

Roj: **SJPI 3/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:3**Id Cendoj: **20069420072015100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Donostia-San Sebastián**Sección: **7**Fecha: **05/01/2015**Nº de Recurso: **1155/2013**Nº de Resolución: **1/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **BEATRIZ HILINGER CUELLAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE DONOSTIA
DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 7 ZK.KO EPAITEGIA
TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 1ª PLANTA- CP./PK: 20012
TEL: 943-000737
FAX: 943 00 43 65
NIG PV/IZO EAE: 20.05.2-13/012012
NIG CGPJ / IZO BJKN: 20.069.42.1-2013/0012012
Pro.ordinario / Proz. Arrunta 1155/2013

SENTENCIA N° 1/2015

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, a Cinco de Enero de dos mil quince.

Vistos por mí, D^a BEATRIZ HILINGER CUELLAR, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO sobre Nulidad contractual N° 1155/2013 a instancia de D. Heraclio , representado por el Procurador D. TOMAS SALVADOR PALACIOS y defendido por el Letrado D. UNAI CARRERAS SANTESTEBAN, frente a BANCO SANTANDER, S.A. representado por el Procurador D. PABLO JIMÉNEZ GÓMEZ y defendido por el Letrado D. DAVID FERNANDEZ DE RETANA, en virtud de las facultades que me han sido conferidas por la Constitución y en nombre del Rey, dicto la siguiente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. Por el Procurador Sr. Salvador, en representación de D. Heraclio , se presentó demanda de juicio ordinario frente a Banco Santander SA que por turno de reparto correspondió a este Juzgado en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que, estimando la demanda: 1.- Se declare la nulidad del contrato sobre obligaciones convertibles denominado Valores Santander en la entidad 0049, oficina 0742, DC 41 n° de cuenta NUM000 código valor NUM001 por importe de 65.000 euros y ello con las consecuencias legalmente inherentes a dicha nulidad; 2.- Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración; 3.- Se condene a la entidad demandada a devolver al actor la cantidad de 65.000 euros mas los intereses legales restituyéndose recíprocamente ambas partes las prestaciones que dicho contrato hubiera dado lugar; 4.- Subsidiariamente y para el caso de que no prospere la acción de nulidad -absoluta y relativa- del contrato, que se declare el incumplimiento de la normativa aplicable por parte de la demandada en la comercialización de las obligaciones convertibles denominadas Valores Santander en la entidad 0049, oficina 0742, DC 41 n° de cuenta NUM000 código valor NUM001 , condenando a la demandada al pago y abono de los daños y perjuicios ocasionados al actor que ascienden a la cantidad de 31,596,37 euros, importe correspondiente a la diferencia entre la cantidad



entregada para la adquisición de los Valores Santander y el valor de las acciones a día de hoy, mas los intereses legales correspondientes; 5.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.-Emplazada la demandada para contestación en su representación compareció el Procurador Sr. Jiménez, que presentó escrito de contestación en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda y se condenase en costas a la parte actora.

TERCERO.- Con fecha 27 de enero de 2014 se dictó Diligencia de Ordenación convocando a las partes a la audiencia previa. En el acto de la audiencia previa se intentó sin éxito el acuerdo y se ratificó la competencia objetiva del Juzgado para el conocimiento de las acciones ejercitadas en la demanda. Las partes no impugnaron documentos y se ratificaron en sus respectivos escritos. Recibido el pleito a prueba por la parte actora se propuso prueba documental, interrogatorio de la demandada, testifical, reconocimiento judicial y pericial, que se admitieron salvo parte de la documental y el reconocimiento judicial, formulando la parte actora recurso de reposición frente a la inadmisión de la prueba de reconocimiento judicial, que previo traslado a la parte demandada fue desestimado. La parte demandada formuló recurso de reposición frente a la admisión de parte de la documental propuesta por la actora, que previo traslado a la parte actora fue desestimado, formulando protesta la parte demandada. La parte demandada propuso prueba documental, testifical y pericial, que se admitieron. A continuación se señaló día y hora para la celebración del juicio. El acto de la audiencia previa se grabó en soporte audiovisual (CD).

CUARTO.- En el acto del juicio se practicó la prueba admitida y tras el trámite de conclusiones finales quedaron los autos conclusos para sentencia. El acto del juicio se grabó en soporte audiovisual (CD).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercitan acción de nulidad contractual y acción de indemnización de daños y perjuicios acumuladas eventualmente, en base a los siguientes hechos: que el actor tiene en la actualidad 76 años, está jubilado y se ha dedicado toda su vida a trabajar como carpintero, no tiene estudios universitarios ni financieros de ningún tipo, desconoce los conceptos financieros y no está familiarizado con la contratación de productos bancarios complejos, es un **consumidor**, cliente minorista de perfil claramente conservador que al contratar sus productos bancarios ha buscado siempre seguridad económica, que la relación profesional del actor con la entidad bancaria demandada nace con anterioridad a la contratación del producto objeto de este procedimiento, existiendo una cierta relación de confianza profesional entre el actor y empleados de la entidad demandada, sucursal sita en Boulevard nº 8 de Donostia, que la dinámica habitual en la contratación de productos bancarios consistía en que los responsables o gestores de la demandada ofrecían al actor la contratación de nuevos productos cuando vencía cualquiera de los productos ya contratados, que la manera de ofrecer los productos consistía habitualmente en una simple llamada telefónica desde la sucursal bancaria que era atendida por el actor, quien acudía a la sucursal y una vez allí suscribía la documentación que se le facilitaba por los responsables de la entidad bancaria, que existía una relación continuada de asesoramiento en la que periódicamente se le presentaban al actor recomendaciones sobre productos bancarios, que a principios de septiembre de 2007 un empleado de la demandada informó al actor de la conveniencia de depositar los 65.000 euros que tenía ahorrados en dicha entidad en un producto novedoso que se estaba comercializando en ese momento en la entidad bancaria y que tenía buena rentabilidad, que el actor mostró su conformidad con el producto ofrecido pero supeditando su conformidad a que no tuviera riesgo alguno y pudiera recuperar íntegramente la cantidad que se entregaba y mostró su total rechazo a cualquier producto que tuviera que ver con acciones o con la Bolsa, que a pesar de ello el empleado de la demandada recabó en septiembre de 2007 la firma del demandado en un documento denominado "Producto amarillo" que documenta en una hoja sin explicación alguna la compra de "Valores Santander" por importe de 65.000 euros, que con la firma de este documento el actor estaba adquiriendo, sin saberlo, un producto muy complejo, de elevadísimo riesgo económico y que no garantizaba la devolución de la cantidad que se entregaba, que el documento carece de fecha y existen campos sin rellenar, tratándose de un formulario en el que no constan las condiciones particulares de la operación, que en el apartado "Observaciones" se dice que "manifiesta haber recibido y leído antes de la firma de esta orden el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007", lo cual era rotundamente falso ya que la única información suministrada al actor durante la firma de dicho documento fue la facilitada verbalmente por el propio empleado de la demandada, sin que hubiera información previa alguna ni entrega de documentación adicional, que en junio de 2012 el actor recibió en su domicilio una carta de Banco Santander en la que se le comunica la "opción voluntaria de canje/conversión de Valores Santander en acción ordinaria de nueva emisión de Banco Santander", que ante la confusión que le originó dicha información el actor acudió a la oficina del Banco para solicitar explicaciones y se reunió con la empleada Dña. Inmaculada , que en dicha reunión ésta empezó a hablar de la conversión de los



Valores Santander en acciones de Banco Santander, lo cual generó en el actor confusión y enfado, que el actor solicitó toda la documentación relacionada con el producto y se le entregó un documento denominado "Tríptico de condiciones de emisión de los valores Santander", que ante las quejas planteadas por el actor la única solución ofrecida por la demandada era acudir obligatoriamente a la conversión de los 13 valores Santander en acciones del propio Banco por un valor total de 23.881 euros, que el actor envió escrito de reclamación al Servicio de Atención al cliente del Banco de fecha 17 de septiembre de 2012, que ante la respuesta dada por la entidad demandada el 30 de octubre de 2012 presentó escrito al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que fue contestada comunicando que la cuestión planteada está relacionada con los mercados de valores y se remite la reclamación a la CNMV, que emitió informe final que fue recibido por el actor con fecha 11 de abril de 2013, en el cual dicha entidad concluyó que Banco Santander no había acreditado disponer de información sobre su representado que le permitiera valorar la adecuación del producto a su experiencia o perfil inversor y que se había constatado la existencia de defectos formales en el documento a través del cual se formalizó la inversión al carecer de fecha de su firma, que este último defecto no es baladí ya que los Valores Santander fueron inscritos en el Registro de la CNMV el 19 de septiembre de 2007 y a pesar de ello se comercializaron con anterioridad, que la fecha de octubre de 2007 manuscrita posteriormente fue transcrita posteriormente por la entidad bancaria, que el producto Valores Santander fue diseñado, creado, comercializado y vendido por el propio Banco Santander y en un contexto en el que ya había estallado en Estados Unidos la crisis financiera de las "hipotecas subprime", que el empleado de la demandada no advirtió expresamente al actor de que dicho producto no era adecuado a su perfil inversor y no entregó información documental alguna sobre el producto, y dicha actuación, además de suponer un claro incumplimiento normativo supone un incumplimiento del propio Manual de Procedimientos para la Venta de Productos Financieros elaborado por la entidad demandada, que como consecuencia de ello el actor incurrió en un error por no ser debidamente informado de las condiciones esenciales del producto y de sus riesgos, que tomando en consideración la conversión de los valores en acciones el día 4 de octubre de 2012 el actor sufrió una pérdida respecto de la aportación inicial que ascendía a 31.596,37 euros, que hasta la fecha de presentación de la demanda el actor ha percibido liquidaciones trimestrales del producto cuyo importe total asciende a 12.667,29 euros, que por tanto de estimarse la acción de nulidad la demandada debería devolver la cantidad entregada en su momento, por importe de 65.000 euros, mas el interés legal correspondiente desde la fecha de entrega de dicha cantidad y el actor debería devolver las cantidades recibidas hasta el día de hoy.

Frente a la pretensión de la actora la parte demandada se opone alegando que la suscripción de los Valores Santander se produjo tras haber sido debidamente informado el actor de las características del producto, que junto con la orden de compra el Banco entregó al actor el tríptico informativo de la emisión y puso a su disposición el folleto explicativo, que desde la fecha en la que se realizó la inversión y hasta septiembre de 2012 el actor fue haciendo suyos, sin queja ni protesta, los rendimientos correspondientes y recibió hasta octubre de 2012 un total de 15.597,83 euros brutos en concepto de intereses además de las acciones en las que en octubre de 2012 se convirtieron los Valores y los beneficios derivados de esas acciones, que sin culpa alguna de la demandada descendió la cotización de las acciones de Banco Santander en las que el 4 de octubre de 2012 se convirtieron los Valores Santander, que el actor declaró en el test de idoneidad que cumplimentó en septiembre de 2010 ser moderado en sus inversiones, cuando podía haber elegido la opción de conservador, y que su horizonte de inversión era a largo plazo, más de tres años, y que mantenía en cartera fondos de inversión, depósitos estructurados, productos de pasivo estructurado, warrants y derivados, que el actor realizó numerosas inversiones, antes y después de la contratación de los Valores Santander, que en 2007 tenía una pequeña cartera de acciones valorada en 929 euros, que el 21 de julio de 2004 suscribió participaciones preferentes la serie III emitidas por Santander Finance Capital S.A.U por importe de 18.000 euros en cuya orden de suscripción se destacan varios riesgos del producto, como el carácter no asegurado de la inversión y los rendimientos y la subordinación a otros acreedores y el documento contiene una declaración del cliente en la que manifiesta haber recibido el tríptico informativo que detalla éstos y otros riesgos del producto, que el actor también invirtió en fondos de inversión, que en el año 2002 invirtió 18.030 euros en el fondo SCH Inmobiliario, que es de riesgo Medio, que en 2006 transpasó al Santander Ahorro Activo Clase A participaciones por importe de 66.456 euros que reembolsaría unos meses después por 68.486 euros, que este fondo de inversión tiene un riesgo de 3 en una escala del 1 al 7, que en 2006 suscribió participaciones en el fondo de inversión Santander Protección Activa por importe de 59.665 euros que traspasaría a otro fondo en 2006 por importe de 68.483 euros, que este fondo no estaba garantizado, que en 2002 suscribió participaciones por importe de 42.070 euros en el fondo Santander Garantizado Bancos Europeos, que también invirtió en planes de pensiones, que también ha suscrito varios "unit-linked", que son seguros en los que el tomador asume el riesgo de la inversión y cuentan con ventajas fiscales, que el 10 de febrero de 2009 suscribió por importe de 10.000 euros el seguro de Inversión "Divide y vencerás hoy y mañana" cuya rentabilidad se referencia a una serie de índices sintéticos, y con fecha 6 de septiembre de 2011 suscribió por importe de 30.000 euros el seguro de inversión Santander Top Europa, que con fecha 28 de octubre de 2010 suscribió un depósito estructurado denominado



Ganador Europa, que constaba de un tramo de rentabilidad fijo y otro variable en función de la evolución de un subyacente, que la demandada no prestaba servicio de asesoramiento al actor, que en los meses de junio y julio de 2007 el consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera ABNAmro, que para financiar esta operación Banco Santander emitió los Valores Santander el 4 de octubre de 2007, que dado que esta emisión se vinculaba a dicha operación, su evolución posterior quedaba igualmente ligada al resultado de esta operación, que si el consorcio en el que participaba Banco Santander no adquiría ABN, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido mas un interés fijo del 7,30%, que si se procedía a la adquisición de ABN los valores emitidos se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander, devengando un interés anual de 7,30% el primer año y Euribor mas 2,75% en los años sucesivos, pagadero siempre trimestral mente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco, conversión que podía realizarse o bien anualmente de forma voluntaria o bien obligatoriamente transcurridos cinco años desde la emisión del producto, siempre a un valor o precio de conversión determinado al inicio, que la operación de ABN culminó con éxito, por lo que los títulos se convirtieron en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander, que las características de la inversión pueden por tanto explicarse con total sencillez, que en el Tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto ya se dice que para la conversión la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles en octubre de 2007, es decir., por encima de su cotización en ese momento, que inmediatamente después de la emisión, en octubre de 2007, el Banco remitió a todos los inversores una carta en la que se concretaba ese precio de referencia para el canje, que de esta forma, con independencia de la posterior evolución de la acción de Banco Santander en el mercado, el cliente siempre recibiría un número de acciones ya determinado de inicio, que el éxito de la inversión dependería del valor de esas acciones en el momento de la conversión, si en el momento de la conversión la cotización de las acciones fuera superior a 16,04 euros los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento y en el caso contrario adquirirían acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha, que la Junta General de Accionistas fijó en su acuerdo un precio de conversión un 16% superior al precio de mercado para evitar un efecto dilutivo de esa emisión sobre los demás accionistas, que el precio de conversión fijado era más que razonable y atractivo en octubre de 2007, cuando nadie podía imaginar la abrupta caída en la cotización de la acción de Banco Santander, que además el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de Banco Santander, lo que provoca que la relación de conversión sea más beneficiosa para el cliente que los 16,04 euros iniciales, que el precio de referencia definitivo, al que se canjearon los valores el día 4 de octubre de 2012 fue de 12,96 euros y así se comunicó a todos los titulares de Valores por carta el mes de septiembre de 2012, que por tanto los Valores Santander eran un producto económicamente similar a la compra de acciones pero que retribuía además con un interés hasta que se produjese la conversión en acciones, que la esencia final del negocio era la adquisición de acciones y con ello el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, pero atenuado con los importantes intereses que se recibían a cambio, que además se trataba de un producto líquido ya que los valores podían ser vendidos y adquiridos en cualquier momento a precio de mercado si lo decidía el inversor, que estaban admitidos a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid y adicionalmente la demandada suscribió un contrato con La Caixa por el que esta entidad se comprometía a dotar de liquidez a los Valores Santander, que la demandada cumplió su obligación de confeccionar y publicar un folleto explicativo de todas las características del producto y de sus riesgos, que fue depositado en la CNMV que lo aprobó y publicó, que además registró y publicó el Tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto que incluía incluso ejemplos teóricos de rentabilidad e informaba del precio al que se valorarían las acciones del Banco en la fecha de conversión, que durante toda la vida de la inversión el Banco ha hecho pública toda la información relevante en relación con los Valores Santander, a través de su página web y por medio de la comunicación de los oportunos Hechos Relevantes ante la CNMV, que en septiembre de 2007 el personal de Banco Santander informó al actor de las características y condiciones del producto Valores Santander por su fuera de intereses, que era frecuente que el actor comentara con el empleado del Banco las rentabilidades que amigos suyos obtenían en otras entidades y pudo ser en ese contexto en que surgió la oferta del producto, que no constituye ninguna ilegalidad que la demandada presentara el producto antes de que su folleto estuviera registrado en la CNMV, que está permitido incluso recoger reservas no vinculantes antes del registro del folleto de un valor, que una vez aprobado el Folleto y el correspondiente Tríptico por la CNMV el Banco informó a la parte actora de las condiciones definitivas de la emisión, le entregó el Tríptico y puso a su disposición el Folleto que obraba en la web de la CNMV, que en todo momento se comentó al demandante que el producto estaba vinculado a acciones y se le plantearon ejemplos teóricos, que el actor fue consciente de ese riesgo y lo asumió, que la orden de suscripción se ejecutó el 4 de octubre de 2007 con el desembolso de la inversión del actor en los 13 títulos de Valores Santander, que en la orden de suscripción el actor reconoce haber recibido y leído antes de la firma de la orden el Tríptico informativo de la Nota de Valores y que conocía y entendía las



características de los Valores Santander, sus complejidades y riesgos, que el actor firmó también un anexo reconociendo haber solicitado por su propia iniciativa la suscripción de) producto y haber sido informado en la sucursal de sus características y riesgos, que en el texto preimpreso de la orden se hace referencia al Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV el 19 de septiembre de 2007 como un hecho pasado por lo que la orden fue necesariamente posterior a dicha fecha, que además el modelo de orden de suscripción de Valores Santander fue remitido a las oficinas con fecha 19 de septiembre de 2007 vía intranet, que durante toda la vida del producto la actora envió a todos los suscriptores de Valores Santander una serie de comunicaciones en las que se describe con claridad el funcionamiento del producto, que el actor ha percibido en conjunto 15.597,38 euros en concepto de intereses brutos, que desde años antes y hasta la fecha de la emisión de los Valores Santander la evolución de las acciones de la demandada había sido muy positiva y el actor confiaba en que la evolución de la inversión que realizó seguiría la misma línea y que en cualquiera de los periodos en que podía realizarse la conversión en acciones el canje resultaría beneficioso pero la crisis provocó que las acciones bajaran en su cotización, de lo cual era consciente el actor pues así se lo comunicó la actora en las cartas que les remitió en noviembre de 2008 y septiembre de 2009, que el 4 de octubre de 2012" fecha prevista para la conversión obligatoria, los 13 Valores Santander adquiridos por el actor se convirtieron en 5.015 acciones de Banco Santander, que el precio de conversión quedó finalmente establecido en 12,96 euros como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital, que a su vez las acciones en las que se convirtieron los Valores Santander han generado rendimientos, que el resultado final de la inversión, que ya ha producido una rentabilidad del 24% en intereses y 3,768,68 euros brutos derivados de las acciones en las que se convirtieron los Valores Santander además de 5,015 acciones resultantes de la conversión no podrá concretarse hasta el momento en que se proceda a la venta de las acciones en las que los Valores Santander se han convertido. También alega que en la demanda se pretende la nulidad contractual por infracción de múltiples normas, entre las cuales se incluye la Ley 7/98 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que habilita el ejercicio de acciones cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil y que de entenderse ejercitada acción derivada de la LCGC el Juzgado habría de apreciar su falta de competencia objetiva.

SEGUNDO-. Como consecuencia de la actividad probatoria practicada en el presente juicio, valorada conjuntamente conforme a las normas de la sana crítica, procede declarar probados los siguientes hechos:

1º El 1 de abril de 2002 D. Heraclio suscribió participaciones por importe de 18.030 euros en el fondo de inversión Santander Banif Inmobiliario FII. En el año 2002 invirtió 59.665 euros en participaciones del fondo de inversión Santander protección Activa FIME, que reembolsó el 26 de abril de 2006, traspasándolas al fondo Santander Ahorro Activo Clase A. El 7 de septiembre de 2007 el Sr. Heraclio invirtió 12.000 euros en participaciones del fondo Santander Monetario Fondtesoro Corto Plazo. El 27 de junio de 2002 suscribió participaciones por importe 42.070 euros en el fondo Santander Garantizado Bancos Europeos FI, que traspasó al fondo Santander Dinero el día 22 de julio de 2005, realizando posteriormente varias suscripciones y reembolsos de este fondo, que finalmente traspasó al fondo SCH Protección Activa el 24 de abril de 2006. El Fondo Santander Ahorro Activo FI es un producto financiero con un perfil de riesgo de 3 en una escala del 1 al 7, en el que se invierte en activos de renta fija, variable y activos del mercado monetario, pudiéndose invertir un máximo del 10% en activos que podrían introducir un mayor riesgo que el resto de las inversiones como consecuencia de sus características, entre otras, de liquidez, tipo de emisor o grado de protección al inversor, con límite de pérdida máxima del 95% y riesgos por inversión en instrumentos financieros derivados. Los fondos en los que invirtió el Sr. Heraclio se caracterizan porque en ellos no está garantizado ni el capital invertido ni la rentabilidad y el inversor asume el riesgo de mercado, de las variaciones del tipo de interés, de los tipos de cambio y del precio de las acciones en las que se invierte, y el riesgo de volatilidad de los mercados (documentos 9, 9 bis, 10, 13 de la contestación, pericial Sr. Alejo).

2º El 25 de enero de 2001 D. Heraclio invirtió 4 millones de pesetas en valores BCH Millenium. El 21 de julio de 2004 invirtió 18.000 euros en participaciones preferentes Santander Finance Capital Unipersonal serie III. En el año 2007 el Sr. Heraclio era titular de 84 acciones de Telefónica (documentos 6, 7 y 8). El Sr. Heraclio también efectuó aportaciones a planes de pensiones, en concreto desde 1992 hasta 1999 aportó 9.915 euros al Plan Santander Futuro 2015 adscrito a Santander Renta Fija Mixta 1 Pensiones, que es un fondo de inversiones con vocación de inversión en renta variable hasta un límite del 15% de los activos del fondo; el 18 de noviembre de 2006 aportó 17.836,93 euros al plan Santander Futuro 2020, adscrito a Santander Renta fija mixta 2 pensiones, con vocación de inversión en renta variable hasta un máximo del 30%. Posteriormente traspasó las aportaciones realizadas al plan de pensiones Santander Futuro 2020 a PPI Santander Monetario, que es un producto financiero de ahorro para la jubilación, integrado en los fondos de pensiones donde las gestoras invierten en renta fija o variable para conseguir rentabilidad extra a los ahorros depositados, sin garantizar la rentabilidad inicial, que puede ser negativa. En febrero de 2007 el Sr. Heraclio invirtió 10.000 euros en el seguro Divide y Vencerás, que es un seguro de inversión en el que las aportaciones efectuadas



por el inversor y los rendimientos de las mismas se invierten en un conjunto de activos emitidos por Banco Santander cuyo valor futuro está vinculado al valor de mercado y cuyo objetivo es obtener rentabilidad. El 6 de septiembre de 2011 el Sr. Heraclio invirtió 30,000 euros en otro seguro de inversión denominado Santander Top Europa y el 2 de agosto de 2010 contrató el depósito estructurado Ganador Europa (documentos 6, 11, 12, 13, 14 y 15 de la contestación, pericial Sr. Cosme).

3º El Sr. Heraclio contrató todos los productos financieros anteriormente descritos en la sucursal de Banco Santander sita en el nº 8 del Boulevard de San Sebastián, siendo su gestor personal desde el año 2003 el empleado de la misma D. Leon . El Heraclio no se interesaba por los depósitos a plazo fijo, sino por los productos de inversión que ofreciesen una alta rentabilidad a cambio de asumir cierto riesgo. El Sr. Leon avisaba al Sr. Heraclio de los nuevos productos de inversión que podían interesarle, se los explicaba y éste los contrataba en base a las explicaciones que le daba el Sr. Leon (testifical Sr. Leon).

4º El 13 de septiembre de 2007 el Comité Global de Nuevos productos de Banco Santander aprobó realizar una emisión de Valores Santander convertibles en acciones, estableciendo como período de suscripción el comprendido desde el día siguiente a la verificación del Folleto por la CNMV (lo que estaba previsto en ese momento para el 17 o el 18 de septiembre) hasta el 2 de octubre de 2007. Los servicios centrales de Banco Santander distribuyeron a sus sucursales una circular interna de procedimiento C 069-2007 en la que se incluían las características esenciales de este producto, que eran básicamente coincidentes con las que figurarían en el Tríptico Informativo de la Nota de Valores, y se indicaba que el periodo de colocación del producto era el comprendido entre el 19 de septiembre y el 2 de octubre de 2007, se daban instrucciones a los empleados para la recogida de las órdenes de suscripción, remarcando la obligación de entregar al inversor una copia del Tríptico Informativo con anterioridad a la firma de la orden de suscripción, y se adjuntaba un modelo de impreso de orden de suscripción. También se señalaba en la referida circular interna que el producto había sido clasificado en la categoría Producto Amarillo, de acuerdo con el Manual de Procedimientos para la Comercialización Minorista de Productos financieros de 2004, por lo que podría destinarse habitualmente a clientes personas físicas de Banca Privada y Banca Personal así como a Empresas e instituciones, y eventualmente a los clientes personas físicas de Banca de Particulares en la medida en que los comerciales considerasen que sus características pudieran ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente de que se tratase (documentos 34, 35 y 36 contestación).

5º En fecha no determinada del mes de septiembre de 2007 el Sr. Leon comunicó a D. Heraclio que Banco Santander iba a sacar un producto denominado Valores Santander que podía interesarle. El Sr. Heraclio acudió a la sucursal y se reunió con el Sr. Leon , quien le dio una primera explicación del producto basada en la información que sobre el mismo se recogía en la circular interna de procedimiento C 069-2007, En el curso de esa primera reunión el Sr. Leon le dijo al Sr. Heraclio que se trataba de una operación a cinco años con un cupón muy atractivo cuya contrapartida era la posibilidad de que los valores se convirtieran en acciones. No le dijo que se tratara de una inversión segura con la recuperación del capital garantizada (testifical Sr. Leon).

6º Banco Santander emitió el Tríptico Informativo y la Nota de Valores de la emisión y los depositó en la CNMV, que los aprobó y publicó el 19 de septiembre de 2007. En el Tríptico Informativo se indica que la emisión de los valores se destinaba a financiar la OPA (Oferta Pública de Adquisición) que Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis (conjuntamente "El Consorcio") habían lanzado para adquirir todo el capital de la entidad ABN Amro, efectuándose la emisión por un valor nominal de 5.000 euros por cada valor, y que si no prosperaba la adquisición, el Banco devolvería el 4 de octubre de 2.008 el principal recibido con unos intereses del 7,30 %, y que sí prosperase la adquisición los valores se convertirían en obligaciones convertibles necesariamente en acciones ordinarias Santander de nueva emisión. Se indica también que 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 y se produciría el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011; y el segundo, obligatorio, el 4 de octubre de 2.012, estableciéndose que, para la conversión, la acción Santander se valoraría 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 período 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%, pagadero siempre trimestralmente. 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. También se incluía en el Tríptico Informativo un cuadro de Ejemplos teóricos de rentabilidad del producto (documento 3 de la contestación).

7º Los Valores Santander estaban admitidos a cotización en el Mercado Electrónico de Renta fija de la Bolsa de Madrid y Banco Santander había suscrito un contrato con La Caixa por el cual ésta se comprometía a dotar de liquidez a los valores (documentos 27 y 28 de la contestación),

8º Una vez autorizado por la CNMV el Folleto informativo de la emisión el Sr. Leon llamó de nuevo al Sr. Heraclio para que acudiera a la sucursal. El Sr. Heraclio se reunió con el Sr. Leon, quien explicó de nuevo las características del producto y le entregó una copia del folleto informativo. El Sr. Leon dijo que se trataba de un producto convertible en acciones, que el precio de la conversión estaba determinado desde el principio y que transcurrido un año desde la inversión podía recuperar el 100% de lo invertido. En ese acto el Sr. Heraclio decidió invertir 65.000 euros en el producto y firmó la Orden de Suscripción con el membrete Santander Producto Amarillo, figurando en dicha orden el Código Cuenta Valores, el tipo de orden ("Suscripción"), el nombre y DNI del titular, código valor, clase y denominación del valor ("Valores Santander") y el importe solicitado (65.000 euros), En el apartado observaciones figura que "El ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007 así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba en la casilla "Importe Solicitado", En la copia de la orden de suscripción que el Sr. Leon entregó al Sr. Heraclio aparece en letra manuscrita la fecha "oct 07" (documento 2 de la demanda). El Sr. Heraclio también firmó el documento denominado "Anexo 2, Manual de Procedimiento para la comercialización minorista de productos financieros (personas físicas)" en el que aparecen manuscritos el nombre y PM del titular y en letra pre impresa lo siguiente "Manifiesto que habiendo solicitado por mi propia iniciativa la suscripción del producto "Valores Santander" (escrito a mano) por importe de "65.000 euros" (escrito a mano) y habiéndome informado en la sucursal nº de sus características y riesgos he decidido proceder tras mi propio análisis a realizar dicha suscripción" (documento 2 de la contestación).

9º La operación de adquisición del capital del banco ANB prosperó, por lo que no se produjo la amortización anticipada en efectivo de los valores, que pasaron a ser obligaciones convertibles en acciones. Banco Santander informó de este hecho a los inversores de los Valores Santander mediante una carta fechada en octubre de 2007, en la que les indicó también que la conversión se produciría en cada aniversario de la emisión durante los cuatro primeros años, que el 4 de octubre de 2012 se convertirían en acciones Santander, que el precio de referencia de las acciones a efectos de conversión había quedado establecido en 16,04 euros por acción, que resulta de aplicar un 116% (la prima de conversión contemplada en el Folleto) a la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción de Banco Santander en el Mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores al 17 de octubre de 2007 que había sido de 13,33 euros, y que el número de acciones de Banco Santander que correspondía a cada Valor Santander a efectos de conversión quedaba fijado en 311,76 acciones por cada valor, que resultaba de dividir el valor nominal de cada valor, 5.000 euros, por el precio de referencia antes indicado (16,04 euros) (documento 18 de la contestación). Asimismo Banco Santander envió a los inversores cartas fechadas en enero y noviembre de 2008 informando de los pagos de cupón que estaban percibiendo los inversores con motivo de dicha suscripción, 7,3% el primer año y Euribor tres meses +2,75% los años sucesivos, y que el producto contaba con un mecanismo de liquidez inmediata al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid. En septiembre de 2009 Banco Santander recordó a los inversores la próxima fecha de conversión de los Valores en acciones Santander, que el precio de referencia de las acciones del Banco a efectos de conversión tras la ampliación de capital de 2008 había quedado fijado en 14,63 euros y que la cotización de la acción en ese momento era inferior al precio de conversión (documentos 38 a 40 de la contestación). El Sr. Heraclio recibía estas cartas y también recibía la información de interés fiscal remitida por Banco Santander en la que figuraban todas sus inversiones, entre ellas los 13 Valores Santander por importe total de 65.000 euros (testifical Sr. Leon, documento 6 de la contestación).

10º El Sr. Heraclio no realizó el canje voluntario de sus Valores Santander por acciones en los periodos de canje voluntario que el Banco le fue comunicando. Desde el 4 de enero de 2008 hasta el 4 de octubre de 2012 el Sr. Heraclio obtuvo de los Valores Santander 15.597,83 euros brutos (12.667,29 euros deducidas las retenciones fiscales) (documentos 6, 25 y 26 de la contestación). En el mes de marzo de 2012 Banco Santander abrió ventanas de conversión voluntaria de los Valores Santander que no estaban inicialmente previstas, de las cuales se informó a los inversores por carta, en concreto se les informó de un plazo de conversión voluntaria comprendido entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2012 a un precio por acción de 13,25 euros (documento 3 de



la demanda) El Sr. Heraclio acudió a la sucursal y su directora Dña. Rosana le explicó las características de la conversión. En ese momento el Sr. Heraclio decidió no optar por la conversión voluntaria y mostró su enfado porque con la próxima conversión obligatoria desaparecía el interés que venía percibiendo de los valores y porque la cotización de las acciones en las que se iba a convertir el producto estaba baja en ese momento (interrogatorio Sra. Rosana).

11° En el mes de septiembre de 2012 Banco Santander anunció a los inversores que los valores se iban a convertir automáticamente en acciones, que a efectos de conversión el precio de referencia era de 12,96 euros por acción, que por tanto correspondían 385,80 acciones de Banco Santander por cada Valor Santander, que cada inversor había obtenido una rentabilidad de 7,5% el primer año y del Euribor a 3 meses mas un 2,75% los siguientes y una rentabilidad acumulada del 24%, y que una vez realizada la conversión, si el inversor decidía mantener las acciones, percibiría la rentabilidad derivada de los rendimientos que se venían abonando trimestralmente (documento 24 de la contestación).

12° El 4 de octubre de 2012 se produjo la conversión obligatoria de los Valores Santander en acciones y el Sr. Heraclio recibió en esa fecha 385,80 acciones de Banco Santander por cada valor (5.015 acciones en total) y 5,60 euros en concepto de fracciones sobrantes. Asimismo ha obtenido, por la venta de derechos atribuidos en el marco del programa Santander Dividendo Elección, 734,62 euros brutos en noviembre de 2012, 762,26 euros brutos en febrero de 2013, 752,25 euros brutos en mayo de 2013, 752,25 euros brutos en agosto de 2013, 767,30 euros brutos en noviembre de 2013, y 602,20 euros brutos en febrero de 2014 (documentos 43 a 48 de la contestación, documentos 55 y 56 aportados en la audiencia previa).

13° Entre septiembre y octubre de 2007 el precio medio de cotización de las acciones de Banco Santander era de 13,63 euros. La acción de Banco Santander había estado al alza con ligeras oscilaciones desde julio 2006, sin descensos significativos (documento 20 contestación). Desde 2008 el precio de la acción de Banco Santander ha sufrido oscilaciones al alza y a la baja, en 2009 sufrió una importante caída y seguidamente una recuperación que alcanzó su punto más alto en 2010 sin alcanzar los niveles de 2008, produciéndose a partir de 2010 una caída progresiva con leves altibajos. El 4 de octubre de 2012, la cotización de la acción era de 5,87 euros y el 9 de enero de 2014 el precio de la acción de Banco Santander era de 6,81 euros (documento 41 contestación).

14° El 27 de septiembre de 2012 el Sr. Heraclio realizó una reclamación al Servicio de atención al cliente de Banco Santander alegando que en junio de 2012 había tenido la primera comunicación de la que había sido consciente sobre la conversión de los valores en acciones y sobre su disminución de valor. El 30 de octubre de 2012 realizó otra reclamación ante el Banco de España, que fue remitida a la CNMV y respondida por ésta en abril de 2013 mediante una carta en la que se decía que el banco no había acreditado disponer de información sobre el cliente que le permitiese valorar la adecuación del producto a su experiencia o perfil inversor y que existían defectos formales en la orden de suscripción pues carecía de fecha (documentos 5 y 10 de la demanda).

15° Mediante Resolución de 16 de enero de 2014 la CNMV impuso a Banco Santander una sanción administrativa por la comisión de falta grave tipificada en la letra t) del artículo 100 de la LNMV consistente en no disponer de información necesaria sobre sus clientes en el proceso de suscripción de la emisión de Valores Santander (documento aportado por la parte actora en la audiencia previa).

TERCERO-. Con carácter principal se ejercitan en este procedimiento de forma acumulada una acción de nulidad absoluta por incumplimiento de normas imperativas y una acción de nulidad relativa o anulabilidad por error en el consentimiento y dolo, y, con carácter subsidiario, una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones legales. Analizando en primer lugar las acciones de nulidad absoluta y relativa que se ejercitan con carácter principal y respecto a la acción de nulidad radical o absoluta del contrato de adquisición de Valores Santander, por infracción de normas imperativas (artículo 6.3 CC), debemos recordar que la actora entiende por tales las citadas en su escrito de demanda reguladoras del deber de información que recae sobre la entidad demandada y que a juicio de la parte actora ha sido incumplido por esta. Pues bien, como señala la SAP Asturias Secc 7ª de 9 de junio de 2014 , con cita de la STS de 27 de febrero de 2004 "El art. 6,3 del Código Civil solo contiene una norma medial, que requiere el soporte de una disposición que, conculcada, permita sentar el efecto previsto en aquella, pues no toda infracción normativa acarrea la nulidad del acto jurídico; esto es, como ya señaló esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 1.990 (con cita de las de 26-7-86 y 17-10-87), "el art. 6.3 CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad de los actos jurídicos, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios en la ley en tres distintos grupos: a) aquellas cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; b) actos contrarios a la ley, en los que ésta disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérsele validez a tales actos contra legem, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa



sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrario y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten el acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público ». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005. Lo cierto es, sin embargo, que el incumplimiento del deber de información acerca de los riesgos que comportaba la contratación de las obligaciones subordinadas, que venía impuesto por los arts. 79.bis de la LMV, 60.1 del RD 217/2008, de 15 de febrero, y 8.d, 12.1, 18.2.e y 60 del TR de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, no puede determinar en este caso ' por sí solo la nulidad del contrato, pues en ninguna de dichas normas se contempla el efecto anulador del incumplimiento del deber de información y, como hemos dicho antes, en la valoración de los riesgos propios del producto y la incidencia que la falta de información pueda tener en la conciencia del cliente sobre su existencia, se han de tener en consideración las condiciones subjetivas de éste y las objetivas del producto contratado, de modo que, por sí sola, la falta de información no determina la existencia del error, y menos aún puede determinar la nulidad radical del contrato, pues es sólo un factor a tener en cuenta en la valoración de la prueba acerca del grado de desconocimiento que el cliente pudiera tener, al tiempo de contratar, sobre la verdadera naturaleza y los riesgos del producto contratado, pues el efecto pernicioso de la falta de información puede ser suplido por el conocimiento, que el cliente pueda tener "ex ante" del producto (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014) y/ o por la escasa diferencia que el producto pudiera presentar en relación con aquel que el cliente se propuso contratar". Entendemos que esta doctrina jurisprudencial es de clara aplicación al presente caso, en el que la alegación de nulidad radical o absoluta se fundamenta también en la infracción de normas reguladoras de mercado de valores, del deber de información de las entidades bancadas y de la legislación protectora de los **consumidores** y usuarios, cuya eventual infracción, como señala la Sentencia citada, no basta por sí sola para declarar la nulidad radical del contrato.

CUARTO-. Respecto a la acción de nulidad relativa que también se ejercita conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial sobre el error y el dolo como vicios de consentimiento. En cuanto al error, señala la STS Sala 1ª de 21 noviembre 2012 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. 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". Esta doctrina ha sido reiterada en la STS de 29 de octubre de 2013 .

Asimismo respecto del error como vicio de consentimiento en el ámbito específico de la contratación bancada, la reciente STS Sala 1ª de 17 de febrero de 2014 señala que "3ª- Respecto del error puso de manifiesto la sentencia de 29 de diciembre de 1978 que la voluntad, base esencial del contrato, ha de ser libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten dichas condiciones, por lo que la Ley considera un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando, en otros o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias, en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder a lo que quisieron o hubieran querido los contratantes. 4ª.- Parece innecesario destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión. Omitir esa información - que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa - puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 -; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril , destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada " lex privata " o "lex contractus" que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante. Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios. Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado - otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue.....4ª.- Es claro que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece, se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no. La jurisprudencia así lo ha exigido tradicionalmente".

En esta misma línea la SAP Madrid de 7 noviembre 2013 sec. 19ª señala que "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 transcendencia 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".

En cuanto al dolo la STS Sala 1ª de 5 marzo 2010 nos recuerda que "el dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Determinación de la voluntad que destacan las sentencias de 11 de mayo de 1993 , 29 de marzo de 1994 , 29 de diciembre de 1999 y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la "insidia directa



o inductora de la conducta errónea de 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" y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico".

QUINTO-. Sentado lo anterior, en relación al deber de información que incumbe a la entidad financiera demandada y en cuyo incumplimiento la parte actora fundamenta sus alegaciones sobre el carácter viciado del consentimiento contractual prestado, consideramos que resulta aplicable la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, dada la fecha en que se concertó la operación cuya nulidad se pretende, en cuyo artículo 78.1 establecía que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministerio de Economía, disponiendo su artículo 79.1 que: " 1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores , deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos, c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone, e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe, h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

En desarrollo de estas previsiones legislativas, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios EDL 1993/16198, establecía en su artículo 16.1 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen "un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación, debiendo además informarles, según señalaba el artículo 16.2, "con toda la diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones»; este Real Decreto incorporaba como Anexo un Código general de conducta de los mercados de valores, del que cabe destacar algunas disposiciones-, como la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes "la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vaya a proveer" (artículo 4.1), la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar 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» (artículo 5.1) y la exigencia de que 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" (artículo 5.3).

SEXTO-. Hechas las anteriores consideraciones sobre el error y el dolo como vicios del consentimiento y la normativa aplicable sobre el deber de información de la entidad bancaria, debemos tener presente en primer lugar que este deber de información exigible a las entidades financieras en la oferta y promoción de productos de inversión ha de ser puesto en relación con el perfil y experiencia inversora del cliente que contrata, y en este caso ha quedado acreditado que el demandante no tenía en absoluto el perfil conservador y de aversión al riesgo que se nos describe en la demanda y en el informe del perito de la parte actora Sr. Lázaro . Por



el contrario de la documentación obrante en autos se desprende que el actor nunca contrató depósitos a plazo y que toda su actividad inversora, abundante por otra parte al menos desde el año 2001, se centró en productos de inversión que ofrecían una rentabilidad superior a la de los depósitos a plazo, sin garantía de recuperación del capital invertido y sometidos en todo caso a los riesgos de fluctuación del mercado, de características por tanto similares al producto financiero que nos ocupa y que más adelante analizaremos. Debemos concluir por tanto que los Valores Santander objeto de este litigio sí que se adecuaban al perfil inversor del demandante y a su experiencia previa de contratación. No nos hallamos por otra parte ante un producto financiero especialmente complejo ni lo es más que otros productos que previamente había contratado el Sr. Heraclio . El perito de la actora Don. Lázaro señala que se trata de un derivado financiero complejo y subordinado porque su rentabilidad depende de un Índice subyacente y de los beneficios de un emisor, pero estas características resultan irrelevantes en este caso porque el actor nunca dejó de percibir el cupón que le correspondía y en todo caso no son indicativas de la complejidad del producto, porque su funcionamiento es sencillo y de fácil comprensión incluso para personas que no estén tan familiarizadas con la contratación de productos financieros como lo estaba el demandante. En concreto estamos ante valores que acaban convirtiéndose en acciones del Banco Santander, bien por acudir al canje voluntario en las fechas que se indican, o bien por el canje obligatorio previsto para el día 4 de octubre de 2012, cuyo riesgo viene dado exclusivamente porque una vez asegurada una rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, el adquirente termina siendo titular de acciones del Banco emisor, sometidas a los riesgos de volatilidad del mercado, riesgo este al cual como decimos el actor estaba sobradamente familiarizado, pues en repetidas ocasiones había contratado productos de inversión sometidos a riesgos idénticos, en concreto acciones y fondos de inversión sujetos también a riesgos de mercado. Como señala la reciente Sentencia de la AP Cantabria Secc. 4ª de 1 de julio de 2014 , pronunciándose sobre las características y naturaleza del producto "valores Santander " en él concurren varias notas que permiten concluir que no nos encontramos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado que las acciones propias del Banco Santander, pues "se trata de un producto dotado desde el principio de liquidez, dado que los valores eran negociables en la bolsa en Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado a la insolvencia del emisor, se veía en este caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario. Los "Valores Santander" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en situación delicada, sino para participar en una OPA que concluyó con éxito". En este mismo sentido el perito Don. Alejo que el riesgo del producto era el mismo que pudiera tener la compra de acciones de Banco Santander, que están sometidas a las lógicas oscilaciones del mercado, que es cierto que el valor de las acciones de Banco Santander ha descendido respecto al precio en que se valoraba la conversión, lo cual no era previsible en 2007, y que obviamente la operación podría haber sido todavía más beneficiosa para el actor si el valor de las acciones se hubiera incrementado, o mantenido, pero en ello se encontraba el componente de riesgo del producto, compensado con los elevados rendimientos que ha obtenido y que alcanzan el 24% del capital invertido, además de las acciones recibidas en concepto de rendimientos en especie. No estamos por otra parte ante un producto de carácter perpetuo ni de una inversión que el actor no puede deshacer. El demandante ha percibido intereses cuantiosos de su inversión, se ha convertido en accionista de una entidad bancaria solvente, y puede vender sus acciones en el momento que le convenga, según coticen en el mercado. Ciertamente las ganancias o pérdidas que pueda obtener dependen de la fluctuación de las acciones en el mercado bursátil, pero se trata de un riesgo idéntico al que el actor ha asumido con otras inversiones. En todo caso, como señala el perito Sr. Alejo , las pérdidas o ganancias potenciales no se materializarán hasta la enajenación de las acciones, que a fecha de hoy no se han vendido aun.

En cuanto al proceso de contratación, consideramos acreditado que el actor fue informado por el personal de la entidad demandada de las características esenciales del producto. Extraemos esta conclusión de la declaración del testigo D. Leon , que entendemos reúne suficientes garantías de objetividad e imparcialidad pues no mantiene vínculo laboral con la entidad demandada desde el año 2008; en concreto el Sr. Leon , que intervino directamente en la fase previa y coetánea y también posterior a la contratación del producto que nos ocupa hasta el año 2009 en que Dña. Inmaculada pasó a ser la gestora personal del Sr. Heraclio en la sucursal del Boulevard de San Sebastián, ha declarado que ofreció el producto al hoy demandante porque se ajustaba totalmente a su perfil, teniendo en cuenta los productos que previamente había contratado con la entidad y su manifestado interés en obtener la máxima rentabilidad posible aunque para ello tuviera que asumir cierto riesgo, que nunca le dijo que se tratara de un depósito a plazo que tuviera el capital garantizado, sino de unos valores que generaban una rentabilidad significativamente mayor que la de un depósito convencional, con la contrapartida de que, transcurrido un plazo de cinco años, los valores se convertían en acciones de Banco Santander a un precio prefijado, que mantuvo con el Sr. Heraclio una reunión previa en la que ya se disponía de una información muy completa del producto, en concreto la reflejada en la circular interna obrante en autos, en la cual se exponen las características más importantes y las condiciones de la emisión, que coinciden



prácticamente con las contenidas en el tríptico informativo aprobado por la CNMV, que mantuvo al menos otra reunión posterior con el Sr. Heraclio , una vez que la CNMV aprobó el folleto y la Nota de Valores de la emisión, en la que de nuevo le explicó las características y riesgos del producto en base al Tríptico informativo resumen del folleto del cual ya se disponía en ese momento, que le entregó personalmente un ejemplar de dicho Tríptico y que el Sr. Heraclio decidió la cantidad a invertir y firmó la orden de suscripción.

Por otra parte del examen de la Orden de suscripción que el demandante firmó y que ha sido aportada tanto por la parte actora como por la parte demandada se desprende que su contenido era suficiente para que el actor pudiera percatarse de que no estaba contratando un depósito a plazo garantizado, ya que en ningún apartado del documento figura la mención "depósito" o "garantía" m ninguna otra que pudiera provocar en el firmante la creencia de que estaba contratando un producto de ese tipo, por el contrario el producto se identifica claramente como "Valores Santander", denominación totalmente alejada del depósito a plazo, y además se indica de forma expresa en la Orden que el producto tiene "complejidades y riesgos", características estas que no son precisamente propias del depósito a plazo, además de recogerse la manifestación expresa de recepción previa del tríptico informativo que en este caso ha sido corroborada por el testigo Sr. Leon . El perito de la actora Don. Lázaro afirma que en la Orden debió informarse de la tendencia bajista de la cotización de la acción de Banco Santander en los meses anteriores a la fecha de contratación, pero lo cierto es que no consta que la acción de la entidad demandada cotizara significativamente a la baja en las fechas previas y coetáneas a la contratación del producto. También señala dicho perito que en la orden debió incorporarse el texto del folleto informativo inscrito en la CNMV así como ejemplos o escenarios numéricos de evolución de la rentabilidad del producto en función de la cotización del producto, información sobre gastos de conversión de las acciones y sobre el régimen fiscal aplicable, pero consideramos que la acreditada recepción previa a la suscripción de la orden del tríptico informativo en el que constan de forma suficientemente comprensible todas las características del producto e incluso dos escenarios de posible rentabilidad, tanto positiva como negativa resulta suficiente para concluir que el actor recibió la información adecuada sobre el producto, que la omisión en la orden de suscripción de información sobre el régimen fiscal resulta irrelevante dado que nada hubiera aportado sobre la naturaleza y riesgos del producto y que tampoco tiene trascendencia la información sobre gastos de conversión porque el producto no generaba gastos de ese tipo.

En cuanto al hecho de que el apartado reservado a la fecha de suscripción de la referida Orden figure en blanco y que solo haya Una mención manuscrita, fuera de dicho apartado, al mes (octubre) y al año (2007) en el ejemplar de la Orden que obra en poder del actor, consideramos que no afecta a la corrección del proceso de contratación ni implica que el demandante no recibiera la información suficiente sobre el producto contratado, pues de la prueba practicada se desprende que el tríptico informativo de la emisión de los Valores Santander cuya recepción reconoció el suscriptor al firmar la Orden fue efectivamente registrado en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, fecha esta en todo caso anterior a la firma de la Orden, vista la mentada referencia a octubre de 2007 que figura en el ejemplar de la misma aportado por el propio demandante.

No se aprecia tampoco que el Banco vulnerase su propio procedimiento comercializados que en la fecha en que se contrató el producto litigioso se encontraba regulado en el Manual de Procedimientos de Banco Santander del año 2004 (documento 32 de la contestación), pues el producto estaba calificado por la entidad bancada como amarillo, y según el artículo 9 del Manual apartado (ii) los productos amarillos podían destinarse habitualmente a los clientes del segmento A (Banca Privada), del B (Banca Personal) y eventualmente a los del C (Banca de Particulares) "en la medida en que los comerciales consideren que sus características pueden ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente de que se trate, pero estos únicamente podrán suscribirlos si firman el documento que figura como anexo 1", y el producto litigioso se presenta como totalmente adecuado al perfil de riesgo e inversión del actor, que como hemos visto había contratado antes fondos de inversión, acciones y otros productos de complejidad y riesgo similar a los del producto que nos ocupa y además consta que el actor firmó el Anexo 1 al que se refiere el artículo 9 del Manual. La calificación del producto como amarillo no resulta inadecuada ya que encaja en la definición contenida en el apartado b) del artículo 9 del Manual, pues se trata de un valor de renta fija, fue objeto de colocación pública previa la verificación de un folleto informativo en la CNMV, cotiza en un mercado organizado oficial y suficientemente líquido y en él no se dan las características previstas en el apartado 9,2 (i) b anterior, entre las que se encuentra la calificación crediticia del emisor. La circunstancia, apuntada por el perito Don. Lázaro como reveladora de su naturaleza de "producto rojo", de que la recuperación del capital invertido en el producto no esté garantizada, no implica que la calificación del producto como amarillo sea incorrecta, pues, como señala el perito Don. Alejo , las acciones también son productos no garantizados y en el Manual de Procedimientos se califican como verdes, y además la calificación de los Valores Santander como producto amarillo fije ratificada por la CNMV al registrar la Nota de Valores, en cuya página 80 se dice que los Valores Santander se han calificado como producto amarillo y que su nivel de riesgo y complejidad es de tipo medio.



En cuanto a la fase poscontractual, ha quedado acreditado que el actor recibió la información que fue suministrando el Banco a sus clientes inversores en Valores Santander, a través de las cartas aportadas a los autos, en algunas de las cuales se hace referencia a la evolución a la baja de las acciones Santander y que, según ha declarado el testigo Sr. Leon fueron también enviadas al hoy demandante, quien incluso acudió a la sucursal en alguna ocasión pidiendo explicaciones sobre alguna de dichas cartas y solicitando información sobre la evolución de la inversión realizada.

En definitiva, de lo expuesto se desprende que el consentimiento del actor no estuvo viciado ni por error ni por dolo y que la actividad informadora de la entidad bancada, tanto en la fase precontractual como contractual, se ajustó a la normativa aplicable y al perfil inversor del cliente, quien tuvo conocimiento suficiente de las características esenciales del producto y de sus riesgos, por lo que debe desestimarse tanto la acción de nulidad ejercitada con carácter principal como la acción de responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios que se ejercita con carácter subsidiario, ya que esta se basaba en la infracción por parte de la entidad demandada de sus deberes de información, infracción que no hemos apreciado. Procede por tanto la íntegra desestimación de la demanda y la consiguiente absolución de la demandada.

SÉPTIMO-. De conformidad con el artículo 394 LEC se imponen las costas del procedimiento a la parte actora.

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

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Salvador, en representación de P. Heraclio , frente a Banco Santander SA, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones frente a ella dirigidas. Se imponen a la parte actora las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (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 IBAN ES55 0049 5569 9200 0500 1274, CONCEPTO: 0699 0000 00 1155 13, indicando en el campo 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. MAGISTRADO 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 DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a cinco de enero de dos mil quince.