

Roj: **SJPI 210/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:210**Id Cendoj: **46250420212016100002**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Valencia**Sección: **21**Fecha: **25/07/2016**Nº de Recurso: **1542/2015**Nº de Resolución: **426/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO SANCHIS OSUNA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 426/2016**

En Valencia, a 25 de julio de 2016.

Vistos por D. Francisco Sanchis Osuna, Magistrado-Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº 1542/2015, promovidos a instancia de la entidad AUGE, representando a D. Conrado , representados por el Procurador D. Francisco Javier Blanco Mateu, asistidos por el Letrado D. Juan José Ortega García, contra la mercantil "Banco de **Santander**, SA", representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Isabel Domingo Boluda y asistida por el Letrado D. Sergio Sánchez Gimeno.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Francisco Javier Blanco Mateu, en nombre y representación de D. Conrado contra la mercantil "Banco de **Santander**, SA", basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Domingo Boluda, en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a su representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC , tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC . Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

**CUARTO.-** Practicada la prueba se decretó su unión a los autos por lo que formuladas las conclusiones por las partes, quedo el juicio concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora presentó demanda contra la mercantil "Banco de **Santander**, SA", para que se declare nulo o su caso anulable los contratos de suscripción de las ordenes de compra de "**Valores Santander**" de fecha 26 de septiembre de 2007 por importe de 180.000.- euros y 50.000.- euros, así como el canje



por acciones, por error en el consentimiento, por vulneración de normas imperativas o por dolo omisivo, y subsidiariamente por incumplimiento contractual, con indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a la restitución del capital invertido inicial de 230.000.- euros, comisiones y los intereses correspondientes y costas, restituyendo las acciones obtenidas como consecuencia de la tenencia de los títulos. Dicha acción principal se fundamenta en la normativa de protección del inversión de la Ley de Mercado de **Valores** y en los artículos 1261 , 1265 y 1266 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del **producto** pese a su perfil minorista, que no informó adecuadamente de los riesgos del **producto**.

Por la parte demandada "Banco de **Santander**, SA", se alega la excepción de falta de legitimación de la entidad AUGE. En cuanto al fondo del asunto refiere que la calificación de minorista de la parte actora no le convierte en persona no apta para la adquisición del **producto financiero** de autos, que el inversor adquirió el **producto** conociendo sus características al tratarse de una inversión similar a otras que ya había efectuado con asunción de riesgos, que el perfil del actor no se ajusta a lo señalado en la demanda. Que la relación que une a las partes no es la de asesoramiento, al no estar firmado contrato alguno en ese sentido. Que se transmitió al comprador la información suficiente sobre el **producto** con anterioridad a la operación de compra.

En relación a la excepción de falta de legitimación activa de la asociación actora, debe entrarse al conocimiento de la misma por cuanto alegando la parte la falta de legitimación activa en relación a la acción ejercitada (Legitimación "ad causam"), tiene declarado en Tribunal Supremo que puede entrarse al conocimiento de la misma incluso en fase casacional. Dicha cuestión introducida por la parte demandada en relación al ejercicio de la acción de nulidad contractual por la entidad actora en nombre de su asociado D. Conrado , debe ser desestimada, por cuanto las asociaciones de consumidores válidamente constituidas, se encuentran legitimadas no solo para el ejercicio de acciones colectivas, sino también para ejercer las acciones en defensa de sus asociados, en virtud de las reglas previstas en los artículo 6 y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tal y como señala el Tribunal Supremo en Sentencia nº 623/14 de 18 de noviembre . Constando en la presente causa que D. Conrado adquirió el **producto** litigioso fuera de las actividades profesionales que le son propias, siendo miembro de la asociación (Doc. 12 y 13 de la demanda) y que la asociación actora esta inscrita en los registros correspondiente (Doc. 10 de la demanda).

**SEGUNDO.-** En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio, y sus características principales**, la emisión de "**Valores Santander**" por importe de 7.000.000.000 €, se hacía con garantía del propio "Banco **Santander**", en el marco de una OPA sobre "ABN Amro" formulada por un Consorcio formado por "Banco **Santander**", "Royal Bank of Scotland" y "Fortis", a cuyo fin, la Junta General de Accionistas de "Banco **Santander**" de 27 de julio de 2.007 había autorizado un aumento de capital, inicialmente de 4.000.000 €, para financiar parcialmente dicha OPA, condicionándose los efectos de la emisión al resultado de la OPA, de modo que si no se adquiría "ABN Amro" se amortizarían los títulos el 4 de octubre de 2.008, con reembolso de su **valor** nominal (5.000 € por título), y si se adquiría dicha entidad, los **valores** serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias "**Santander**" de nueva emisión, siendo el canje de los **Valores** y la conversión de las obligaciones simultáneos, de modo que el inversor recibiría acciones "**Santander**" cuando ocurriese el canje, previéndose canjes voluntarios el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011 y también en cualquier momento siempre que el Banco decidiese no pagar remuneración pudiendo pagarla, y el canje obligatorio el 4 de octubre de 2.012 y también en los supuestos de concurso, liquidación o situaciones similares del emisor; la remuneración pactada, pagadera por trimestres vencidos, era del 7,30% hasta el 4 de octubre de 2.008, y del euribor más el 2,75% desde entonces, condicionándose la remuneración a la existencia de beneficio distribuible; y para la conversión, la acción "**Santander**" se valoraría al 116% de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles; los **valores** quedaban subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluida deuda subordinada y participaciones preferentes, y cotizarían en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid.

El contrato que aquí nos ocupa se suscribió en el año 2007, es decir, con carácter previo a la transposición de la normativa MIDIF, sin embargo, la LMV , en su redacción anterior a la reforma de 2007, declara en su artículo 2 b) incluidos en su ámbito de aplicación "los contratos **financieros** a plazo, los contratos **financieros** de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean **valores** negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no".

Respecto al **contenido y exhaustividad de dicho deber de información**, puede citarse el contenido de la Sentencia de la Ap de Girona, Secc 2ª de 7 de enero de 2015 , que dispone: "Para determinar las obligaciones de la entidad financiera en relación con la información que debía suministrar a la cliente, conviene identificar el marco legal de aplicación al caso que nos ocupa y que dada la fecha de la documentación contractual, aun no fechada, parecería que se correspondía con la época de finales del 2007, cuando todavía no se había



promulgado la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302) que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de **Valores** de 28 de julio de 1988 (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos **financieros**, la Directiva 2006/73/CE (LCEur 2006, 1963) de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE (LCEur 2006, 1496) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Por lo tanto, el marco legal se encontraba en la propia Ley de Mercado de **Valores** y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), sobre normas de actuación en los mercados de **valores** y registros obligatorios, cuya finalidad era desarrollar varios preceptos de la misma, entre ellos, el artículo 78.

Ahora bien, ya había pasado el plazo para trasponer al Derecho español la Directiva 2004/39/CE, pues de acuerdo con el artículo 70, los Estados miembros tenían dos años para incorporarla al Derecho interno, lo cual no se hizo por el Estado español, hasta que por Ley 47/2007 se modificó la Ley de Mercado de **Valores**, con lo cual si dicha Directiva se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 30 de abril del 2004, el día 1 de mayo del 2006 ya era de aplicación directa, con lo cual en la fecha de formalización del contrato o de orden de suscripción, a finales del 2007, tal Directiva estaba en vigor.

No obstante, debe plantearse hasta que punto el efecto directo de una Directiva no transpuesta en el plazo establecido es de aplicación a las relaciones entre particulares, pues entre particulares y el Estado miembro el efecto directo es incuestionable.

En esta cuestión, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado hasta sentar una serie de premisas fundamentales. En primer lugar, en la noción amplia del concepto de Estado como sujeto obligado a hacer efectiva la Directiva y, consecuentemente, a proteger los derechos de los particulares que nazcan de dichas Directivas, se ha incluido a los jueces nacionales: en las situaciones en las que interviene el Estado a través de sus jueces, el mismo está obligado a alcanzar el resultado de la Directiva. Ante la falta de transposición, o en caso de transposición incorrecta por los poderes públicos competentes, se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de tomar las medidas necesarias para alcanzar en el litigio concreto el resultado querido por la Directiva. El juez, en nombre del Estado, hará respetar las obligaciones adquiridas por el Estado aplicando la Directiva. El juez nacional no puede dictar sentencias contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria.

Esta nueva vía para completar los efectos de las Directivas se basa en la obligación del juez, aplicable a toda situación en que esté en juego una norma comunitaria, de interpretar el Derecho nacional conforme a la norma comunitaria ( Sentencias de 20 de mayo de 1976, caso Mazzalai ; de 10 de abril de 1984, caso Von Colson y Kamann ; de 20 de septiembre de 1988 (TJCE 1989, 26), caso GreboedersBeentjes ).

La obligación de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria cobra especial transcendencia cuando tal norma comunitaria es el precepto, preciso e incondicionado, de una Directiva no transpuesta en plazo, o transpuesta incompleta o defectuosamente. Dado que los jueces nacionales, como autoridades del Estado miembro, tienen la obligación de contribuir a lograr el resultado de la Directiva, deben interpretar tanto el Derecho nacional anterior a la Directiva como el posterior, introducido o no, para transponer la Directiva, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva.

En este sentido es especialmente importante la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 78) (caso Marleasing). Dicha sentencia fue dictada para resolver la cuestión prejudicial planteada por un juez español en el curso de un litigio planteado entre dos sociedades mercantiles privadas, por lo que se trataba de la aplicabilidad de una norma de una Directiva comunitaria no transpuesta a una relación horizontal.

El TJUE, si bien en el apartado 6º de la sentencia recordaba la afirmación contenida en la sentencia de 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47) (caso Marshall) de que «..una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona», sin embargo en el apartado 8º transcribe la declaración hecha en la sentencia de 10 de abril de 1984 (caso Von Colson y Kamann) en los siguientes términos:

« La obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al art. 5TCEE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales».



Tras esto, la sentencia afirma que «..de ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esta forma, atenerse al párrafo tercero del art. 189TCEE » .

Basándose en dicho razonamiento, y teniendo en cuenta que la cuestión prejudicial planteada versaba sobre la prohibición contenida en el art. 11 de la Directiva 68/151/CEE (LCEur 1968, 14) , del Consejo , relativa a la coordinación de las legislaciones nacionales en ciertas materias de Derecho de sociedades, de declarar la nulidad del contrato creador de una sociedad anónima por causas distintas a las enumeradas taxativamente en dicho precepto, el TJCE falló que «..el juez nacional.. está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una Sociedad Anónima por una causa distinta de las enumeradas en su art. 11 (de la Directiva citada)».

En consecuencia, el TJUE impone al juez nacional, como poder del Estado obligado a alcanzar el resultado buscado por la Directiva no transpuesta, que interprete su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para obtener el efecto útil buscado por dicha Directiva.

La diferencia, pues, entre la eficacia de las normas claras e incondicionadas de una Directiva no transpuesta en una relación vertical y en una relación horizontal cada vez se han hecho más tenues.

Por otra parte, no es preciso que se haga una invocación expresa de la norma comunitaria, en este caso la Directiva, por alguna de las partes del litigio que se sigue ante la jurisdicción nacional. El TJUE se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicación por el juez nacional de una Directiva comunitaria aun cuando la misma no haya sido invocada por el justiciable. En la sentencia de 11 de julio de 1991 (TJCE 1991, 235) (caso Verholen) el TJUE falló que «..el Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho nacional a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el órgano jurisdiccional los derechos que le confiere la Directiva».

Dicho lo anterior y entrando en el análisis del derecho vigente en el momento de suscripción de los **Valores**, nos encontramos que el artículo 2 del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo (RCL 1993 , 1560) sobre Normas de actuación en los Mercados de **Valores** y Registros Obligatorios establecía que "Todas las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto deberán cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados".

Ambas legislaciones pivotan sobre dos principio fundamentales, el primero la lealtad con la que debe actuar el banco con su cliente, encaminado a ofrecerle **productos financieros** o de inversión que se adecuen a sus necesidades y para ello deben obtener la información adecuada de su actividad, lo que se denomina test de conveniencia; y el segundo relativo a la debida información del **producto** que se adecue a tales necesidades. Pues bien, si ello es así, es claro que el Real Decreto citado puede ser aplicado e interpretado de acuerdo con la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848) más precisa en la regulación de dichos dos principios, pues en definitiva, ambas obligaciones ya las instauraba dicho Real Decreto.

A la vista del contenido del contrato u orden de suscripción firmada, cuya nulidad se pretende, estaría sometido a la regulación de dicha legislación especial, la cual, como hemos dicho, modula los principios generales de la contratación civil sobre la prestación del consentimiento en la suscripción de los contratos sometidos a la misma, debiendo entenderse a la vista del contenido de toda la referida legislación, que se trata de normas imperativas y, que relacionándolo con el presente caso, las sociedades de inversión deben cumplir las obligaciones que en dicha legislación se establecen antes de contratar con sus clientes un **producto financiero**, de tal forma que quienes presten servicios de inversión deberán respetar las normas de conducta contenidas en la misma y su incumplimiento no sólo generará la sanción administrativa correspondiente, sino que provocará la existencia de vicios en el consentimiento, como veremos y mantiene la última jurisprudencia del T.S.

Y en la precisión de tales normas de conducta, la Directiva Europea parte de la distinción de los distintos clientes entre profesionales y minoristas. A la vista de lo que dispone tal regulación sobre los requisitos para que un cliente de la sociedad de inversión pueda considerarse como profesional, no puede llegarse a otra conclusión de que la demandante no era un cliente profesional, pues no concurre ninguno de los supuestos para catalogarla como tal, ni existen elementos para presumir la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos."



En cuanto a **la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros** debe pesar sobre el profesional **financiero**, (ver sentencia AP, Valencia sección 6ª del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012 ) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes ( Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 ), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia sección 9 del 16 de Mayo del 2013 ( ROJ: SAP V 2821/2013 ) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria ( Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011 ) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

**TERCERO.**- En relación a la acción principal, debemos distinguir entre nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad en relación a vicio del consentimiento por error, dicha valoración no puede ser acogida, no se alega precepto legal con carácter imperativo infringido, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así el demandante sostiene un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada con carácter principal, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC , es lugar común exigir la concurrencia de los siguientes requisitos.

En primer lugar se sostiene que el error ha de ser esencial. Requisito éste que viene exigido por el propio art. 1266 CC al disponer que, para que el error invalide el consentimiento, "deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que, para decretar la nulidad del contrato, el error padecido en la formación de la voluntad sea esencial. V. así, la STS 18-4-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 1978\336), según la que "para que el error del consentimiento invalide el contrato (...) es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración".

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994 ), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, "el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c . Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982 ), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978 ). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto ( S.T.S. 4 de enero de 1982 ) y siendo preciso por último



para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye".

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a "que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado", tal y como puede leerse en la STS 6-2-1998 [ponente: Pedro González Poveda]. Idea que se sigue por nuestras Audiencias tal y como muestra a modo de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 20ª) 20-9-2011 [Roj: SAP M 12122/2011 ]; SAP Barcelona (secc. 13ª) 14-2-2012 [Roj: SAP B 1219/2012]; o la SAP Oviedo (secc. 7ª) 12-3-2012 [Roj: SAP O 689/2012].

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que "no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento"; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994 ), indicando que "es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar"; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que "el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación"; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004 ), reconociendo que "no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento".

**CUARTO.-** A la vista de la prueba practicada debe concluirse que la información que se aportó al actor en relación a la suscripción del **producto** litigioso es claramente insuficiente, debe tenerse en cuenta, que la contratación se realiza sin que conste que por los empleados de la entidad bancaria le ofrezca información precontractual alguna del **producto**, ni consta que le indique las características del mismo,

De esa forma existe un vacío probatorio sobre la forma en que se comercializó el **producto**, ya que si bien consta firmado el documento de la orden de compra (Doc. 1 de la demanda y 2 de la contestación de la demanda), siendo un documento estereotipado que únicamente incluye varias referencias a las características del **producto**, omitiendo referencia a los riesgos concretos del **producto**, y si bien es cierto que el único folio del mismo ya se indica la existencia de diversos riesgos en el apartado de observaciones, tal indicación que tiene un carácter genérico, no basta para justificar una adecuada actuación por la entidad, ya que por esencia todo **producto financiero** acarrea un riesgo, y debe ser la entidad demandada la que concrete en los términos expresados en la normativa del mercado de **valores**, es decir de forma comprensible, clara, correcta, precisa y suficiente, cuales son esos riesgos, y cual es el escenario en el que pueden producirse; debiendo indicar que el contenido del contrato dista mucho de tener ese carácter comprensible y claro, teniendo un contenido de dificultosa lectura para el cliente medio, a este respecto en caso semejante se ha pronunciado la AP de Valencia en Sentencia de 13 de julio de 2015 , afirmando: " La única "documentación" informativa que se ha acreditado fuera entregada a la parte actora en relación con la compra de **Valores Santander**, viene constituida por el propio contrato de suscripción en los términos que revelan el documento nº 1 de la demanda (f. 22), en el que tan solo viene reflejado el número de cuenta, los nombres completos y NIF de ambos contratantes y el importe solicitado. De forma predeterminada y con carácter genérico, la entidad demandada incluye en dicha orden de suscripción la siguiente mención: <<Observaciones: el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de **Valores** registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y Folleto Completo (Nota de **Valores** y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Así mismo manifiesta que conoce y entiende las características de los **Valores Santander** que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado">>.

Resulta tal mención una fórmula estereotipada, que en modo alguno justifica la prestación de la información a los consumidores y que tampoco refleja que se les haya dado con anterioridad cualquier otra documentación informativa, sin que a tales efectos pueda ser tenido en cuenta el Tríptico Informativo (f. 173) que la entidad bancaria acompañó a su contestación a demanda como prueba documental, no solo por hecho de que ese documento no aparezca suscrito por ninguno de los demandantes, sino además, y en especial, porque en prueba testifical el empleado de la entidad Banco de **Santander**, Sr. Sixto , reconoció que dicho tríptico se entregaba en el mismo momento en el que se firmaba el contrato, pese a que ese documento era el que contenía la información del **producto**. Añadió el testigo que el resto de las menciones del contrato fueron completadas por la propia



entidad bancaria en un momento posterior a la contratación, ya en el momento en el que la orden de suscripción iba a ser enviada a la central de la entidad bancaria.

Por tanto, las menciones que se hacen constar en el apartado "Observaciones" que ha sido transcrito no resultan acordes con la realidad, ya que los Sres. Jose Francisco y Regina, antes de la firma de la orden no recibieron, ni por tanto pudieron leer, el tríptico informativo.

Y en relación con el resto de las manifestaciones que se contienen en dicho apartado de "observaciones", cabe traer de nuevo a colación la STS de 12 de enero de 2015, en la que se indica: "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".

En todo caso, la información a los clientes ha de ser ofrecida en el marco de la negociación, y por tanto con anterioridad a la contratación, de manera que esa información sobre el **producto** - clara, correcta, precisa y suficiente, en palabras del TS-, sea entregada a tiempo de evitar su incorrecta interpretación. "

De igual modo, dada la operativa de la entidad, en la que el **producto** fue puesto a la comercialización antes de la aprobación del folleto de emisión, debe examinarse el contenido de la Manifestación de interés **Valores Santander**, que figura como documento nº 1 de la demanda y nº 3 de la contestación a la demanda, firmado por el actor, con anterioridad la compra del **producto**, respecto a esta manifestación, la Sentencia antes referida, continua diciendo: " Esta falta del cumplimiento de la obligación de información previa por parte de la entidad Banco de **Santander** SA no resulta contradicha por el documento obrante al folio 147 del tomo 2 de los autos, en el que bajo el título "Manifestación de Interés **Valores** Convertibles. Documento a firmar por los clientes interesados", que efectivamente tiene la firma Don. Jose Francisco, se hace constar por la entidad bancaria lo siguiente: "Manifiesto mi interés en conocer, tan pronto esté aprobado el correspondiente folleto por la CNMV, las características detalladas de los **valores** subordinados convertibles en acciones de Banco **Santander** cuya emisión fue autorizada por su Junta General Extraordinaria el pasado 27 de julio. Este documento no es una Orden de Suscripción, sin perjuicio de que, una vez conocidas las características de los **valores**, pueda eventualmente decidir suscribirlos, por una cantidad que estimo en 360.000 €". En contra de lo razonado por la Juzgadora de la instancia, la Sala considera que el contenido de dicho documento no permite concluir el conocimiento del **producto** por parte de Don. Jose Francisco y Regina, pues en el mismo sólo se hace referencia a la voluntad de "conocer" el **producto** una vez esté aprobado el folleto de los **Valores**, no que se conozca el **producto**, sin que el hecho de que aparezca la denominación del mismo -**valores** subordinados convertibles en acciones- permita presumir que el suscriptor supiese las características y riesgos del **producto** así denominado, pues al muy al contrario, lo que se indica en dicho documento es que Doña. Regina mostraba su interés en conocer, precisamente, las características de los **valores**. "

Siendo esta la única prueba sobre la forma de comercializar el **producto** que consta en autos, por cuanto la declaración testifical de los empleados de la entidad D<sup>a</sup> María Consuelo y D. Abel, no permite establecer la forma en como se produjo la comercialización y cual fue la información sobre el mismo que se ofreció al cliente, y en especial cual fue la información sobre riesgos que se ofreció, por cuanto su testimonio, no aparece corroborado por el contenido documental que hiciera referencia a dicha transmisión de información

De igual forma en cuanto a la información postcontractual que se remite al actor sobre el **producto** y la percepción de intereses durante la vigencia del contrato, deben compartirse los argumentos de la referida Sentencia, al señalar: " Pues bien, teniendo en cuenta la normativa que ha sido citada así como la doctrina que en relación con el error en el consentimiento ha sido expuesta, y dado el resultado probatorio de autos, no cabe más que concluir la falta de prueba respecto de la información facilitada Don. Jose Francisco y Regina con anterioridad a la adquisición de los **Valores Santander**, que fueron obligatoriamente canjeados por nuevas acciones del Banco **Santander** en fecha 4 de octubre de 2012 y cuyos dividendos también han sido traducidos en acciones de dicha entidad bancaria.

Tal circunstancia de incumplimiento de la obligación de previa información del **producto** no queda alterada por el hecho de que la entidad bancaria remitiese a los demandantes una serie de comunicaciones propias de la titularidad del **producto** (f. 184 y siguientes T.I en relación con f. 192 y siguientes T.II), como lo tampoco lo altera el hecho de que la parte demandante haya venido recibiendo los rendimientos propios de la inversión, pues la sanación del acto anulable, a la que parece referirse la entidad bancaria por razón de tales datos, como dijimos en Sentencia de 25 de junio de 2014 (Pte. Sr. Caruana), "<<... exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (



artículo 1311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita (en esta última vía conforme a la sentencia Tribunal Supremo 21/7/1997, " cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado ")>> .

Ninguno de tales supuestos concurre en este caso, primero por que no existe tal declaración expresa de confirmación o sanación por parte de la parte demandante, y, segundo, porque "en cualquier caso dentro de las expectativas del cliente estaba la consustancial a la recepción de rendimientos, por lo que el hecho de haber recibido las descritas no es óbice a la conclusión de la existencia del error" ( Sentencia 26/06/14 ; Pte. Sra. Martorell), lo que igualmente justifica la recepción sin queja de los documentos bancarios informativos correspondientes a los extractos de la inversión. "

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia y así entenderse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el **producto financiero** objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

**QUINTO.-** Respecto a las circunstancias del actor en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto no tenía conocimiento de las características del **producto**, y la posibilidad de pérdida por evolución del **valor** subyacente.

El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, a este respecto resulta relevante que el cliente no ha cursado estudios superiores relativos al mercado bancario, ni ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera. No ha probado la parte demandada que tuviera dichos conocimientos **financieros** indicados, ni que hubieran contratado con anterioridad **producto** de análoga naturaleza. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento correcto externo en el momento de la celebración del contrato.

A este respecto cabe incidir en lo antes manifestado respecto a la contratación de **productos** de fondo de inversión y otros **productos financieros** de inversión, suponga que conocieran los riesgos de la operación, ya que tal y como se ha hecho referencia, las características de dichos **productos**, no son las mismas que las de "**Valores Santander**", así como su funcionamiento y riesgo. Ni el hecho de que el actor asumiera el riesgo que dicha titularidad suponga, implica que debe aceptar un riesgo no informado de un **producto financiero**.

Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad del contrato **financiero** de **Valores Santander**, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, y ello por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales del demandante; 2) las características de la operación financiera realizada, incompatibles con la voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del **producto** que suscribía, en particular ante la situación económica que atravesaba la entidad bancaria.

**SEXTO.-** En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC , que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que: " *En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes, y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente"*.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 230.000.- euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo deberá entregar la parte actora la totalidad de los importes abonados como intereses a determinar





en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, caso de que se hayan producido, así como las acciones adquiridas en la conversión y cualesquiera otra que procedan de su titularidad por ampliación de capital u otro cualquier supuesto.

**SEPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la entidad AUGE, representando a D. Conrado , representados por el Procurador D. Francisco Javier Blanco Mateu, contra la mercantil "Banco de **Santander**, SA", representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Isabel Domingo Boluda, debo declarar la nulidad de los contratos de adquisición de **Valores Santander** de 26 de septiembre de 2007, celebrados entre el demandante y demandada por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento, ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 230.000.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por el actor como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, caso de que se hayan producido, así como las acciones convertidas al vencimiento y cualesquiera otra que procedan de su titularidad por ampliación de capital u otro cualquier supuesto; y con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe interponer recurso de **APELACIÓN** a resolver por la Audiencia Provincial de Valencia, el cual se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de **20 DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. Así mismo para la admisión de la apelación será precisa consignación de un depósito de 50 € en la cuenta del Juzgado ( Disp. Adic. 15<sup>a</sup>.4 L.O. 1/2009).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, firmada y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe el día de su fecha. Doy fe.