



Roj: **SJPII 69/2017 - ECLI:ES:JPII:2017:69**

Id Cendoj: **22112410022017100002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción**

Sede: **Fraga**

Sección: **2**

Fecha: **10/05/2017**

Nº de Recurso: **212/2016**

Nº de Resolución: **37/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA GALINDO CLARIMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2

FRAGA

SENTENCIA: 00037/2017

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE FRAGA.

PROCEDIMIENTO DE JUICIO ORDINARIO 212/2016

SENTENCIA Nº 37/2017

En la ciudad de Fraga, a 10 de mayo de 2.017.

Vistos por Don José María Galindo Clarimón, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Fraga, los autos del juicio ordinario nº 212/2016, instados por la procuradora Doña María Ángeles Casanarra, en nombre y representación de Doña Pilar , asistida por su letrada Doña Nuria García; contra la parte demandada la entidad Banco de Santander S.A., representada por la procuradora Doña Carmen Casas y asistida de su letrado Don Jorge Peris; se dictó la presente conforme a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 4 de octubre de de 2.016 se interpuso demanda de juicio ordinario presentada por la procuradora Doña María Ángeles Casanarra, en nombre y representación de Doña Pilar , contra Banco de Santander S.A., en la que se solicitaba que se dictase Sentencia que declarase:

"1.- La anulabilidad por error en el consentimiento y por dolo así como por vulneración de normas imperativas del contrato de suscripción de valores Santander firmado en fecha 1 de octubre de 2.007 (y a su vez como consecuencia de dicha nulidad declare la nulidad de la conversión obligatoria de los valores por acciones de Banco Santander); y de conformidad con el artículo 1.303 declare la obligación de las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones del siguiente modo: Banco Santander deberá restituir el capital invertido en la adquisición (40.000 euros) más los intereses legales correspondientes desde el 1 de octubre de 2.007; por otra parte mi representada deberá restituir las acciones en que obligatoriamente se convirtieron los valores en fecha 4 de octubre de 2.007, así como las obtenidas con posterioridad y los rendimientos percibidos desde la fecha de contratación bien en concepto de intereses de los valores o bien en concepto de dividendos de las acciones en que aquellos se convirtieron; con imposición de costas a la actora.

2.- Subsidiariamente, en caso de desestime la anterior petición, se estime la acción de indemnización por daños y perjuicios producidos como consecuencia de la falta de información y del incumplimiento de los deberes en su calidad de asesora financiera. Estableciendo como indemnización el importe de veintiún mil ochocientos ochenta y nueve euros, con setenta y siete céntimos de euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de la conversión obligatoria 4 de octubre de 2.012 hasta la entrega de la indemnización; con imposición de costas a la actora."



SEGUNDO. - Una vez admitida la demanda mediante Decreto de 25 de octubre de 2.016, se dio traslado, con sus documentos y copias a la parte demandada, que contestó mediante escrito que tuvo entrada en este Juzgado el 1 de diciembre de 2.016, citando a ambas partes a la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar el 16 de enero de 2.017.

TERCERO. - A la misma comparecieron las partes con su respectiva representación legal. No habiendo llegado las partes a un acuerdo, ni existiendo cuestiones procesales, se fijaron los hechos controvertidos y se propuso la prueba, admitiéndose la pertinente para la resolución del caso: Por la parte actora, documental y testifical de Don Maximo ; por la parte demandada, documental y testifical de Don Jose Luis . Todas las pruebas fueron admitidas, y finalmente se fijó la fecha de juicio: 3 de mayo de 2.017.

CUARTO. - En el acto del juicio, la parte actora renunció a la testifical de Don Maximo , se practicó el resto de prueba, y tras la fase de conclusiones, quedaron los autos vistos para Sentencia, habiéndose observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La primera cuestión controvertida en el presente caso es la referente a la caducidad de la acción, planteada por la parte demandada, que señala que el contrato se firmó por las partes el 1 de octubre de 2.007, y que además la actora recibió una serie de cartas del banco Santander, comprensivas de distintos extremos de la operación realizada (documentos 19, 30, 34, 35 y 36 de la contestación); con lo que, de conformidad con el artículo 1.301 del Código Civil , la acción de nulidad por error en el consentimiento, que queda fijada en 4 años desde la consumación del contrato, habría caducado.

Sin duda, el momento de la consumación del contrato en los contratos bancarios que ofertaron productos complejos no era una cuestión pacífica entre las distintas Audiencias Provinciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ya en su Sentencia 569/2003, de 11 de junio , establecía lo siguiente: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (Sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta 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».

Pero la cuestión sobre qué debe entenderse por "consumación" en este tipo de contratos ha quedado definitivamente zanjada con una claridad meridiana en la reciente Sentencia del Pleno de 12 de enero de 2.015, rec. 2290/2012 : "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 eficacia 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.

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « *contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente* », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento."

Por ello, 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."

Aplicando lo expuesto al caso de autos ha de concluirse que el contrato no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores (fechado el 1 de octubre de 2.007, doc. 2 de la demanda), pues tales inversiones tienen efectos en el futuro al venir obligada la entidad demandada a cumplir con su obligación de abono de los rendimientos convenidos y finalmente la entrega de las acciones por el precio fijado. El 4 de octubre de 2.012 era la fecha prevista para la conversión de forma obligatoria de los valores (así consta en el documento 3 de la demanda, página 60 de los autos), y es un hecho pacífico entre las partes que la actora no canjeó de forma voluntaria los valores con anterioridad; con lo que a partir de esa fecha comenzaron a practicarse las sucesivas liquidaciones de las acciones, alegando la actora que sólo con estos devengos sucesivos pudo darse cuenta del error cometido en la prestación del consentimiento. Es un hecho pacífico entre las partes que las diligencias preliminares referentes a la preparación documental del presente procedimiento se presentaron por la actora en el Decanato de los Juzgados de Fraga en febrero de 2.016, concluyendo mediante Auto de 8 de junio de 2.016, con lo que se debe apreciar que la acción interpuesta no se encuentra caducada.

SEGUNDO.- Respecto de la naturaleza del producto contratado, se debe apreciar que el criterio mayoritario entre las distintas Audiencias Provinciales (entre ellas la de Huesca, Sentencia de 27 de enero de 2.015) es estimar que los denominados Valores Santander son un producto de complejidad moderada, económicamente similar en todo caso a la compra de acciones, de modo que los adquirentes estaban asumiendo un riesgo de fluctuación, en este sentido del Mercado Continuo (la dependencia del valor del mercado de las acciones del Banco de Santander y el de la fecha de conversión de los valores en acciones), que se veía atenuado por los pingües intereses que recibía a cambio (S.A.P. Jaén, 17 de Enero de 2014 ; S.A.P. Cáceres, 12 de Febrero de 2014 ; S.A.P. Jaén, Sentencia de 17 de Enero de 2014 ; S.A.P. Palma de Mallorca(Sección 5ª), 11 de febrero de 2014; S.A.P. Zaragoza (Sección 5ª), 10 de julio de 2014 , S.A.P. Orense, 22 de Septiembre de 2014 y 7 de Enero de 2016 ; S.A.P. Madrid (Sección 18ª), Sentencia de 5 de diciembre de 2015, (Sección 25ª), 30 de diciembre de 2015 , entre otras).



Así, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, en sentencia 399/2016, de 25 de octubre, establecía que el producto se comercializó y ofreció a los clientes "por la necesidad del emisor de los valores, nunca ocultada públicamente, de captar fondos para la adquisición por la demandada Banco de Santander S.A., por el Royal Bank of Scotland y por Fortis, de la totalidad de las acciones, en una operación de oferta pública de la entidad financiera holandesa ABN AMRO. Para ello se emitieron unos valores denominados "Valores Santander", registrándose las condiciones de la oferta en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, por un importe nominal de 7.000.000.000 euros, con 5.000 euros de valor nominal unitario.

La operativa de tal emisión diferenciaba dos situaciones; a saber:

- a) Si la OPA no prosperaba, el 27 de julio de 2008 los valores se amortizarían el 4 de octubre de 2008 con reembolso de su valor nominal y una remuneración del 7,30% TAE;
- b) Si sí prosperaba y finalmente ABN AMRO era adquirida, los valores se canjearían necesariamente por obligaciones convertibles en acciones de nueva emisión del Banco de Santander S.A., en diversos momentos para el canje voluntario y ciertas condiciones de canje obligatorio.

Operaba así la inversión en los valores como un título de deuda privada, con el devengo de un interés anual del 7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta el momento de su conversión en acciones del Banco. La conversión era obligatoria transcurrido el plazo de cinco años, al precio de conversión inicialmente fijado.

Consta publicado en la CNMV un tríptico informativo, en el que se mostraban dos escenarios diversos bajo la mención de "ejemplos teóricos de rentabilidad". En él se explicaba la determinación de una prima de conversión fija de las acciones en el momento del canje: "para la conversión, la acción Santander se valorará al 116 % de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento", con un precio que quedó establecido en 16,04 euros por acción, fijándose en consecuencia 311,76 acciones por cada Valor Santander (documento nº 4 de la demanda)".

Por tanto el riesgo de la inversión, tal y como concluye la meritada sentencia, dependía del valor de las acciones en el momento de la conversión, pues el valor de referencia no era el de la cotización en el momento del canje, sino el precio previamente determinado por referencia al momento de la emisión. De este modo, si en el instante del canje la cotización de la acción fuera superior a la predeterminada de 16,04 euros, los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento. Si por el contrario el valor de la acción fuera inferior al precio indicado, los inversores adquirirían las acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha. Sea cual fuera, en consecuencia, la evolución de la acción del Banco, el cliente siempre recibiría un número ya determinado de acciones.

Tanto la meritada sentencia como las resoluciones de otras Audiencias Provinciales han entendido pues que nos hallamos ante un producto medianamente complejo, como admite tácitamente la demandada al calificarlo internamente como "producto amarillo", en relación con "rojo" o "verde", graduación de máximo a mínimos en dicha complejidad según calificación aprobada por la CNMV.

Distintas secciones de la Audiencia Provincial de Madrid (12, 19, 18, 25 o 10) niegan que la complejidad de estos "Valores Santander" sea tanto como la existente en otros productos financieros, como las preferentes o los swap. Y ello porque en definitiva nos hallamos ante un producto que inicialmente es de renta fija con un elevado interés, pero que al prosperar la OPA, no se restituía el nominal con el interés fijado, sino que se transformaba en la adquisición de acciones con las consecuencias propias de la volatilidad inherente al propio concepto de acción, es decir, su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía (en este sentido se pronuncia también la S.A.P. de Salamanca, 27/02/2015).

En el presente caso, la parte actora ejercita con carácter principal una acción nulidad fundamentada en 3 motivos: Error en el consentimiento prestado por la actora, ocasionado por la falta de información suministrada por la parte demandada; por dolo omisivo, señalando que la demandada ocultó maliciosamente información sustancial sobre la naturaleza del producto; y por vulneración de normas imperativas de derecho (página 19 de la demanda), señalando que se incumplieron tres leyes: La Ley de Mercado de Valores 24/1988, en la redacción vigente hasta el 21 de diciembre de 2007; el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios; y la Ley de **Consumidores** y Usuarios 26/1984.

En relación a la primera de las acciones ejercitadas se debe recordar lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de Junio de 2010 cuando establece: "En cuanto al error contemplado en el artículo 1266 del Código Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante



jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual que exista por parte del contratante que la alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 1-7-1915 , 16-6-1943 , 5-3-1960 , 5-3-1962 , 30-9-1963 , 12-2-1965 , 12-2- 1979 , 7-7-1981 , 27-5-1982 , 12-6-1982), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la sentencia de este Alto Tribunal de 18 de abril de 1978 , citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable: A) 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. B) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar. C) Que no sea imputable a quien la padece. D) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos éstos a los que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 , añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando "que este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el artículo 7 del Código Civil ", pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último 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 ". El error se produce por tanto cuando la voluntad del contratante se ha formado anormalmente a partir de una creencia inexacta sobre el objeto esencial del contrato. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 2000 , "debe de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular " (SSTS de 14 y 18 febrero 1994 y de 11 mayo 1998).

En el supuesto que nos ocupa han de concretarse y analizarse las circunstancias que determinaron la prestación del consentimiento por el cliente y por ende si en su momento conoció y comprendió -o debió conocer y comprender con una mínima diligencia- el alcance y contenido de la operación decidiendo su aceptación, ello sobre la base de la construcción jurisprudencial referida al error invalidante que determina nulidad del contrato por falta de consentimiento (*artículos 1265 y 1266 C.C.*). Ha de analizarse especialmente ese imprescindible deber de información que permita que el contratante pueda tener un conocimiento razonable de lo que contrata, ese derecho a ser informado de forma veraz acerca del contrato, de manera que no induzca ni pueda inducir a error en sus destinatarios y que no silencie datos fundamentales de los objetos del mismo, es decir, con una información completa e individualizada, sobre el objeto y condiciones del contrato, que ha de relacionarse con la específica preparación y conocimientos de tal contratante, es decir, individualizándose en el caso particular la construcción doctrinal y legal general. Y todo ello teniéndose presente que el que el deber de información de la entidad bancaria conecta con el cumplimiento de la normativa sectorial existente sobre la materia. Así, las consecuencias del incumplimiento de tal normativa en las actuaciones precontractuales ha sido establecida por la S.T.S., Pleno, de 7 de julio de 2014 , que se reproduce en las de 8 de julio siguiente y 26 de febrero de 2015 , aplicable en su generalidad a todo tipo de productos con similar proceso precontractual, en cuya virtud: "1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata ..., como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia



el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo..." Por otra parte debemos tener en cuenta que cuando se suscribieron los Valores Santander, el 1 de octubre de 2.007 (documento 2 de la demanda, firmado por la entidad financiera demandada, por la parte actora y por Don Germán , ya fallecido) la regulación aplicable al sector era, fundamentalmente, la recogida en el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuaciones en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, y la Ley 24/1998, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, toda ella anterior a la transposición comúnmente conocida como Normativa MIFID, que no resulta, por ello, de aplicación al caso, como tampoco los son la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, ni el Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, normas éstas encargadas de la transposición en España de la normativa MIFID, que entraron en vigor con posterioridad a la suscripción de los Valores Santander por la parte demandante. Por lo tanto, Banco Santander no estaba legalmente obligada, en ese momento, a efectuar una valoración del perfil de sus clientes, ni a practicar un test de idoneidad. O lo que es lo mismo: Las obligaciones a que se refiere la parte actora en su demanda contenidas en los artículos 79 y 79.Bis de la Ley del Mercado de Valores , tras la reforma operada en la misma por R.D. 217/08, no son de aplicación a Banco Santander en lo referente a la operación de suscripción de estos Valores Santander. No obstante, el Real Decreto sobre normas de actuaciones en los mercados de valores y registros obligatorios (derogado por el R.D. 217/2008, de 15 de febrero de 2008), pretendía contribuir a la transparencia de los mercados y proteger a los inversores, estableciéndose en la Sección 5 la obligación de facilitar a los clientes la información disponible para la adopción de decisiones de inversión.

Pues bien, en el presente caso, debemos atender al resultado de la prueba practicada para determinar si se cumplen los presupuestos antes mencionados configuradores del error invalidante, una vez objetivado que estamos ante un producto de una moderada complejidad, económicamente similar en cualquier caso a la compra de acciones. En primer lugar, respecto del perfil inversor del cliente, no resulta ajustada a la realidad de los hechos, evidenciada una vez practicada la prueba, la descripción que de los Sres. Pilar y Germán se efectúa en la demanda (página 11), al presentarlos como una pareja que carecía por completo de experiencia en el mercado financiero, que nunca antes había contratado acciones o fondos de inversión, y que prácticamente, y atribuyéndolo a su avanzada edad, eran desconocedores del dinero que habían invertido en acciones y su evolución. No obstante, de la documentación aportada por la parte demandada en su escrito de contestación se desprende que el 8 y 28 de febrero de 2.005 (documento 11, páginas 313 y 314 de los autos) los Sres. Germán y Pilar habían contratado fondos de inversión con el entonces Banco Santander Central Hispano S.A. por un importe total de 26.000 euros. Por otra parte, en la información fiscal de ambos relativa al año 2.007 (documentos 9 y 10), ya constan desde el mes de febrero los rendimientos que estaban percibiendo por acciones suscritas con el Banco Santander. Previamente, en la hoja "histórica dinámica de renta" del Sr. Germán (documento 7 de la demanda), consta que en años anteriores a la adquisición de los valores tenía acciones de Antena Tres Televisión, Banco Santander y Telefónica, llegando a vender éstas últimas acciones por un total de 22.265'62 euros. Por lo tanto, y si bien tanto el Sr. Germán , como la Sra. Pilar carecían de estudios superiores, tenían una proveya edad en el momento de adquirir los valores, y su dedicación laboral se centraba en la agricultura (en el caso del Sr. Germán), y en el cuidado doméstico (en el caso de la Sra. Pilar), no es cierto que carecieran de experiencia inversora en los mercados secundarios, ni que desconocieran haber invertido en acciones y en fondos de inversión, ni tampoco que no se hubieran beneficiado en cierta medida y en determinados momentos de dichas inversiones y sus transacciones posteriores. Por otra parte, no existe controversia entre las partes en que los clientes tenían la condición de minoristas, si bien la emisión de los Valores Santander era apta, según la propia C.N.M.V., organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores nacionales, para ser distribuida precisamente entre dichos clientes (documento 12 de la contestación a la demanda).

En segundo lugar, la parte actora señala que no recibió ningún tipo de información, que "debido a su edad el matrimonio no quería realizar una inversión arriesgada ya que no lo habían hecho con anterioridad y no lo querían hacer en ese momento ya que se trataba de todos los ahorros de su vida" (sic, página 3 de la demanda), que confiaron en su nieto, Don Maximo , que entonces era agente colaborador del Banco Santander para la zona de Zaidín, y que éste "les convenció para que invirtieran 40.000 euros, puesto que el producto era seguro -no había pérdida de capital- y podían obtener un poco de rentabilidad." La actora alega además que "únicamente retuvieron la idea que el empleado de la oficina les ofreció y esta fue que era un fondo para obtener unos rendimientos asegurados" (página 5 de la demanda). Respecto del Tríptico informativo la actora niega que les fuera entregado o mostrado, al no constar firmado, y que no se les informó de los riesgos de la inversión. Tales afirmaciones contrastan y quedan desvirtuadas con la prueba practicada en el acto del juicio: En primer lugar, resulta destacable la "manifestación de interés" por los Valores Santander firmada por el Sr. Germán y la Sra. Pilar (documento 3 de la contestación a la demanda), documento no impugnado y que surte plenos efectos probatorios, que denota que hubo más de una sola reunión informativa referente a dicho producto. Como indicó Don Jose Luis , Jefe de los Agentes Colaboradores de la entidad en la zona de



Fraga, entre cuyos subordinados se encontraba Don Maximo (agente colaborador del banco para el municipio de Zaidín), si bien no recordaba haber informado ni comercializado personalmente este producto con los Sres. Germán - Pilar , señaló cuál era la práctica habitual en la contratación de los Valores Santander: Se comprobaba previamente el perfil del cliente a través del historial de productos que había contratado previamente (acciones, fondos de inversiones, etc.); se les explicaba el producto a los clientes potenciales seleccionados y se les aportaba el Tríptico aprobado por la C.N.M.V. (documento 3 de la demanda), él mismo o alguno de los agentes colaboradores del banco para determinadas zonas; y finalmente se firmaba la orden de compra si los clientes accedían a la contratación de los valores. La parte actora niega que se les hubiera entregado el Tríptico informativo, y a pesar de haber renunciado a la prueba testifical de Don Maximo , persona que ciertamente hubiera podido aclarar este punto, el documento 2 de la demanda, fechado el 1 de octubre de 2.007 y firmado por todas las partes, el cual tampoco ha sido impugnado, resulta taxativo al respecto y desmiente la afirmación del actor: "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 C.N.M.V. en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición." En el indicado Tríptico (documento 3 de la demanda) ya se establecían pormenorizadamente las características esenciales del producto: Que la emisión de Valores Santander se realizaba en el marco de la OPA sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN AMRO y que para financiar parcialmente dicha OPA la Junta General de Accionistas del Santander autorizó un aumento de capital, y que si se adquiría ABN AMRO los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones, necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión; que no había reembolso del nominal en efectivo si se adquiría ABN AMRO; señalándose como fechas de canje voluntario el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y obligatorio el 4 de octubre de 2012; que, para la conversión, la acción del Santander se iba a valorar al 116% de su cotización cuando se emitieran las acciones convertibles; que desde la adquisición ABN AMRO la remuneración no estaba asegurada, pudiendo el Banco Santander decidir no pagar y abrir un período de canje voluntario; así como que no habría remuneración en ningún caso si no existiese beneficio distribuible. Incluso en dicho Tríptico se incluían dos escenarios teóricos de rentabilidad, uno positivo y el otro negativo. En definitiva, bastaba la lectura del Tríptico para apreciar que los Valores Santander no eran un "depósito de rentabilidad asegurada". A mayor abundamiento, el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor), estaba a disposición de cualquiera cliente potencial, incluso en las propias oficinas del banco, y desglosaba con mayor detalle las características de la OPA y la naturaleza y riesgos propios de los Valores emitidos, careciendo de relevancia para conocer las características del producto que uno de los anexos incluyera informes suplementarios en inglés.

Pero es que además, de la numerosa prueba documental aportada por la parte demandada, se desprende que el matrimonio fue informado no solo en el momento de la orden de suscripción, sino también después, mediante las cartas periódicas remitidas por la entidad financiera a cada uno de sus clientes (documentos 19, de octubre de 2.007; 34, de noviembre de 2.007; 30, de enero de 2.008; 31, de noviembre de 2.008; y 36 de la contestación, de septiembre de 2.009). Por otra parte, la actora recibía un extracto con información fiscal que incluía un detalle de los productos en cartera con su valoración (documentos 9 y 10 de la contestación). También sorprende que la actora omita por completo que desde la suscripción hasta el momento de la conversión de los Valores, la actora ha venido beneficiándose de los cupones (intereses) trimestrales, hasta alcanzar una suma de 9.598'65 euros (documentos 9, 10, 26 y 27 de la contestación) y que únicamente cuando ha comprobado que las acciones han ido perdiendo su valor inicial, por la fluctuación propia del Mercado de Valores, ha planteado la acción de nulidad.

De la prueba practicada no puede desprenderse la existencia de error en la formación del consentimiento de la actora, y menos aún de un error que fuera invencible, en la medida en que basta la mera lectura de la suscripción de valores con la atención de un comprador mínimamente diligente -cuanto más teniendo en cuenta el historial inversor del matrimonio- para llegar a la conclusión de que no era "un fondo para obtener unos rendimientos asegurados" (página 5 de la demanda), sino que era una inversión de cierto riesgo que implicaba necesariamente la conversión definitiva en acciones al cabo de los cinco años desde el transcurso del año inicial. En definitiva, nos encontramos ante un producto líquido, que podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado en dicho momento al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, de lo que se deja constancia en el propio Tríptico informativo. La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander, de manera que el riesgo surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado. Se trataba por lo tanto, como tiene declarada la propia jurisprudencia según se ha fundamentado anteriormente en esta resolución, de un producto económicamente similar a la compra de acciones, por lo que el adquirente estaba asumiendo un riesgo de



fluctuación atenuado por los intereses que recibía a cambio, siendo este riesgo el de la dependencia del valor del mercado de las acciones y el de la fecha de conversión de los valores en acciones. En consecuencia, debe desestimarse la acción de nulidad fundamentada en error atribuible a la falta de información suministrada.

Por otra parte, la parte actora alega nulidad del contrato por vicio en el consentimiento ocasionado por dolo omisivo. El dolo se define en el art. 1269 del Código Civil al establecer que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". En este caso, como ya ha quedado especificado con anterioridad, la parte actora no sufrió ningún déficit de información, puesto que en la orden de suscripción firmada por ella y por su marido (doc. 2 de la demanda) ya consta que había recibido y leído el Tríptico aprobado por la C.N.M.V. (doc. 3 de la demanda), que se encontraba a su disposición la Nota de Valores aprobada y registrada en la C.N.M.V. (doc. 3 de la demanda, páginas 62 y siguientes de los autos); y que además con posterioridad la entidad le informó de la evolución de los Valores Santander, y una vez convertidos en acciones, pudo tener acceso a la evolución de las mismas en el mercado. Por todo ello, la alegación de nulidad por dolo también debe ser rechazada.

En tercer lugar, la parte actora señala que el contrato es nulo por vulneración de normas imperativas de derecho (páginas 13 a 19 de la demanda), señalando que se vulneraron tres leyes: La Ley de Mercado de Valores 24/1988, en la redacción vigente hasta el 21 de diciembre de 2.007, estimando infringidos los artículos 79 y 79.Bis; el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, citando como infringido el artículo 5 del Anexo; y la Ley de **Consumidores** y Usuarios 26/1984, sin indicar no obstante el precepto supuestamente vulnerado.

En primer lugar, como ya se ha indicado con anterioridad, las obligaciones contenidas en los artículos 79 y 79.Bis fueron consecuencia de la transposición en España de la Directiva MIFID II (Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2.014) mediante la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores. En consecuencia dicho articulado no resulta aplicable al contrato firmado entre las partes el 1 de octubre de 2.007, debiendo recordarse que las Directivas europeas carecen del conocido como "efecto directo horizontal", al no ser invocables entre particulares.

Por otra parte, el artículo 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios establece: "1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser 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, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.



- c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
- d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía."

Pues bien, como ya ha quedado expuesto con anterioridad, la entidad demandada informó adecuadamente a la parte actora, la cual recibió una información correcta, clara, precisa, suficiente y con la debida antelación sobre la naturaleza del producto tanto en el momento precontractual, al haber recibido el Tríptico sobre la naturaleza del producto, sus condiciones esenciales y riesgos (no resultando necesaria la firma del Tríptico, puesto que venía a ser un folleto informativo detallado de la inversión a realizar), como en el momento de la firma del contrato, en el que se hizo constar que el cliente conocía y entendía las características de los Valores (página 58 de los autos, documento 2 de la demanda), y también durante la evolución de la inversión realizada, puesto que la entidad financiera le fue dando cuenta de los dividendos de su inversión, de la posibilidad de canje voluntario de los Valores y del momento de su transformación definitiva a acciones de la entidad el 4 de octubre de 2.012. La parte actora alega, por otro lado, en su demanda, que la entidad financiera incumplió la actividad de asesoramiento que había contraído, considerando incumplido el punto 7 del artículo 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo . No obstante, y a tenor de la prueba practicada, incluida la testifical de Don Jose Luis , se debe especificar que no se concertó entre las partes una prestación de servicio de asesoramiento o de gestión global de sus intereses, sino que lo que hubo fue una comercialización de un producto de inversión, utilizando los cauces informativos que la propia entidad había preparado de antemano, y que finalmente el matrimonio decidió, voluntariamente y con conocimiento de causa, asumir el riesgo de invertir en el producto ofrecido.

Finalmente la parte actora estima vulnerada la Ley de **Consumidores** y Usuarios 26/1984, sin citar, no obstante, el precepto que estima infringido. El núcleo de su argumentación, no obstante, incide en que la entidad actuó sin ofrecer la información suficiente a su cliente. Alegaciones que, como ha quedado demostrado tras la práctica de la prueba, no están sustentadas en la realidad de los hechos. La naturaleza del producto, sus condiciones esenciales, y su desenvolvimiento en el transcurso del tiempo fueron lo suficientemente explicados por parte de la entidad bancaria, y de hecho tanto las condiciones de la operación, como la forma de presentarla ante los posibles clientes minoristas, fueron supervisadas por la C.N.M.V., con lo que tampoco se estima vulnerada esta norma, no resultando de aplicación en este caso el artículo 6.3 del Código Civil .

Subsidiariamente, la parte actora ejercita una acción por daños y perjuicios. La indemnización de daños y perjuicios se regula en el artículo 1.101 del Código Civil al disponer que "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, o de cualquier modo contravinieren el tenor literal de aquella". En este caso, la parte actora incide de nuevo en que suscribió los Valores Santander sin conocimiento ni del producto, ni de sus riesgos inherentes. Pues bien, a tenor de todo lo expuesto con anterioridad, y fundamentado en la prueba practicada obrante en las actuaciones, debemos remarcar que la entidad financiera suministró información suficiente y adecuada a la parte actora, de acuerdo con su perfil de contratante y la naturaleza del producto, similar a la compra de acciones, que cumplió con la normativa vigente en España en ese momento (R.D. 629/1993, sobre Normas de Actuaciones en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios y la Ley 24/1998, de 28 de Julio, del Mercado de Valores), y que no se aprecia que la parte demandada hubiera incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones. Por todo ello, debe ser desestimada también esta acción.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "Las costas procesales deberán ser abonadas por la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho." En el presente caso, procede imponerlas a la parte actora, al haber visto rechazadas íntegramente sus pretensiones.

Vistos los citados preceptos legales y demás generales y de pertinente aplicación:

FALLO

QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda presentada por la procuradora Doña María Ángeles Casanarra Casas, en nombre y representación de Doña Pilar , contra Banco de Santander S.A., a la que se absuelve íntegramente de las pretensiones contra ella entabladas.

PROCEDE imponer el pago de las costas procesales a la parte actora.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca, que podrá interponerse en el plazo de 20 días desde su notificación en este Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



Así por esta mi resolución, la pronuncio, mando y firmo:

Don José María Galindo Clarimón, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 2 de Fraga y su Partido Judicial. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ