

No consta cual fue la información que se proporcionó a los actores sobre las características de la inversión. Ninguna prueba ha articulado la demandada al respecto, y la Orden de Compra nada dice, más allá de señalar que "el ordenante manifiesta haber recibido y leído antes de la firma el Tríptico informativo de la Nota de valores registrada en la CNMV", y que "asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos". Pero esta mención no es suficiente para entender que Banco Santander cumplió con las obligaciones que le incumbían, ya que resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de enero de 2015, que a continuación se transcribe, aun cuando se estableciera en relación con un contrato diferente:

"Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Fidelaen el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto



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

Sin perjuicio de que resulte de aplicación la anterior doctrina, lo cierto es que para la correcta valoración y comprensión del producto, tal como se describe en el Tríptico, se requiere una formación financiera superior a la de un cliente medio de la banca comercial, como los actores. Lo que podía ser obvio para un inversor avezado al examinar el Tríptico en cuestión, -pues si se adquiría el Banco ABN Amor, según se dice: "los Valores serán necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles. Dichas obligaciones serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión"-, es decir, que no se trataba de una inversión en que estuviese garantizado el capital, ya que el valor de las acciones que finalmente se obtendrían dependería de las oscilaciones del mercado bursátil, no podemos decir que lo fuese para un cliente medio. En ningún lugar se dice que había riesgo de pérdida del capital, y cuando se dice que es posible que el emisor no pague ninguna remuneración, no se hace referencia a esa posibilidad, lo que podía hacer pensar que no existía.

Es más, se proporcionan dos ejemplos teóricos de rentabilidad, uno favorable y otro desfavorable, y se señala en este último que "no se pague remuneración en ningún periodo de devengo. Canje y conversión voluntario 19/10/2008. Precio venta acción Santander. €11,5%. TAE: -21,07 %", pero tampoco aquí se hace ninguna referencia a la posible pérdida de capital.

Por último, incluso la mención que se hace en el tan repetido Tríptico, "Los Valores cuentan con la garantía solidaria e irrevocable de Banco Santander", -en referencia a la garantía hasta y después de la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, toda vez que el emisor no era Banco Santander -, podía inducir a confusión a un cliente inexperto haciéndole pensar que el Banco garantizaba el capital invertido.



En conclusión, no consta que la demandada cumpliera con su obligación de informar a los actores de la verdadera naturaleza y riesgos del producto que estaban contratando.

SEXTO: DEBER DE INFORMACIÓN. NULIDAD DE PLENO DERECHO.

Los demandantes ejercitan con carácter principal la acción de nulidad relativa por error y dolo en el consentimiento, por haber incumplido la demandada las obligaciones de información, diligencia y transparencia establecida en los arts. 78 y 79 de la LMV, y el Código de Conducta contenido en el Anexo del real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

En el presente caso, el error denunciado por los demandantes atiende a las omisiones de información por parte de Banco Santander, de modo que viene a plantear un supuesto de error provocado, del que expresamente se ocupa el art.4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008); reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

Los accionantes pensaban estar contratando unos productos sin ningún riesgo, es decir, donde el capital estaba garantizado, cuando en realidad no era así.

En suma, los demandantes no fueron informados de los riesgos de los "Valores Santander", y fue precisamente en atención a que no sabían que existían esos riesgos por lo que prestaron su consentimiento. Es decir, contrataron sobre la representación errónea de que el capital invertido estaba garantizado, por lo que su error fue esencial, en el sentido exigido por el art. 1.266 CC para que invalide el consentimiento.

Por lo que se refiere al requisito de la excusabilidad, requerido por la jurisprudencia, resulta muy esclarecedora la STS 8 julio 2014 cuando 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 suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente."

El consentimiento prestado por los demandantes al suscribir la orden de compra estuvo pues viciado como consecuencia de la falta de información imputable a la demandada, lo que ha de llevar a declarar la nulidad del contrato, por aplicación del art. 1300 CC, en relación con el art. 1265 CC, y, consecuentemente la obligación de las partes de restituirse las prestaciones, en virtud de lo



establecido en el art. 1.303 CC. Es decir, la demandada deberá reintegrar a los actores la cantidad de 135.000 €, de la que se deducirán las cantidades percibidas en concepto de intereses por los Valores Santander y de dividendos por las acciones en los que aquéllos se convirtieron, más intereses legales desde el día 4 de octubre de 2007; y los actores deberán restituir las acciones recibidas.

SÉPTIMO: CONFIRMACION DEL CONTRATO.

Resta analizar si, como mantiene la defensa de Banco Santander, SA los accionantes confirmaron el contrato y, por tanto, carecerían de acción al haberse extinguido la misma, al no haberla ejercitado tras la recepción de numerosas notificaciones e ingresos a su favor.

Conforme lo dispuesto en los artículos 1.309 y 1.310 del Código Civil, la acción de nulidad (en realidad anulabilidad o nulidad relativa) se extingue desde el momento en que el contrato se ha confirmado válidamente y siempre que concurren los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la confirmación no es otra cosa que un medio de subsanar el contrato anulable mediante la renuncia a la acción de nulidad, hecha por quien podría invocar el vicio o defecto de aquél. No puede confundirse, sin embargo, con la ratificación de un contrato, ya que la confirmación significa la subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio jurídico con falta de un elementos esencial, pero que puede aparecer a posteriori. La confirmación de los contratos, conforme lo previsto por el artículo 1.310 del Código Civil, solamente puede tener aplicación a los contratos meramente anulables, o sea a los que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, como sería el supuesto de vicios del consentimiento por error esencial y excusable.

De conformidad con la *sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015* "1.- En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la actora hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un



actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación del contrato. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil.

2.- En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil."

O como dice la SAP de Madrid, sección 14, de 30-junio-2014 (ROJ: SAP M 8257/2014): "Solo se tiene conocimiento de su auténtica dimensión cuando con el asesoramiento externo se instrumenta la salida de la situación cada vez mas ruinosa y perjudicial, y se hace a través de otra operación admitida como mal menor necesario, pero menos gravosa porque se hace con otra reestructuración de menor riesgo por el asesoramiento de un tercero;. Esa forma de hacer no es precisamente la confirmación del contrato. En tal caso no es posible la confirmación basada en la sucesión contractual, pues el sustrato básico del error sigue siendo el mismo, y continuado en el tiempo".

Por consiguiente, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es que se declare la nulidad del contrato, propiamente anulabilidad en la distinción doctrinal de los términos, de la orden de suscripción de Valores Santander nº 65114965 por 60.000 €, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme disciplina el artículo 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras).

OCTAVO: La estimación de la demanda conlleva, al amparo de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena en costas a la parte demandada



Vistos los preceptos legales citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Que **estimando la demanda** presentada por la Procuradora D^a M^a **JESÚS MENDIOLA OLARTE** en nombre y representación de contra **LA ENTIDAD BANCO SANTANDER, S.A.** representada por el Procurador D **ALFONSO ALBACETE MANRESA** **debo declare la nulidad relativa de la orden de suscripción de Valores Santander n^o , por 60.000 € y, como consecuencia de lo anterior se proceda por las partes litigantes a la restitución mutua del objeto del contrato y del precio con su interés legal desde la suscripción, con expresa imposición de costas a la parte demandada.**

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación que deberá ser interpuesto **en el plazo de veinte días** desde la notificación de la presente resolución, a través de escrito presentado en este Juzgado en la forma prevista en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Murcia. Para la interposición de dicho recurso es necesario la constitución de depósito por importe de 50 €** en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado (3087-0000-04-773/16) de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

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

