



Roj: **SJPII 64/2014 - ECLI:ES:JPII:2014:64**

Id Cendoj: **48027410032014100001**

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

Sede: **Durango**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2014**

Nº de Recurso: **402/2013**

Nº de Resolución: **141/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CRISTINA NAVARRO GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UPAD DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE
DURANGO
DURANGOKO LEHEN AUZIALDIKO ETA INSTRUKZIOKO 3
ZK.KO ZULUP

EZKURDI s/n -C.P./PK: 48200

TEL.: 94-6030053

FAX: 94-6030080

NIG PV / IZO EAE: 48.01.2-13/002348

NIG CGPJ / IZO BJKN :48.027.42.1-2013/0002348

Pro.ordinario / Proz.arrunta 402/2013 -I

SENTENCIA Nº141/2014

JUEZ QUE LA DICTA: Dª CRISTINA NAVARRO GIL

Lugar: DURANGO (BIZKAIA)

Fecha: nueve de octubre de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: Serafin y Sofía

Abogado: IKER FERNANDEZ PUJADAS

Procurador: ANA MARIA IDOCIN ROS

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A.

Abogado: DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA

Procurador: ELENA ASTIGARRAGA ALBISTEGUI

OBJETO DEL JUICIO: RECLAMACION CANTIDAD

Vistos por Dª CRISTINA NAVARRO GIL, JUEZ titular del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Durango y su Partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO Nº 402/13 seguidos ante este Juzgado entre partes; de una, como demandante, D. Serafin y Dª Sofía, representados por la Procuradora Sra. Idocin y asistidos del Letrado D. Iker Fernández Pujadas; y de otra, como demandada, "BANCO SANTANDER S.A", representada por la Procuradora Sra. Astigarraga y asistida del Letrado D. David Fernández de Retana; sobre NULIDAD DE PLENO DERECHO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-Con fecha 17 de septiembre de 2013, por el Procurador actor se presentó demanda de Juicio Ordinario, que por reparto correspondió a este Juzgado, contra "Banco Santander S.A", en la que, tras exponer en párrafos separados y numerados los hechos en que fundaba su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que entendió aplicables al caso, terminaba por pedir al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1.-Se declare:

- a) Se declare la nulidad de la inversión efectuada por la parte actora en el denominado producto Valores Santander y del consiguiente depósito de dicho valor y documentos contractuales suscritos a tales fines, con sus consecuencias y efectos restitutorios.
- b) Subsidiariamente, se declare su anulabilidad, igualmente con sus consecuencias y efectos restitutorios.
- c) Subsidiariamente, se declare la responsabilidad de la entidad financiera demandada en la pérdida económica sufrida por la parte actora a consecuencia de los Valores Santander.

2.-En consecuencia de todo ello, se condene a la demandada a:

- a) Que caso de determinada la nulidad o anulabilidad, sean reintegradas a la parte actora las cantidades entregadas a la entidad "Banco Santander S.A" en este caso de 110.000 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su entrega hasta la fecha de pago, sin perjuicio del descuento o reintegro por los actores a la demandada, en su caso, de las cantidades que hayan percibido por cualquier concepto, más los intereses correspondientes, cuya fijación exacta deberá realizarse en fase de ejecución de Sentencia.
- b) Subsidiariamente, caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad de los contratos y sí la responsabilidad de la misma en la pérdida patrimonial sufrida, interesamos se condene a "Banco Santander S.A" a resarcir los daños y perjuicios causados a la parte actora, debiendo indemnizar a la parte actora por los daños y perjuicios causados mediante abono de importe equivalente a las concretas aportaciones realizadas en su día, es decir, 110.000 euros más los intereses legales de dichas cantidades computados desde la fecha en que se efectuó cada concreta aportación, así como las comisiones y gastos, sin perjuicio del descuento o reintegro por la parte actora a la demandada, en su caso, de las cantidades que hayan percibido por cualquier concepto, cuya fijación exacta deberá realizarse en fase de ejecución de Sentencia.

3.-Se condena a la demandada al abono de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.-Por Decreto de fecha 15 de enero de 2014, se decretó la admisión a trámite de la demanda, emplazando a la demandada con las formalidades legales de rigor, a fin de que, en el plazo de veinte días, se personase en autos y contestase a la demanda representada por Procurador y asistida de Letrado, lo que verificó en tiempo y forma, oponiéndose a la misma solicitando su desestimación y que se condenara en costas a la parte demandante.

TERCERO.-Contestada en tiempo y forma la demanda se convocó a las partes a la Audiencia Previa prevista en los artículos 414 y ss. de la LEC, a cuyo acto asistieron actora y demandado representados por sus respectivos Procuradores y con asistencia de sus Letrados. Intentado sin efecto el acuerdo o transacción y no existiendo cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, procedieron las partes, con mediación del tribunal, a fijar los términos del debate, concretando los hechos controvertidos y aquellos otros en los que existía conformidad, acordando seguidamente el recibimiento a prueba al no existir acuerdo entre las partes para finalizar el litigio ni existir conformidad sobre los hechos; admitiéndose aquellas que se reputaron pertinentes y disponiendo seguidamente lo necesario para su práctica en el acto de Juicio, que quedó finalmente señalado para el día 3 de octubre de 2014.

CUARTO.-Llegado el día y hora señalado para la celebración del Juicio, al que asistieron ambas partes debidamente representadas por Procurador y asistidas de Letrado, se practicaron las pruebas en su día admitidas en forma legal con el resultado que obra en el soporte en que fue grabada la sesión; tras lo cual se dio la palabra a la parte actora, a la demandada a fin de que formularan de palabra sus conclusiones y verificado que ello fue, se acordó por S.Sª. dar por terminado el Juicio, quedando los autos vistos y conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.-En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Objeto de la controversia. A través de la demanda origen de las presentes actuaciones solicitan los actores la condena de la entidad bancaria demandada en los términos descritos en el Antecedente de Hecho Primero de esta resolución; pretensiones a las que se opone Banco Santander, S.A., en todos sus términos, asegurando haber cumplido en todo momento con el deber de información que la Ley exige, de manera tal



que los actores supieron perfectamente y en todo momento lo que contrataban, negando asimismo que la operación les haya efectivamente generado los perjuicios que dicen haber sufrido.

SEGUNDO.-Naturaleza y modalidad del producto contratado. La primera cuestión a resolver es la relativa a la naturaleza y modalidad de producto contratado. El documento nº 5 de la demanda establece que se suscriben " valores del Santander "Así, en el tríptico se recoge que la emisión de los valores se destinaba a financiar la Oferta pública de Adquisición, que la demandada había lanzado para adquirir todo el capital de la entidad ABN AMRO, efectuándose la emisión de un valor nominal de 5.000, de manera que si no prosperaba la adquisición de la citada entidad, el Banco devolvería el 4 de octubre de 2008 el principal recibido con unos intereses del 7,30 %.

En el caso de que prosperase la adquisición, como así efectivamente ocurrió, los valores se convertirían en obligaciones convertibles necesariamente en acciones ordinarias Santander de nueva emisión. Los valores tendrían las mismas características si aun adquiriéndose ABN AMRO por el Consorcio, Banco Santander no hubiese emitido las Obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA. Si antes del 27 de julio de 2.008, el Consorcio adquiría ABN AMRO mediante la OPA, Banco Santander estaba obligado a emitir las obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y en todo caso antes del 27 de julio de 2.008.

En caso de emitirse estas obligaciones los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles que, a su vez, eran necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander.

Cada vez que se producía un canje de valores, las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran en dicho canje los titulares de los valores canjeados serían

automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander

El canje de los valores por las obligaciones necesariamente convertibles podía ser voluntario u obligatorio; El primero, quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuable o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles a Banco Santander), o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicables la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario. El segundo, obligatorio, el 4 de octubre de 2.012, o bien, de producirse antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos; esto es, el 4 de octubre de 2.012 todos los valores que se encontraran en circulación en ese momento serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander (previo canje por las obligaciones necesariamente convertibles y conversión de éstas).

Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible en los supuestos de canje, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander: las obligaciones necesariamente convertibles por su valor nominal y las acciones de Banco Santander se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración o por su delegación la Comisión Ejecutiva del Banco Santander ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles.

Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración la sociedad emisora decidiría si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2.008 sería del 7,30% nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir del 4 de octubre de 2.008 el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería del Euribor más el 2,75%.

El rango de los valores una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles es el de valores subordinados por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la sociedad emisora, obligándose la sociedad emisora a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid. Esta descripción se contiene en la denominada nota de valores.

Y en cuanto al periodo de vigencia se diferencian varios momentos; ya que se podían obtener rendimientos durante un año en el caso de que no hubiera prosperado la adquisición de la entidad frente a la que se le lanzó la OPA; se podría haber obtenido una renta fija el primer año y variable durante los cuatro siguientes, en el supuesto contrario. Quedando prevista la posibilidad durante dicho período de proceder a la venta a precio de mercado o de optar por la conversión voluntaria en acciones. Finalmente, con un plazo límite, a los cinco años.



Y finalmente el momento en el que se procedería a la conversión obligatoria de las obligaciones en acciones, el 4 de octubre de 2012.

TERCERO.-Normativa legal. El art. 1.091 CC establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse según su tenor y quedando las partes obligadas no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, sin que en ningún caso el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una las partes contratantes (Art. 1258 y 1256 CC), contrato que existe desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (Art. 1254 CC).

El artículo 1.261 del Código Civil requiere como elementos esenciales de los contratos el consentimiento, el objeto y la causa.

El consentimiento es el primer elemento del contrato, suponiendo el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa del mismo, debiendo ser emitido o manifestado voluntariamente, por una persona capaz y debiendo haber una concordancia entre la creencia interna y lo que se manifiesta (arts. 1.261 , 1.262 y 1.263 del Código Civil).

El artículo 1.265 del Código Civil declara "nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", exigiendo el artículo siguiente 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. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

El Tribunal Supremo en antigua sentencia de 25-5-1963 ya señaló que "el error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, siempre que el error no sea imputable al que lo padece y sea sustancial", por lo que para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos:

A) Que sea sustancial, referido a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982 , 17 de octubre de 1.989).

B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997 , que, a su vez, citan otras muchas). Y la excusabilidad del error ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996).

En relación al dolo, el art. 1269 y 1270 CC , disponen 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" si bien para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, "deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Además de la normativa general de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y en particular la prevista en el artículo 1.288, sancionador de la llamada interpretación "contra stipulatorem" o "contra proferentem", la cual entra en juego cuando exista una cláusula oscura o lo sea todo el contrato, de manera que ante la falta de claridad protege al contratante que no causó la oscuridad (Sentencias de 22 de julio de 2.008 y 18 de febrero de 2.009 , entre otras), debe tenerse en cuenta la normativa protectora de **consumidores**, de manera que las dudas en la interpretación de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, se resolverán a favor del **consumidor**, como precisa el artículo 80.2 del Texto Refundido de la Ley de **Consumidores** y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Resulta obligado, considerar a la parte actora como **consumidor** a los fines del art. 3º de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios vigente en el momento de la contratación, por no estar destinado a una actividad empresarial o industrial, tratándose, en todo caso, de un contrato tipo, de adhesión, cuyas cláusulas vienen predeterminadas por la parte demandada sin posibilidad alguna de negociación unilateral por la parte contraparte.



Desde otro punto de vista, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige el conocimiento del tipo de contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que con él se contraen, lo que otorga una gran importancia a la fase de negociación previa. Siendo dicha afirmación predicable de cualquier tipo de contrato, lo es todavía más en el ámbito de la contratación bancaria, que en los últimos años ha merecido una especial atención por parte del legislador, tendente a la protección del cliente en general mediante la claridad y transparencia de las operaciones en dicho sector de la actividad económica.

Ha de recordarse que existe una vieja polémica doctrinal y jurisprudencial que se centra en identificar si es posible declarar la nulidad de un contrato por el mero incumplimiento de la normativa administrativa (la de carácter bancario o la propia del mercado de valores LMV). Estando en contra de esta tesis los que sostienen que la LMV es una norma de carácter administrativo y que existen sentencia del TS como la de 26 de abril de 1995, que apoyan dicha conclusión. Por el contrario, opuesta a la tesis anterior, existe, igualmente, jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se recoge que "lo supuestos de infracción de una norma administrativa, siendo ésta imperativa o prohibitiva... acarrea la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del CC (sentencia del TS de 7 de octubre de 2011).

Sin embargo, en la actualidad se admite de forma unánime que dicha divergencia es más aparente que real, ya que, en el caso de defender la segunda postura bastará con apoyarse en la contrariedad de la normativa sectorial para lograr la nulidad por omisión informativa. Por el contrario, en el primer supuesto, el incumplimiento de dichos requisitos son determinantes para valorar el posible vicio del consentimiento.

En relación a la normativa aplicable en el sector bancario en el momento de la contratación y en relación con el deber de información, hemos de partir de la consideración de que resulta aplicable al caso la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, normas que transpusieron en España la normativa MiFID, por lo que la demandada estaba obligada a efectuar una valoración del perfil de los demandantes en la forma señalada por la misma, así como otras obligaciones que señala.

La Normativa MiFID en España, entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, a partir de que La Ley del Mercado de Valores introduce en su articulado las novedades de la Directiva MiFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), estableciéndose, además en su Disposición Transitoria 1ª un plazo de seis meses para que las entidades financieras pudieran adaptarse a las obligaciones que preveía.

Así mismo, como ya se ha dicho más arriba, afirma la parte actora que, concurren un vicio del consentimiento, al no haber sido debidamente informada su cliente de las características del producto anteriormente descrito, sustentando dicha pretensión en lo dispuesto en los Art. 1.261 y siguientes CC, y sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, vigente en el momento de la contratación.

Resulta también aplicable el Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 24/1998 en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

QUINTO.-Nulidad. Anulabilidad del contrato. Vicio del consentimiento.

Daños y perjuicios. Sostiene la parte demandante que a pesar de que su propósito era la de mantener sus ahorros en un depósito a plazo fijo, la entidad bancaria obtuvo su consentimiento mediante engaño, ya que no fue debidamente informado de las condiciones y consecuencias de la operación que suscribió finalmente; por lo que interesa la declaración de nulidad del citado contrato, invocando sustancialmente lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil, de manera que, debido a esa falta de información su consentimiento estaba viciado para emitir su declaración de voluntad, con el apoyo en el error en el consentimiento (artículo 1.266 del mismo Cuerpo Legal).

Debe señalarse al respecto, aunque la actora pretende la declaración de nulidad del contrato, en sentido estricto, se refiere a la anulabilidad, al invocar la existencia de un vicio del consentimiento, error esencial, o por haber sido obtenido mediante engaño (dolo específico por omisión del artículo 1269 del Código Civil), alegando que el Banco le hizo creer que su inversión estaba totalmente garantizada, sin posibilidad de pérdida del capital invertido, ya que sus efectos jurídicos no son los mismos.

Si falta un elemento esencial del contrato de los previstos en el artículo 1.261 del Código Civil: consentimiento, objeto o causa, el contrato es nulo, y no produce efecto alguno, y si existiendo consentimiento éste se ha prestado por error que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo o concurre cualquier otro vicio, éste invalida el consentimiento siendo anulable el contrato, que hasta entonces era válido, requiriéndose un acto de parte para la obtención de la declaración de ineficacia cuyos efectos se producen desde ésta, si bien el artículo 1.265 del



Código Civil se limita a señalar que será nulo el consentimiento prestado, de ahí que por cierto sector doctrinal y jurisprudencial se hable de nulidad del contrato sin más. En todo caso, tal diferencia tiene su trascendencia en cuanto a la aplicación del artículo 1.301 del Código Civil puesto que dicho precepto fija un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fijándose el "dies a quo" para el cómputo de dicho plazo, en los supuestos de error, dolo o falsedad, en el momento de consumación del contrato.

Según el art. 1266 del Código Civil, para que el error invalide el consentimiento debe 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. La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad, que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo, o se hubiese realizado en otras condiciones. De este modo la apreciación de dicho error, calificado en el art. 1265 CC como vicio del consentimiento, y que conlleva los efectos de anulabilidad previstos en los arts. 1300 CC y siguientes, exige, según abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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 (SSTS 16-6-43, 12-2-65, 7-7-81, 3-2-86, 21-5-97, 11-12-06, y 12-11-10, entre otras muchas); debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato.

Para que el error 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; que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable a quien lo padece; y 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 STS 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, pero se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el art. 7 CC, pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, que debe valorarse en atención a las circunstancias de toda índole que concurren 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.

Centrándonos en la pretendida anulación del contrato por error en el consentimiento, la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012, efectúa una serie de consideraciones generales al respecto, precisando que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

Continúa indicando que "Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada

"-pacta sunt servanda"-imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad, dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo- sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas -y que es en consideración a ellas que



el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado-. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es

así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 ; 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo-exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

Igualmente, el Tribunal Supremo, en un supuesto de Permuta Financiera, en sentencia de fecha 29 de Octubre de 2.013 , ha reiterado la doctrina contenida en la citada Sentencia 683/2.012, de 21 de Noviembre .

A mayor abundamiento, la reciente Sentencia del Tribunal supremo de fecha 20 de Enero de 2014 , aplicable plenamente al caso presente, sensu contrario, nº de Resolución: 840/2013 señala: "12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la



entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos".

Relacionadas con la cuestión del posible error en el consentimiento, se encuentran las alegaciones de la parte demandante sobre la concurrencia de dolo en la conducta de la entidad bancaria demandada, a la que atribuye "las dos vertientes del dolo: la comisiva, por un lado, al haber proporcionado a aquel una información engañosa y la omisiva, por otra parte, al no haberle facilitado toda la información sobre el producto de la que disponía el Banco, en ambos casos con la intención de inducir a la actora a que adoptara la decisión de adquirir los "Valores" derivándose de tal conducta la prestación del consentimiento afectado por error.

También la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente respecto al dolo, como conducta determinante de un vicio que anula o invalida el consentimiento prestado bajo su influencia. Así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1748), resumiendo la doctrina anterior, indica que "el dolo regulado en los artículos 1269 y 1270 del Código Civil exige, como reiteradamente ha señalado esta Sala -Sentencias, entre otras de 11 (RJ 2003, 5347) y 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 5631)-dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto puede consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio. El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas. b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia. c) que sea grave si se trata de anular el contrato (el dolo contractual que determina la nulidad del negocio debe tener carácter grave - SSTS de 29 de marzo de 1994 , 12 de junio de 2003 y 19 de julio de 2006). d) que no haya sido causada por un tercero, ni empleado por las dos partes contratante, - Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1994 -. Además, el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue - Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 28 de febrero de 1961 - no bastando al efecto meras conjeturas -Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1945 -.

En la citada sentencia se establece, además, que, "como ya recogía, entre otras, la Sentencia de 29 de marzo de 1994 , que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. En este mismo sentido señalaba la Sentencia de 11 de julio de 2007 (RJ 2007, 5132) que «el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada - STS 15-6-95 , con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-98 -, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico - STS 19-7-06 ".

La actora alude, igualmente, al incumplimiento de las obligaciones que corresponden a la entidad bancaria, esencialmente el deber de información que le compete, atendiendo a la posición de **consumidor** que asumía la demandante en la contratación. La exigencia en la información es mayor en productos como el discutido, ya que nos encontramos ante un producto complejo basado en la incertidumbre y en la aleatoriedad por su conversión final en acciones, sin olvidar la circunstancia de que, en general, se trata de contratos de adhesión con un clausulado preconstituido por la entidad bancaria, con escasas o nulas posibilidades de alteraciones o negociación, por lo que la entidad bancaria ha de agotar toda la diligencia para asegurarse de que el cliente comprende su contenido y verdadero alcance, destacando el riesgo patrimonial del producto.

Lo que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto el momento de contratar como durante la pendencia del contrato es una cuestión que ha sido objeto de detenido estudio por parte de la jurisprudencia menor en fechas recientes por la problemática que se ha venido planteado en relación con productos como el que ahora nos ocupa. En este sentido, como precisa la SAP Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011 , con cita de la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010 , el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria, es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos



que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. En este sentido debe señalarse que, efectivamente, nuestros Tribunales... Y a este respecto cierto es que por razones de vigencia temporal, suscrita la orden de valores en el mes de diciembre de 2009 y en el mes de enero de 2010, es de aplicación la normativa prevista en la Directivas MIFID, que se introducen en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 47/2007 de 21 de diciembre de modificación de la Ley del Mercado de Valores y mediante el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, por lo que la demandada venía obligada a efectuar una valoración del perfil inversor de las demandantes,

Así, sentencias de Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5ª, de 27 de enero de 2010, Pontevedra de 7 de abril de 2010 o de Jaén de 27 de marzo 2009, han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente.

Por otro lado, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de marzo de 2011: "Lo relevante, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras, sea personalizada, teniendo en cuenta siempre las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas,

le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009, que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente".

SEXO.-La causa del contrato deriva del cruce de prestaciones y del contenido obligacional que para cada parte se dispone, no es sino un modo de invertir intentando obtener lucro por medio de la especulación con dinero, canalizada a través de la compra de ciertos títulos convertibles en acciones, y con un periodo inicial de rentabilidad con interés variable y posibilidad anual de forzar la liquidación final convirtiendo los valores en acciones con la regla de cálculo marcada. Nada hay en ello de ilícito, inmoral o contrario a las finalidades propias del mercado financiero amparadas por el principio de autonomía de la voluntad. De hecho, la prolija enumeración de la normativa aplicable hace difícil entender que el contrato pueda incurrir en esa clase de ineficacia. Parece evidente que la validez esencial del negocio no depende de que la parte inversora reciba los beneficios esperados.

Por otro lado, tal y como refiere la reciente sentencia de la AP de Madrid, Sección 19ª, de 7 de noviembre de 2013, "El incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información, como dice la sentencia de la sección 13ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2012, no puede producir por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, sí pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado. Y añadir, que la carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque corresponde a la parte adversa justificar la "existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada".

Teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia transcrita debe analizarse las pruebas practicadas en el acto del juicio y la documental acompañada con el escrito de demanda y contestación en virtud del principio de valoración conjunta de la prueba, y lo dispuesto en el art 217 en cuanto a la carga de la prueba, y las normas de disponibilidad probatoria.

La parte actora, que no prestó declaración al no considerarse necesaria por la parte demandada, recoge de forma reiterada en su demanda y en el informe desarrollado en el acto de juicio, que dado el perfil conservador, desde el punto de vista financiero, siempre pensó que contrataba un depósito a plazo fijo, de alta rentabilidad, garantizado y no un producto de alto riesgo como el de los valores Santander. Además, denuncia que no les suministraron información acerca de la naturaleza y funcionamiento del producto, ni le explicaron sus riesgos,



contratándose los valores con anterioridad a la disposición del folleto, sin analizar su perfil de cliente, y que no le entregaron ninguna documentación (tríptico, folleto...). En definitiva, señala que la adquisición de los Valores Santander controvertidos tuvo lugar sin haber sido aportada por la entidad bancaria una información clara, transparente y suficiente sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, sin explicaciones sobre su carácter de convertible en acciones, y como tales, dependientes la inversión de la fluctuación de su cotización.

Sin embargo, en orden a valorar si el actor dispuso de información suficiente en el momento de suscribir la operación que ahora nos ocupa, para prestar su consentimiento, debe tenerse en cuenta la extensa prueba documental aportada en las actuaciones y la testifical en la persona de D. Jose Luis , director de la sucursal bancaria del Banco Santander, que atendió a los actores, y ante quien se contrató los valores objeto de autos, todo ello, ante las versiones contradictorias aportadas por uno y otro litigante en sus escritos alegatorios.

En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada, se considera que la información suministrada a la actora sobre la naturaleza del producto, sus riesgos, su desenvolvimiento y expectativas de resultado fue adecuada y comprensible, atendiendo, entre otros factores, a la circunstancia de que no era ajena a la contratación de productos de inversión de similar o incluso de mayor riesgo que el contratado, al contratar en junio de 2009 participaciones preferentes de la serie X del Santander.

El producto "Valores Santander" no puede considerarse un producto complejo.

No lo es en cuanto a la comprensión de su funcionamiento y consecuencia final de conversión en acciones, si no han operado las conversiones voluntarias previas, con el riesgo implícito que esta conversión y entrada en el mercado bursátil siempre conlleva, habiendo sido calificado por la CNMV como producto con un nivel de riesgo y complejidad "medios".

El funcionamiento del producto, como se ha dicho, no era excesivamente complejo pues en el caso de que llegado el día 27 de julio de 2008 no se hubiera producido la adquisición del banco holandés ABN AMOR (o si habiéndose producido esa adquisición, el Banco de Santander no hubiese emitido obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA, y en todo caso, antes de la fecha antes señalada), se trataba simplemente de un producto de renta fija con vencimiento a un año y una elevada rentabilidad (por lo que sería un producto de los denominados amarillos), y si la condición se cumplía, se trataba de la adquisición de obligaciones necesariamente convertibles en acciones (por lo que sería un producto de los denominados verdes), fijándose de forma anticipada el valor de esa acción, estableciéndose además a favor del cliente una remuneración en forma de intereses, por lo que sólo suponía una adquisición de valores aplazada en el tiempo, con el riesgo inherente a la volatilidad del valor de las acciones fácilmente presumible por alguien que ya opera en ese mercado o quería operar.

En todo caso, no se discute que los actores tenían invertidos sus ahorros en una tercera entidad y fue en el mes de septiembre de 2009 cuando D. Serafin se personó en la oficina del Banco Santander de Ermua para informarse sobre los productos financieros con la finalidad de complementar sus ahorros y tras preguntarle el Director de la sucursal, el Sr. Jose Luis , sobre las expectativas de futuro de sus inversiones, sus preferencias e intenciones e informarle sobre diversos productos existentes, D. Serafin le manifestó que quería contratar productos con alta rentabilidad y periódica, ofreciéndole un depósito de plazo fijo, no recordando su rentabilidad, manifestando el actor que quería un producto con mayor rentabilidad, a lo que le informó que debía acudir a productos con mayor riesgo; y si quería rentabilidades periódicas tenían los fondos de inversión, que estaban dando buena rentabilidad; la opción de las acciones, que estaban pagando un dividendo periódico; y que en ese momento había en el mercado secundario Valores subordinados convertibles en acciones del Banco de Santander, y al interesarse por dicho producto, le explicó en ese momento lo que suponía tener unos valores convertibles en acciones, y lo que significa tener unas acciones, es decir, que las acciones cotizan en un mercado, que suben y bajan, igualmente le explicó que el precio de canje de las obligaciones en acciones venía predeterminado.

Sin embargo, pese a dicha testifical, sostiene la parte actora que fue informado del producto en el sentido que se trataba de un depósito a plazo fijo, mejorando las condiciones pactadas en el suscrito, que no fue advertido que el dinero invertido se convertía en acciones, ni que podía perder parte del mismo en función de las fluctuaciones del mercado.

Extremo negado por el Banco demandado, al mantener que en todo momento tuvo conocimiento de las concretas condiciones de la operación.

El testigo Sr. Jose Luis mantiene que se practicó a los actores en junio de 2009 un test de conveniencia y perfil sobre los productos contratos y de los riesgos de la inversión, cumpliendo con la normativa Midif, y que a pesar de que el resultado dio lugar a que el producto no era conveniente para ellos, decidieron realizar la inversión, sumiendo con ello las consecuencias de la contratación.



Ya se ha señalado que, ante las versiones contradictorias aportadas, también debe estarse a la concreta operación realizada, de acuerdo con la documentación aportada por ambos litigantes.

De este modo, consta que D. Serafin mostró su interés en la compra de Valores del Santander en el mercado secundario, ya que estaban a un precio inferior al precio nominal de los mismos. Por ello, el actor acudió en otras ocasiones a la oficina, facilitándole por el Director de la sucursal toda la información acerca de la naturaleza, características y riesgos de la inversión, al repasar personalmente junto con D. Serafin el tríptico, volviéndole a explicar las características definitivas del producto, su convertibilidad, en su caso, las características de la inversión y de los riesgos, poniendo de relieve que se trataba de valores convertibles en acciones, con un precio predeterminado del canje, que devengaría un tipo de interés fijo el primer año, y luego Euribor a tres meses más 2,75 por ciento, que se podía convertirse en acciones voluntariamente, y obligatoriamente 4 octubre de 2012, así como los ejemplos del tríptico, en los cuales se pone de manifiesto que las acciones podía tener una rentabilidad positiva o negativa, al indicar un ejemplo positivo y otro negativo de rentabilidad, por lo que se ponía de manifiesto que no se trataba de un producto seguro y garantizado, como manifiestan los actores, ya que podía subir o bajar.

También se le informó que se podían vender en un mercado, al estar admitidos en el mercado de renta fija, y en cualquier momento hacer líquida la inversión, entre otros aspectos. Incluso, manifiesta el testigo, que le explicó todo el proceso haciendo transcripciones en un papel aparte, que el producto tenía el riesgo de perder el capital y que jamás le manifestó que era un depósito garantizado. Igualmente manifestó el testigo que se aseguró de que la información que aparecía en los documentos fuese comprendida y que se había comprendido. En ese momento se le entregó el tríptico (aunque ello es negado por los actores), y no recuerda si se lo llevó a su casa.

Ciertamente, el tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Pero el mimo hace referencia a la nota de valores y que el documento de registro del emisor están a disposición de los inversores en las oficinas del Banco de Santander y en www.bancosantander.es; y se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de los valores.

En consecuencia, queda acreditado que por dos ocasiones se le explicó la naturaleza, características, condiciones y riesgos de los Valores Santander; tanto en el momento en el que se interesó por dicho producto, como cuando se personó en la oficina a efectos de realizar la compra. En definitiva, ha quedado acreditado que en las conversaciones mantenidas se le explicó el producto a D. Serafin, teniendo este suficiente información para entender y decidir sobre la inversión, y suscribirlo en la cuantía que estimó conveniente, hasta el punto que amplió su inversión con posterioridad.

El tríptico aportado con la demanda y contestación a la demanda, tal como manifiesta el director de la sucursal, era la información que obraba en la oficina y se encontraba a disposición de todos los clientes, con el fin de que pudieran informarse en relación con la operación de Valores a realizar por el Banco Santander. Señalar a su vez que la información recogida en el citado tríptico, aunque recoge en caracteres destacados la rentabilidad de la operación, al referirse a unos intereses del 7'5% TAE, se considera suficiente para descartar que se trataba de un depósito a plazo fijo. De este modo, en el citado documento está resaltado que al cumplirse los 5 años, los valores de convertían automáticamente en acciones del Banco Santander, remitiéndose al folleto informativo registrado en la CNMV.

Igualmente, precisó el empleado de la sucursal que el actor realizó la operación de suscripción respecto de 55.000 €, y varios días después, la operación de suscripción de 55.000 €, por decisión del propio cliente.

Este Juzgado insiste que, en este caso, no faltó información, ni documentación previas, sobre el producto, operativa, características de la inversión, riesgos de tipos, precio y de solvencia, sino suficiente y proporcionada, mediante tríptico informativo y Nota de Valores; que la orden de suscripción contenía todos los datos necesarios para contratar, voluntariamente y con conocimiento de causa; lo que excluye cualquier vicio de voluntad.

La parte demandante sostiene que no se le entregó el tríptico, no obstante el testigo mantiene que se le entregó todo tipo de información y materialmente el tríptico,

por lo que ante estas versiones contradictorias hay que estar a lo que los propios actores firmaron y que consta en la orden aportada.

Se mantiene igualmente por la parte actora que se firmó la orden de compra de valores pensando que se suscribía un depósito a plazo, pues bien, de la lectura del tríptico que se explicó y fue entregado a la actora como ya se ha expuesto, debe excluirse la posibilidad de un error esencial por parte de ésta, ya que una simple lectura del mismo permitía conocer, sin lugar a dudas, la descripción de la emisión, los supuestos de canje, y de conversión obligatoria, y que el producto ofrecido no se trataba de un depósito a plazo, porque el reembolso



de la inversión, con la retribución correspondiente, solo cabía en el caso de que no prosperara la OPA contra ABN Amro.

En el supuesto que ahora nos ocupa, al haber prosperado la OPA, no se reembolsaba el nominal en efectivo ("no hay reembolso del nominal en efectivo"), de manera que los Valores eran necesariamente canjeables por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander en las fechas antes indicadas (de forma voluntaria por el inversor los días 4 de octubre de 2010 y 2012, y obligatoriamente el 4 de octubre de 2012, como ha ocurrido en este caso).

De la misma forma, en la nota de valores de la oferta pública de la suscripción registrada en el CNMV, se recogen los riesgos, las características del producto, y también constan diferentes escenarios posibles favorables y desfavorables para el inversor. Sin poder olvidar que la actora debió recibir la información puntual durante años por medio de los resúmenes fiscales desde el año 2010 hasta el 2013. Los documentos acompañados por la entidad bancaria con su escrito de contestación acreditan que durante la vida del producto la información a los clientes sobre su evolución e incidencias fue precisa y abundante.

Debe reiterarse a su vez que la información recogida en el tríptico fue complementada por la ofrecida por el personal de la sucursal bancaria, habiendo indicado el Sr. Jose Luis que, además de repasar el documento con el Sr. Serafin, era su costumbre realizar de forma manual un ejemplo de posibles ganancias y pérdidas de la operación, advirtiéndole de los riesgos. Añadiendo que el actor era plenamente

consciente que se trataba de valores convertibles.

La información facilitada no daba lugar a duda alguna. La parte actora podía conocer sin ninguna duda de que no se estaba en presencia de un depósito a plazo.

Del mismo modo, no puede hablarse de un error excusable, apreciando que, si bien se sostiene en la demanda que los actores eran de avanzada edad, jubilados, con niveles académicos básicos (lo que no ha sido acreditado), tal circunstancia no era óbice para que estuviera familiarizado con este tipo de operaciones, que se interesase por sus inversiones, acudiendo a la oficina cuando fuera necesario y cambiar de banco para obtener una mayor rentabilidad como hizo. No puede estimarse acreditado que existiese falta de formación ni en el informante ni en los actores. No consta en modo alguno que el perfil inversor de la parte actora fuera conservador, sino todo lo contrario, dada la declaración del empleada del Banco, el cual, goza de total credibilidad, y es concorde con toda la documentación obrante en autos. El mismo fue muy claro en su exposición relatando como ofreció el producto y como apreció que D. Serafin no era un cliente de aversión al riesgo, optando por mayor rentabilidad y riesgo. Detalló cómo el producto no es de alto riesgo porque va referenciado a acciones del Banco Santander y cómo se le explicó a la demandante que se trataba de valores con un tipo de interés interesante que en un plazo de dos años se convertían necesariamente en acciones a un precio prefijado por el Banco y que existía el riesgo derivado de la valoración o precio de las acciones.

El error no es excusable porque el actor siempre pudo desvanecer con una mínima diligencia la consideración equivocada de que la operación contratada era un depósito a plazo sin riesgo alguno para recuperar la integridad del capital invertido.

Tampoco puede fundarse la demanda en la existencia de una previa relación de confianza entre el personal de la sucursal y los actores, que rebajase la diligencia del cliente, pues tal como se ha puesto de relieve, no existía previa relación entre ambos, siendo conocidos los clientes, hoy actores, al suscribirse las preferentes en junio de

2009 y los Valores Santander en diciembre de 2009 y enero de 2010.

Se aprecia que los actores tuvieron tiempo suficiente durante los meses de septiembre a diciembre de 2009, para informarse debidamente de los términos de la operación. Tuvieron la posibilidad de consultar, leer con detenimiento, formular preguntas, así como la opción de firmarlo o no, decidiéndose finalmente por suscribirlo.

Concretamente, en lo que se refiere al perfil de inversor de los actores, cabe señalar que se les realizó el cuestionario o test de conveniencia o idoneidad y además de ello se ha acreditado que habían suscrito otro producto financiero de riesgo con el banco Santander, y a través de la testifical del empleado de la sucursal, que tenía conocimiento y capacidad para comprender los riesgos del producto de los cuales fue plenamente informado. Era un cliente que buscaba mayor rentabilidad habiendo cambiado de entidad financiera para obtener dicha finalidad.

En suma, tenía conocimiento y había contratado algún producto de inversión de carácter especulativo, entendiendo como tales, conforme al concepto general, las operaciones dirigidas a la obtención de un beneficio económico basado en las fluctuaciones de los precios, de tal forma que el especulador no busca disfrutar del



bien que compra sino beneficiarse de las fluctuaciones de su valor. Por lo que no puede sostenerse que el producto ofrecido, como inversión especulativa con riesgo, no se ajustara al perfil del actor.

Señalar a su vez que, en orden a confirmar que el actor conocía los términos del contrato suscrito, consta que en los extractos de movimientos que se remitían periódicamente por el Banco, se indicaba los rendimientos percibidos, del mismo modo que en la información fiscal remitida. Se acredita asimismo por la parte demandada que la actora recibió los intereses trimestrales de la inversión y no presentó queja o alegación alguna hasta la presentación de la demanda; no constan más reclamaciones.

Años antes y hasta la fecha de emisión de los valores Santander la evolución de las acciones de dicha entidad había sido muy positiva, sin embargo la crisis provocó la

bajada en su cotización de las acciones del Banco. La evolución negativa de la inversión pudo ser conocida por la demandante no sólo porque era información (disponible en la pág. web de la bolsa de Madrid) sino además porque le fue oportunamente suministrada por el banco a través de los extractos que se les hizo llegar a sus domicilios y resúmenes fiscales correspondientes.

El 4 de octubre de 2.012, fecha prevista para el canje obligatorio (nunca se optó por el canje voluntario), los valores Santander se convirtieron en acciones de Banco Santander, dichas acciones han generado dividendos, y a día de hoy la inversión continua viva y el resultado final de la inversión no podrá concretarse hasta el momento en que los actoras procedan a la venta de las acciones en las que los valores se han convertido.

Los demandantes eran conscientes que invertían en un producto financiero con unos intereses muy competitivos y cuyo único elemento de incertidumbre era la conversión, bien voluntaria cada año, bien obligatoria al final de los dos años, de las obligaciones en acciones de la entidad Banco Santander. El presente supuesto no es equiparable a otros productos financieros, pues la parte demandante no se convirtió en inversor sin saberlo, sino que optó por ser inversor desde el principio y simplemente sufrieron los avatares de la inversión financiera, siendo accionistas en el momento actual de una entidad bancaria solvente.

En definitiva: la inversión de los demandantes, a día de hoy, sigue viva, en forma de acciones del Banco Santander que cotizan en el mercado. El resultado final de la inversión, que ya ha producido una rentabilidad en intereses, más los correspondientes beneficios, no podrá concretarse hasta el momento en que los demandantes procedan a la venta de las acciones en que los valores se han convertido, por lo que incluso cabe plantearse qué daño es el sufrido a fecha actual, pues bien puede ocurrir que en otro contexto futuro, ajeno a una situación de crisis como la actual, con alza del mercado bursátil, la cotización de estos valores aumente e incluso supere a la de la inversión, con lo que no habría daño alguno susceptible de ser reparado. Así, los demandantes, a día de hoy, perciben los correspondientes dividendos, y derechos de suscripción preferente.

En efecto, las 9258 acciones en las que se convirtieron los 24 Valores Santander de los que eran titulares los demandantes han generado beneficios. En concreto, los actores han recibido, en concepto de beneficios: (i) en mayo de 2014, recibieron un importe bruto de 1.379,44 euros (ii) en agosto de 2014, recibieron un importe bruto de 1.407,20 euros. Así, se desprende de los documentos aportados por la demandada en el acto de la Audiencia Previa y la víspera de la celebración del Juicio.

No es posible apreciar en el presente caso los alegados vicios del consentimiento, en particular, no es posible detectar que se hubiera producido en el demandante un error invalidante del consentimiento, teniendo en cuenta que debía ser un error esencial y excusable, presupuestos que no es posible apreciar en este caso, al tratarse de un contrato fácilmente entendible por lo actores. En cualquier caso y aunque se admitiera a meros efectos hipotéticos o dialécticos que la información previa suministrada por la entidad a la actora fue insuficiente o incompleta, dicho error sería salvable a través de la mínima diligencia exigible al hombre medio, sobre todo si se tiene en cuenta el conocimiento de los diferentes productos que tenía contratados la actora en la misma entidad bancaria, circunstancia que permite inferir que conocía parcialmente el mundo financiero, tomando decisiones en función de su productividad, y que desde su contratación hasta el 2013 no se formuló queja alguna. Resulta hartamente difícil, sino imposible, concluir que una persona con capacidad de comprensión normal, sin necesidad de que tenga una especial formación académica, no pueda llegar a comprender el alcance exacto de la redacción de los documentos.

Se aprecia asimismo que la entidad bancaria cumplió con su deber de información, de acuerdo con la normativa aplicable. No puede sostenerse que el contrato sea nulo por no existir consentimiento prestado por la actora. Como viene señalando la jurisprudencia menor, y entre otras la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en la Sentencia de 5 de octubre de 2011, el cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde el punto de vista civil en cuya jurisdicción nos encontramos no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa sino si el consentimiento de la contratante ha sido o



no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas. Presupuestos todos ellos que no se aprecia concurren en el presente caso, por lo que no es posible estimar la acción ejercitada de forma principal, ni la subsidiaria.

Como complemento de lo anterior, no forma parte del error en la contratación, la acreditada frustración de las expectativas económicas, que se ha constado como el motivo de la presente demandada. La frustración de la ganancia económica representada o el descenso en la cotización de las acciones no son, ni pueden considerarse errores del consentimiento.

Es imposible que la parte demandante desconociera que la compra de los valores, ya que lo que firmó la parte actora fue una orden de compra de valores. Así mismo, es imposible que el demandante desconociera que, adquiriendo "ampliación capital" y recibiendo "intereses/dividendos", tal como consta en el extracto de movimientos de la cuenta aportado por la parte demandada, desconociera que contrató un producto de inversión con valor de rentabilidad variable. La inversión en un producto financiero de rentabilidad variable, si bien proporciona una alta rentabilidad, también implica, como riesgo (hecho que es notorio y de fácil inteligencia), que, en el canje, las acciones puedan perder valor en su cotización.

Además el mercado bursátil de rentabilidad variable siempre genera riesgos, y esta circunstancia de adquirir un producto financiero de rentabilidad variable no puede ser desconocido, lo que es de fácil comprobación simplemente leyendo, no solo el contenido de la orden de compra, sino la totalidad del documento, donde no consta dato alguno que advirtiese que se tratara de un depósito bancario a plazo, al no constar ni el término depósito, ni ninguna otra de las particularidades bancarias que caracterizan este producto financiero, como, a título de ejemplo, sería el propio plazo de indisponibilidad de la cantidad depositada o la penalización.

No se trata de discutir el carácter minorista del inversor, sino de que simplemente no existen datos de los que deducir como probable el error que se afirma haber padecido, atendidos los antecedentes de relaciones del actor adquiriendo productos de análoga complejidad a la misma entidad demandada, y a los documentos que reconoce haber firmado en relación con la compra de los Valores Santander. Es decir, no es posible que el actor firmase libremente las órdenes de compra de Valores que nos ocupan, habiendo recibido el tríptico informativo, y que después sostenga que siempre creyó que cuando suscribía los "títulos" de la emisión de los Valores, en realidad estaba suscribiendo un depósito a plazo fijo; y esto es así no porque se estime complejo el producto, sino porque lo trascendente es que finalmente la emisión se transformaba en acciones del Banco Santander; por lo que no resulta creíble que no supiese lo que contrataba.

Resulta cuando menos extraño que una persona con un mínimo de experiencia acepte realizar una operación bancaria por importe de 110.000 euros sin saber cuestiones tan elementales como el plazo, interés y riesgo de pérdida que puede derivar de la operación concertada.

En el acto del juicio resultó acreditado que la iniciativa de la contratación la tomó el actor ante los diversos productos que le puso de manifiesto el Director de la Oficina conforme a su deseo de obtener una importante rentabilidad. De su testifical se desprende que informó con toda claridad al actor que el producto financiero no era equiparable a un depósito a plazo sino que se trataba de una inversión en Bolsa; y es que este extremo aparece con la más absoluta evidencia, en la medida en que la Orden de Compra de Valores (documento que suscribió el actor) no tiene nada que ver con la suscripción de un contrato de depósito a plazo fijo. Ninguna recomendación se le realizó ni tenía ningún contrato de asesoramiento, según la testigo. Únicamente se produjo la suscripción de unas ordenes de valores, agotándose la actuación de la demandada en la comercialización del producto e información posterior de la evolución del comercializado, y que si bien es cierto que si la parte actora hubiera suscrito con la demandada un contrato de depósito y administración de valores (lo que no se ha acreditado fehacientemente), el mismo no produce los deberes cualificados propios de los contratos de asesoramiento o gestión de cartera a los que se refiere la ley de mercado de valores, pues que para que pueda hablarse de un contrato de asesoramiento de inversión, se precisa de la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, no considerándose que constituya asesoramiento, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial, ni tampoco se puede hablar de gestión de cartera. Por consiguiente, la conclusión de la parte actora de que la relación contractual que ampara la orden de compra entre litigantes comprendía no sólo la información sino el asesoramiento de la actora quien, consecuencia de ello efectúa la operación por recomendación directa de la entidad bancaria no es admisible, pues de lo actuado no resulta tal circunstancia.

Por todo ello, cabe desestimar el error como vicio del consentimiento por un incumplimiento en el deber de información imputable a la entidad demandada, sin que de las alegaciones de la parte demandada que constan



en su contestación la actora haya propuesto ni acreditado nada en contra la parte actora, teniendo la facilidad probatoria prevista en el art 217 de la LEC .

No puede decirse, tampoco, que el contrato carezca de causa, pues obedece a una causa que se presume existente cual es la suscripción de unos productos financieros por el cliente, y, en cualquier caso, no se trataría de un supuesto de inexistencia de causa sino de causa ilícita por vulnerar normativa imperativa, pero la normativa imperativa que puede dar lugar a ilicitud es aquella de orden público, y, en este caso, no parece que el contrato vaya contra la ley, sin perjuicio de que se deban cumplir determinados requisitos de información, lealtad y buena fe en la contratación, como deben ser cumplidos en cualquier contrato (art. 1255 Código Civil). De la misma manera no se aprecia dolo en la conducta de la demandada.

Lo expuesto también conduce al rechazo de la pretensión de que se declare la nulidad del contrato por falta de causa, causa ilícita, error o vicio de consentimiento o infracción de normativa imperativa, y también al rechazo de las pretensiones subsidiarias articuladas para que se declare la responsabilidad de la demandada, puesto que no puede atribuirse a la entidad bancaria un incumplimiento de las obligaciones que le son exigibles que pueda tener las consecuencias que se instan.

Con respecto al incumplimiento del contrato alegado no cabe más que reproducir lo reseñado en la reciente sentencia de la AP de Huelva (sección 2) de fecha 28 de octubre de 2.013 que dice. "Y respecto al incumplimiento del contrato, como ya hemos dicho el contrato ha sido perfectamente cumplido, en su peculiar contenido. Lo que la parte parece pretender es que existían otros deberes precontractuales, esos que nosotros sí entendemos suficientemente cumplidos y más que bastantes para entender que, sí hubo error, éste es en todo caso imputable a la indiferencia o a la falta de cuidado del actor. O bien considera el apelante que, más allá de este contrato, existe uno genérico a través del cual el Banco se obliga a ofrecer a su cliente únicamente productos de los que no pueda derivar una pérdida de este calado; pero sucede que semejante contrato no existe, ni es lo propio de la naturaleza de este tipo de inversión ni, en general, de la práctica bancada. De hecho, con la contratación de este producto el demandante ha sufrido una pérdida que es la propia de todos aquellos que se han visto perjudicados económicamente por la extraordinaria caída del precio de cotización de la práctica totalidad de las acciones cotizadas en Bolsa, con la particularidad de que el demandante ha obtenido una cierta compensación a través de la percepción de los intereses remuneratorios, de manera que su pérdida podría haber sido mayor en el caso de haber adquirido, en la misma fecha, acciones del Banco Santander a su precio de cotización, según qué momento hubiera elegido para su venta. Multitud de inversores en bolsa han padecido pérdidas, las propias de quien se somete a las reglas y riesgos, no fácilmente previsibles, de esa clase de mercado, que superan el 50% del capital invertido. La pérdida del actor, de hecho, es ahora menor que cuando Interpuso la demanda, al haberse elevado la cotización de las acciones de las que es ahora titular tras la conversión de sus valores."

Finalmente, cabe destacar que la jurisprudencia mayoritaria se está decantando por desestimar las demandas de nulidad contractual por vicio en el consentimiento relativas al producto que nos ocupa, "Valores Santander" pudiendo citar a título de ejemplo, además de las sentencias de órganos de primera instancia y de las Audiencias Provinciales mencionadas por las partes (SSAP Alicante 4 de diciembre de 2012 y 25 de enero de 2013 , SAP Huelva de 28 de octubre de 2013 o la SAP de Madrid de 7 de noviembre de 2013), las más recientes SAP de Albacete de 18/2/2014 , SAP Cáceres 12/2/201 , SAP Baleares 11/02/2014 , SAP Jaén 17/01/2014 y SAP Madrid 19/12/2013 , entre otras.

SÉPTIMO.-Costas. Por lo que a las costas procesales derivadas de este pleito, siendo íntegra la desestimación de las pretensiones sostenidas por los actores en la demanda y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394.1º de la LEC , en virtud del principio del vencimiento y al estimar que el presente caso no planteaba dudas de hecho o de derecho procederá su imposición a la parte actora.

No procede entender que existen sentencias contradictorias que fundamentan dudas de hecho y de derecho, pues en relación a este producto son mayoritarias las sentencias desestimatorias.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

QUE DESESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por D. Serafin y D^a Sofía , representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Idocin, contra la entidad mercantil Banco Santander S.A., representada en estos autos por la Procuradora de los Tribunales Sra. Astigarraga, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a dicha entidad de todos los pedimentos en su contra formulados, imponiendo a la parte actora el pago de las costas procesales causadas en el mismo.



Inclúyase la presente resolución en el libro de sentencias del Juzgado, dejando en las actuaciones certificación mediante testimonio.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4688 0000 04 0402 13 indicando concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ que la dictó, estando el/ la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en DURANGO (BIZKAIA), a nueve de octubre de dos mil catorce.

FONDO DOCUMENTAL GENERAL