



Roj: SJPI 18/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:18

Id Cendoj: **08019420242015100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Barcelona**

Sección: **24**

Fecha: **11/02/2015**

Nº de Recurso: **453/2014**

Nº de Resolución: **25/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO PASCUAL NUÑO DE LA ROSA AMORES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL: 935549424

FAX: 935549524

EMAIL: Instancia24.barcelona@xij.gencat.cat <mailto:Instancia24.barcelona@xij.gencat.cat>

N.I.G: 0801942120148087844

Procedimiento ordinario 453/2014 -3A

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

IBAN en formato electrónico: ES5500493569920005001274

IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 8200 0500 1274

Beneficiario: Juzgado de Primera instancia nº 24 de Barcelona

Concepto: N° Cuenta Expediente del Juzgado

Parte demandante/ejecutante: Miguel , Isabel

Procurador/a: Marc Castañon Puell, Marc Castañon Puell

Abogado/a: Ernest Vallos Salvador

Parte demandada/ejecutada: BANCO SANTANDER S.A

Procurador/a: Ildefonso Lago Pérez

Abogado/a: ALEJANDRO FERRERES COMELLA

SENTENCIA N° 25/2015

LUGAR y FECHA: Barcelona, a once de febrero de dos mil quince

MAGISTRADO-JUEZ: D. Antonio Pascual Nuño de la Rosa y Amores

TIPO PROCEDIMIENTO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO. N° AUTOS: 453/2014. SECCIÓN: 3A -ACCIÓN EJERCITADA: Nulidad de contrato-bancario (suscripción de valores). CUANTÍA: 55,000 EUR

PARTES LITIGANTES

DEMANDANTE/S: Miguel Y Isabel

PROCURADOR/A/ES: MARC CASTANON PUELL



LETRADO/A/S: ERNEST VALIOS SALVADOR

DEMANDADO/S: BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR/A/ES: LAGO PÉREZ

LETRADO/A/S: FERRERES CANELLA; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se turno a este Juzgado demanda de juicio ordinario que formulaba el procurador/a Sr/a. MARC CASTAÑÓN PUELL en representación de Miguel y Isabel contra BANCO SANTANDER S.A. en ejercicio de acción de nulidad de contrato bancario (suscripción de valores) y en persecución de la suma de 55,000 € en que se cuantificará la presente litis. Basaba su pretensión en los actores Don Miguel y Isabel, padre e hija en que atendiendo a una llamada telefónica que les efectuó el director de la sucursal bancaria de la demandada BANCO SANTANDER S.A., oficina 3685, sita en la Gran Vía de nuestra ciudad acudieron a una entrevista con dicho empleado bancario que: les ofreció suscribir un depósito que según se informó consistía en una operación a plazo fijo y convencidos de la naturaleza de la misma depósito del actor Miguel 40.000 € en la operación identificada como número NUM000 y su hija la demandante Isabel 15.000 € en la identificada como NUM001 adjuntándose de documento número 1 y 2 justificantes de tales operaciones. Detectaron el problema los inversores y demandante con ocasión de la comunicación que les envió de cara al impuesto sobre la renta de las personas físicas la Delegación de Hacienda donde se les advertía de una pérdida patrimonial de 23,932,74 € para el padre y de 8976777 € para la hija por lo que procedieron a solicitar explicaciones de empleados de la sucursal bancaria de la demandada BANCO SANTANDER S.A. quienes les informaron que efectivamente se había reconvertido su imposición en acciones de la propia entidad y se le significó el alcance de la operación realizada, por la que aquella imposición debía convertirse en acciones de la "entidad" demandada BANCO SANTANDER S.A. a un plazo prefijado contractualmente lo mismo que el precio de esa reconversión, argumentando los demandantes Miguel y Isabel que no podían tener conocimiento de la misma aportando de 3 carta informativa y de 4 oportuna liquidación de intereses al tipo pactado, En definitiva nunca supieron que su pretendida imposición a plazo fijo se trataba de un producto de la entidad; y consecuencias patrimoniales negativas del suscrito. Se hacía referencia al: perfil. conservador de los inversores y demandantes aportándose documentación de las resultaba precisamente sus posiciones siempre prudentes como pequeños ahorradores en relación a las inversiones que realizaban. Además no se realizó el test de conveniencia; y se contradijo totalmente el perfil muy conservador de los demandantes. Se analizaba la naturaleza del producto híbrido de alto riesgo y características; del producto de alta, complejidad y de enorme riesgo pues incluso explicadas detalladamente sus características que pasaban a exponerse, difícilmente hubieran podido ser entendidas "por los demandantes dado su conocimiento en asuntos financieros. Se aludía a que se ofrecía;, como un producto amarillo de escaso riesgo cuando en realidad debía ser considerado como productos rojo, ya que no garantizando la devolución del capital según el Manual de Procedimientos de la propia demandada BANCO SANTANDER S.A. que se adjuntaba documento número 6. Se entendía que se había producido error esencial en el consentimiento de los inversores y ahora demandantes, entendiéndose que por parte de la demandada BANCO SANTANDER S.A. se había actuado con evidente dolo ya que no sé les expuso y deliberadamente se les ocultó siendo conscientes de su perfil minorista la auténtica naturaleza de ese producto contradiciendo incluso lo dispuesto el manual de actuación del banco demandado por lo que procedía declarar la nulidad de la operación y en forma subsidiaria la resolución del contrato con condena la demandada BANCO SANTANDER S.A. a la: devolución de la suma de 55,000 € con los intereses desde la contratación y en tal sentido, tras alegar la fundamentación jurídica de aplicación al caso, terminaban suplicando los demandantes Don Miguel y Isabel el dictado de sentencia que en todo caso debería contener la condena en costas "judiciales por imperativo legal y evidente temeridad y mala fe de la demandada BANCO SANTANDER: S.A.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada BANCO SANTANDER. S.A. que compareció en las actuaciones y la contestó en escrito de fecha 2/7/14 que aquí se da por reproducido. Tras precisar las acciones ejercitadas de contrario tendentes a la declaración de nulidad o subsidiariamente de resolución contractual, oponía BANCO SANTANDER S.A. que la inversión se realizó de forma consciente y voluntaria y después que se registraron los Valores Santander en la Comisión Nacional del Mercado de v/ CNMV) tras haber prestado el oportuno consentimiento y haber sido informados los demandantes Miguel y Isabel de las características y riesgos del producto a través de los documentos registrados al efecto en la indicada Comisión concretamente nota explicativa de los valores y tríptico informativo que se acompañaban de 3 A y 3 B. Se destacaba además que los demandantes fueron haciendo suyos los rendimientos generados y además dieron órdenes expresas a BANCO SANTANDER S.A; de convertir anticipadamente los valores en las acciones del banco según documentos 2 A tratando de cobrar en efectivo todos los dividendos cobrados por



esas acciones contrastando tal efecto el programa "Santander Dividendo Elección "a que se hará referencia. Por lo tanto el hecho de que se haya, tolerado la ejecución de la inversión sin manifestar reserva una vez recibido el típico, nota de valores y cartas que evidenciaban la naturaleza específica y especulativa de inversión no es más que una concatenación de actos confirmatorios de la orden de suscripción de los indicados valores. La realidad es que descendió la cotización de las acciones de la demandada BANCO SANTANDER S.A. en julio del 2012 y a petición de los demandantes Miguel y Isabel se convirtieron anticipadamente los Valores Santander pero ello no autoriza a desplazar la pretensión de que: el riesgo de la operación sea desplazada de los demandantes al banco demandado. Se dibujaba el perfil de la parte actora Don Miguel y Isabel negando su característica de pequeños ahorradores que carecen de los más elementales conocimientos financieros aportando documental de la que resulta que han mantenido posiciones en acciones de numerosas empresas cotizadas con renta variable sin garantía alguna sobre el capital invertido ni sobre los rendimientos según documentos que se aportaban así como se traía el histórico de inversiones en bolsa. Igualmente han sido titulares pisos demandantes de fondos de inversión que se adjuntaba de 4 Q a 4 R, planes de pensiones, participaciones preferentes según documentos 4 S a 4T, seguros de inversión según documentos: 4 D a 4 I, con lo que queda sobradamente acreditado que se hallaban acostumbrados a invertir en productos financieros de naturaleza especulativa. Formación suficiente que también se derivaba de los tests de conveniencia que se aportaban de documento número 4 firmados por don Miguel por otra parte se puso manifiesto en los términos y firmado por Miguel . Tras posicionarse sobre las Resoluciones de la; Comisión Nacional del Mercado de Valores a las que se aludía por los actores de documento número 4 como ejemplo la mala praxis bancada significando su naturaleza puramente administrativas y no civil, se analizaban las características de la inversión objetó del procedimiento; remitiéndose los documentos 6 a 9 y explicando las variaciones ocurridas en los diferentes precios de referencia de las acciones a efectos de conversión según documentos 13 a 18. igualmente se pronunciaba BANCO SANTANDER S.A. sobre la documentación empleada por el banco para informar a los inversores y ahora demandantes aludiendo al folleto explicativo y tríptico en que se resumían las características esenciales del producto y particularmente su rentabilidad con diversas hipótesis e incluso la propia C N M V pública información al respecto. Ofrecía la demandada BANCO SANTANDER S.A. su versión de las negociaciones el 19/9/07 113 contactó con los clientes que habían manifestado su intención de adquirir este producto y entre ellos los actores Miguel y Isabel que estaban completamente Informados del alcance de su inversión. A continuación se hacía referencia a las diversas comunicaciones enviadas a los demandantes por el banco que se adjuntaban dónde puntualmente se les informaban de la cotización y evolución de las acciones; antedichas. Se aludía por otra parte a la percepción de intereses por los actores según documentos 14 y 15 que admitieron esa percepción de intereses trimestrales sin objeción alguna. Seguidamente se explicaba la evolución de la cotización de las acciones del BANCO SANTANDER S.A., evolución de la que habían sido cumplidamente informado los demandantes Miguel y Isabel según las comunicaciones y extractos que se hacían llegar a su domicilio así como los resúmenes fiscales que le fueron remitidos según el bloque documental 0, optando padre e hija por la conversión anticipada de los valores en acciones y el cobro de los rendimientos que "generara, remitiéndose a la opción por el denominado "Santander dividendo opción ", con lo que resulta que según el documento número 25 la actora optó por ser remunerado en efectivo. Resumidamente los actores conocían el carácter especulativo de la operación que por otra parte ha producido unos aprovechamientos de 123 por ciento de lo invertido, además de estar los demandantes Miguel ; pamba y Isabel en posesión de las acciones que cotizan en el: mercado a lo que debe añadirse los beneficios de las acciones convertidas que no podrán concretarse hasta el momento en que se proceda a la venía las acciones existentes en que se han convertido tales valores. En definitiva el descenso la cotización de las acciones es la que impulsó a los actores a interponer la demanda tratando de desplazar el riesgo propio de la inversión después de haberse aprovechado de sus rendimientos tratando de zafarse con un presunto error del consentimiento de las consecuencias de una inversión que no arrojaba las ganancias esperadas en vista que en el momento de la conversión la acción presentaba cotización inferior a la prevista inicialmente. En esta materia, "el riesgo de éxito o fracaso" de las expectativas contractuales corresponde a cada parte del contrato: Tras alegar la; fundamentación jurídica del caso, terminaba suplicando. BANCO SANTANDER S.A. que se tuviere por contestada la demanda y en su día se dicte."sentencia desestimando íntegramente la demanda con condena en costas a los demandantes Don Miguel y Isabel .

TERCERO.- Contestada la Remanda se citó a los contendientes a la audiencia previa que marca la ley celebrada el 29. de septiembre pasado con el resultado grabado en el DVD correspondiente que se tiene por reproducido. Incompareció la demandada B SANTANDER, si bien tal incomparecencia fue motivada por la falta de notificación de la oportuna resolución quitándole al efecto por lo que se dictó auto de oficio por este órgano judicial decretando la) nulidad de lo actuado hasta tal audiencia previa y se señaló nuevamente en el 24/11 en que se celebró con el resultado graduado en el DVD correspondiente que se tiene aquí por reproducido. No se logró acuerdo entre las partes que propusieron prueba concretamente e la documental y testifical, practicándose las probanzas en el acto del juicio celebrado en el día de hoy, 11/2/15, con el resultado



grabado en el DVD correspondiente del que se desprende que, tras darse por reproducido la documental, se oyó testigo señor Julián aportó la demandada liquidación de las percepciones, de: su inversión por parte de los demandados tanto en la fase de valores como consecuencia de las acciones en que se la convirtió aquella que arrojaban 1 resultado final de 18.148, 21 euros, como por lo demás ya se había advertido con anterioridad en las alegaciones sobre hechos nuevos. Seguidamente concluyeron las partes por su orden y han tomado estado los autos para resolución definitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Precisó es efectuar a modo de preámbulo determinadas puntualizaciones sobre la malpraxis bancaria tributaria de nulidad o anulabilidad de determinados contratos: que son ofrecidos al cliente como productos financieros y de las que resulta un perjuicio; patrimonial para él particular o bien porque sufrió pérdidas en la inversión aconsejada por el banco o bien porque finalmente resulta deudor respecto a éste como consecuencia de los efectos del producto financiero cuyo alcance no conocía o se le explicó insuficientemente, todo ello partiendo de la relación de confianza en principio existente entre la entidad financiera y el cliente que se deja asesorar y guiar por el banco como comerciante experto en el ámbito de la financiación. Particularmente ilustrativos son los supuestos de contratos de depósito y los de "permuta financiera de tipo de interés", denominados SWAP.

Debe partirse de la idea de la administración de valores como típica actividad bancaria. Suele aludirse al distingo de la actividad de depósito y de administración y gestión de los valores en beneficio de la clientela que se engloba dentro de los denominados servicios para bancarios. Dentro del amplio espectro de lo que se ha denominado administración sustantiva de los valores, se comprende un abanico que va desde el mantenimiento o mera conservación del contenido económico del valor lo que se reconduce en un contrato de depósito en sentido estricto hasta operaciones que suponen la máxima obtención de rentabilidad en función de la política de inversión que el banco hace presente al cliente y que éste, guiado por aquel como experto en la materia, accede y asume recayendo en la entidad bancaria tanto la elección de la inversión como el presumible buen fin de la misma. Si el banco reconduce su actuación a la simple conservación del contenido económico mediante la guarda y custodia de los documentos en que se formaliza el derecho y a la obtención de su rentabilidades prefijadas, nos hallaríamos ante el mero contrato de depósito de valores y a tenor del artículo 308 del Código de comercio, ese, supuesto de servicio de administración conservativa de valores implica que una entidad bancaria se obliga, frente a su cliente a la conservación y custodia del soporte documental de los títulos (depósito en sentido estricto) y a realizar todos los actos para la conservación económica de los valores mediante el ejercicio cuidadoso de los derechos inherentes a los valores administrados (se entienda el contrato de comisión subsumible en el citado artículo 308 del Código de comercio), abriéndose la distinción según lo depositado sean títulos valores materiales o se administre valores representados mediante anotaciones en cuenta.

Frente a este tipo de contratación sencilla pues el banco llena su obligación conservando los valores y obteniendo sus rendimientos normales económicos y ejercitando en su caso los derechos políticos colaterales, aparece la figura contractual mucho más compleja de la que se ha denominado "contrato de gestión de cartera de valores" o "contratos de gestión de carteras de inversión". En atención a que en el ámbito de los mercados de capitales la mayor complejidad inherente a la inversión exige una calificación y conocimiento del mercado a que el inversor particular no puede hacer frente, se supera esa dificultad a través de una "mediación" profesional que asume el banco, de suerte que ya no se limita al mero contrato de depósito de valores que subsiste como base, sino que el cliente encarga a su banco- gestor la explotación de su cartera de valores que comprende no sólo la administración conservativa de aquellos sino que le permiten explotarla de acuerdo con unos; criterios de obtención de beneficio en que prima la calificación del banco como experto financiero que aconseja al cliente a cambio de un precio por su función de depositario y, administrador; cualificado. Ese contrato de gestión de carteras de inversión supone la gestión indirecta individual de valores y ha sido definido por la doctrina como aquel por el cual una persona, mandante, encarga a otra, gestor, que mediante operaciones sobre valores mobiliarios, administre el patrimonio del mandante constituido por dinero, títulos o un conjunto de ambos. Como regla general, en la ejecución de la actividad de; administración de valores, la entidad de crédito deberá observar una actuación diligente, prudente y ordenada de conformidad con el artículo 255.2 del Código de comercio que ordena que se hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, obligación general que tiene apoyo para la administración desempeñada en el ámbito del mercado de valores en el artículo 79 c) LMV que obliga a la entidad de crédito administradora a desarrollar una gestión ordenada y prudente cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios. Por otra parte el artículo 2 del anexo del Real decreto 629/93 de 3/5 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, Código General de Conducta ya establecía la obligación de las entidades administradoras de valores de actuar



con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo su ejecución según las estrictas instrucciones de su cliente o en su defecto en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y usos propios de cada mercado. Ni que decir; tiene que la posición de la banca es privilegiada en la administración de valores por cuanto parte de un sistema de confianza especial de los clientes sobre este tipo de entidades a las que confían la gestión de sus fondos de suerte que se ha llegado a afirmar que la pericia bancaria que se conoce con el anglicanismo "skill" exigible a las entidades de crédito es mucho mayor; que la pericia exigible a cualquier otra entidad administradora, toda vez que se trata de un comerciante experto que ejerce funciones de comisionista como fuente de lucro y que actúa utilizando todas las técnicas existentes en el momento de la ejecución en la forma y condiciones en que hubiera hecho cualquier otra entidad de crédito. Además de las disposiciones legales, esa diligencia exigible a las entidades bancarias como el arquetipo de las entidades de gestión de cartera y que debe atender a unos parámetros de alta tecnificación y responsabilidad suma, se complementa con las normas que protegen a la cliente la bancaria que pasamos a resumir.

El cliente **consumidor** que confía su cartera de valores o sus ahorros a la entidad bancaria para su inversión con la pretensión de obtención de una alta rentabilidad (o al menos la mejor posible), asume desde luego el riesgo de la operación pues en definitiva se trata de la obtención de frutos civiles de su patrimonio. Pero puede exigir a la entidad que gestiona su cartera de valores o sus fondos que al invertir actúe con los parámetros de profesionalidad cualificada a que hemos hecho referencia, cumpliendo la normativa que regula la materia que impone estrictas obligaciones a estas entidades que repercuten en normas de derecho público en cuanto tratan de asegurar la limpieza y eficacia del mercado de valores pero que trascienden a las relaciones privadas entre el banco y su cliente.

En primer lugar y a tenor de la Ley 7/98 de 13/4 sobre Condiciones Generales de Contratación; (LCGC) hay que estar al sistema restrictivo de requisitos formales de incorporación para que una cláusula general se considere ajustada a derecho. Se limita la incorporación de cláusulas generales al contrato y por ello condicionan su carácter de fuentes de las obligaciones. Tal como ocurre con la obligación de información previa al cliente bancario y la firma con la aceptación de todas las cláusulas del contrato según el artículo 5 de la meritada ley. Por ello se declaran nulas aquellas condiciones generales de la contratación bancaria de administración de valores que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra imperativa, según el artículo 1 de la misma. En todo caso no; quedan incorporadas al contrato bancario aquellas condiciones generales que el cliente adherente no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o si no han sido firmadas cuando sea necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles salvo que éstas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas específicas de disciplina bancaria sobre transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato según el artículo 7. a), de la indicada disposición. El artículo 5.1.2. LCGC impone además la obligación específica de facilitar al cliente adherente, previa información, un ejemplar del contrato, de forma que si no hay entrega de tal ejemplar, hay que entender que el cliente no se ha adherido a esas condiciones generales.

Algún sector de la doctrina entiende que la normativa disciplinaria de las entidades de crédito contenidas en un principio fundamentalmente, en la ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito LDIEC, ley 26/88 de 29/7 y disposiciones en la materia que la han seguido, si bien tal normativa no es de aplicación directa al contrato, puede producir efectos indirectos de protección al usuario en el momento de la celebración y formalización del contrato ya que esta norma desarrollada por Orden del Ministerio de Hacienda de 12/12/89 y por una circular del Banco de España 8/90 de 7/9 impone una forma de conducirse a las entidades en aras a la protección del cliente bancario usuario de los servicios de organización y gestión de, valores. Como quiera que el artículo 259 del Código de comercio obliga a todo comisionista a observar lo establecido en la normativa de aplicación por razón de la negociación confiada, es llano que si la entidad bancaria ha incumplido esas disposiciones obligatorias y si el cliente demuestra la relación de causa a efecto entre el incumplimiento, y el daño patrimonial, prosperaría su pretensión indemnizatoria.

Paradigmática desde luego en la materia es la legislación protectora del **consumidor** que parte de la ley 26/84 de 19 de julio y que actualmente se regula en el Real Decreto Legislativo 1/07 de 16/11, Texto Refundido de la ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios/en sintonía por lo demás con la directiva 93/13/CEE del Consejo que advierte que la normativa de consumo afecta a todos aquellos contratos celebrados en el sector financiero y crediticio con un **consumidor**. Si bien es preciso puntualizar que la normativa de protección del **consumidor** parte de la idea de que el contrato bancario es un contrato de adhesión regulado a través de condiciones generales de la contratación, emanación de la autonomía privada contractual de la entidad de crédito y de la adhesión por parte del cliente bancario a dichas condiciones, sin la posibilidad de que éste último pueda negociar de forma individual todo o gran parte las cláusulas contenidas en los contratos tipos. Por lo tanto si el cliente estipula cláusulas individuales con la entidad de crédito que administra los valores sólo queda protegido respecto de aquellas cláusulas generales que se apliquen a la oferta o promoción del servicio



redactados unilateralmente por la entidad de crédito con el fin de regular la relación contractual entre éste y el cliente, considerándose en todo caso como cláusulas abusivas las previstas en la disposición adicional primera de la ley 26/84 de 29 julio y su actual trasunto en el Real decreto legislativo 1/2007.

Ahora bien: la pieza maestra de la protección de los inversores en el ámbito en que nos movemos se; contiene en la Ley del Mercado de Valores, LMV, ley 24/88 de 24/7, reformada por la ley 47/07 de 19/12 que introduce el fundamental artículo 79 bis. La LMV, en los artículos 63).1 d) y a) y en el art 63. 2) viene a dibujar un sistema de exigencias a las entidades financieras con un evidente afán de proteger la transparencia del mercado en general y los intereses de los inversores ya profesionales ya minoristas en particular. Esta regulación legal tiene antecedentes históricos en los denominados códigos de conducta bursátil utilizados en Inglaterra para disciplinar la bolsa, de donde pasan al derecho continental. Estas normas exigen un modelo de comportamiento de carácter vinculante para los intermediarios financieros que actúan en el mercado de valores y las entidades financieras que desarrollan esta actividad quedan vinculadas subjetivamente a tales normas por cuanto principiando por el deber genérico reconocido en los artículos 78 79 y 80L de la LMV que remite al acervo normativo compuesto por las normas, código general de conducta y reglamentos internos de conducta que vinculan a la entidad financiera y a sus empleados y que parten del postulado, de exigirá esas entidades de crédito cumplir su encargo administrando los valores confiados con diligencia y transparencia, siempre el interés del cliente y en defensa del mercado según el artículo 79. de la indicada ley. Se les obliga además a separar la gestión de los valores confiados por su clientela y los de su propia cartera con el fin de evitar Cualquier conflicto dando prioridad de interés de los clientes sin privilegiar a ninguno de ellos. Por último se debe administrar esos valores como si fueran propios. Trascendente es él deber de que han de asegurarse de solicitar toda la información necesaria sus clientes para una mejor administración de sus valores, procurando mantenerlo; siempre adecuadamente informados sobre la situación de su cartera así como la del mercado de valores que puede influir en dicha administración de bienes y solventar las consultas que el cliente; pueda dirigir a estas entidades, debiendo abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia y valorar productos financieros sobre los que se está realizando un análisis específico y significarán al cliente cualquier posible conflicto de intereses en relación con el servicio de administración de valores que se está prestando, todo, ello conforme, al fundamental artículo 79. de la LMV, Dicho sometimiento se reforzó en su día de acuerdo con el artículo 8.1, del RD 867/2001 de 20/7 , significándose o ser por la mejor doctrina que en derecho comparado se afirma la responsabilidad civil del intermediario financiero incumplidor de las normas de conducta frente al cliente y que nuestro derecho encuentra apoyó en las obligaciones que se derivan del artículo 259 del Código comercio referidas al comisionista pues si conforme a esta ley en blanco debe observa lo establecido en las leyes y reglamentos respectó a la negociación que se le hubiere confiado, ella no que el incumplimiento de todo ese entramado obligacional faculta al cliente para exigir responsabilidad.

Esa normativa se completa con la Ley 47/07 y el Real Decreto 217/08 que trasponen a la legislación española las directivas comunitarias 2004 /39 de la C E relativa a los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la directiva C.E 2006/76 y el Reglamento de la. CE 1287/2006, espacio MIFID (obtención del perfil del inversor que permite en principio a la entidad financiera calibrar si el producto que ofrece es adecuado a las necesidades y posibilidades del cliente normalmente a través de un cuestionario) así como una circular 6/2008 de 26/11 del Banco de España sobre normas de información financiera publica reservada y modelos de estados financieros. EL RD 217/08 de 15/2 relativo a las empresas de servicios de inversión deroga el anterior RD 629/ 93 y en su artículo 64.1 . ordena a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes, incluidos los-potenciales una descripción general de la naturaleza y riesgo de los aumentos financieros, teniendo en cuenta en particular la clasificación del cliente como minorista, profesional. Así pues se impone un específico deber de información y concienciación del cliente sobre la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero que se ofrece ó aconseja. Y esa protección y necesidad de información halla su máxima: expresión en la normativa que se conoce como IFID, directiva 2004 /39 CE, trasladada a la legislación española por laya citada ley 47/07 y el RD 217/08 que obliga a la entidad financiera acreditar a que con anterioridad la fuma del contrato el cliente fue documentado; suficientemente sobre las características del producto le contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista ó profesional. Suele reseñarse por último que frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha emitido en 7/5/09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serié de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID.

Los analistas del tema suelen señalar como malas prácticas bancarias en éste terreno las tarifas y comisiones incorrectas que se referencian en los informes anuales sobre reclamaciones de la CNMV; actuaciones en ausencia de instrucciones del cliente al que alude la SAP Barcelona de 28/11/2001 ; indebido ejercicio del derecho de suscripción preferente a que se refiere la STS 9710/97 ; mala práctica en relación con el ejercicio del



derecho de voto derivado del artículo 1071 LSA,; utilización indebida de los valores y la falta de consentimiento de su titular así como de indebida delegación bancaria en el marco de la administración de valores anotados en cuenta, particularmente la utilización no consentida de valores en la sub depositaría, supuestos de las "cuentas de detalle" o "cuentas ómnibus". Recientemente han cobrado trascendencia pública, los denominados SWAP respecto a los que se ha manifestado el Defensor del Pueblo en informe de fecha' 2711/09 donde claramente se dice que el cliente tiene que pagar mucho más que lo que, recibe en el caso de una subida de tipos de la misma cuantía y mucho más de la que ahorran en la cuenta de préstamo, incrementándose el riesgo de forma desproporcionada tratándose de un producto especulativo que beneficia en todo caso las entidades financieras definiéndose el SWAP como producto por el que el banco y el cliente acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente diferente para cada uno de ellos sobre dicho nominal a un plazo determinado y a que aluden la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sec 5º, de 27/1/10, SA. P Burgos 33/2010 SAP Pontevedra sec 1ª, de 7/4/2010 , SAP Jaén de 27/3/2009 ; Ávila de 27/1/11 y Alava de 7/4/2009 , operaciones financieras que son analizadas en las Memorias del Banco de España del 2007 y en el informe de 17/2/2009; por último y a título de ejemplo para magnifique la importancia y actualidad de la problemática, cabe recordar las crisis derivadas de casos de la trascendencia del Murdoch o Lheman.

El IRS (interest rate swap), conocido en la práctica como SWAP, es un acuerdo por el que las partes, banco prestamista i creyente prestatario normalmente, se comprometen a intercambiaren" unas "fechas prefijadas unos flujos periódicos consistentes en aplicar un tipo de interés a un nominal. En la mayoría de ocasiones el tipo aplicado a los pagos de una parte es fijo mientras que el de la otra suele ser variable admitiéndose el denominado "spread" o diferencial. En definitiva el comprador-cliente paga fijo y recibe variable con lo que asume el riesgo de bajada de tipos de interés, mientras que el vendedor se arriesga si sube: ese tipo de interés. Por lo tanto se trata de un contrato bilateral, oneroso, atípico y con un evidente contenido aleatorio en el que reside gran parte; de su problemática. Efectivamente el contrato depende de un alias cuál es la fluctuación del mercado financiero en concreto las variaciones de los tipos de interés generalmente con referencia al Euribor u otro índice semejante. Si ese tipo de interés evoluciona la alta, el vendedor del producto, banco abona la diferencia al cliente. Pero si experimenta variación a la baja es el banco quien resulta acreedor. En principio cabe afirmar que ríos hallamos ante un contrato consensual, bilateral sinalagmático y a término con un carácter aleatorio y establecido intuitu personae que para un sector de la doctrina deriva en una naturaleza especulativa mientras que otro sector, partiendo de que la finalidad qué se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones y dando por supuesto que esa fluctuación del mercado no es controlada por ninguno de los dos agentes económicos que intervienen en el contrato, en aras a los principios de libertad de pactos y de respeto y conservación del contrato nacido de los artículos 1256 y 1258 del Código civil , se pronuncian sobre su plena validez y asunción; de los, resultados por la parte que finalmente resulte perjudicada como consecuencia de la fluctuación al alza o a la baja de ese tipo de interés de referencia. En tal sentido se han pronunciado entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, sec 2ª, de 22/4/08 ; Madrid de 9/3 // 09; 10/7/09 Ávila 9/9/10 y 17/1/11 ; Cáceres de 18/6/10 ; Ciudad Real de 18/6/09 ; Badajoz de 24/2/11 ; A Coruña de 4/11/10 ; y Valencia de 5/4/11 entre otras. Se refuerza la argumentación aludiendo a que dado que el mercado hipotecario se basaba en un tipo de interés variable según el informe del Banco, de España sobre cláusulas los préstamos hipotecarios publicado en el Boletín Oficial las Cortés Generales de 7/5/10, el legislador optó porque las entidades financieras ofertarán este tipo de productos a sus clientes mediante el Real decreto ley 2/03 de 25/4 de Medidas de Reforma Económicas que obliga a las entidades crediticias a informar a sus deudores hipotecarios con tipo de interés variable son los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo dé-interés que tienen disponibles y esa disposición (que por lo demás se remitía y ordenaba respetar las normas de transparencia del préstamo hipotecario conforme al artículo 48. 2 de la ley 26/88 de 29/7 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), supone un obligación legal para la entidad bancaria y por lo tanto no se trata de que intente colocar un producto; altamente favorable para el banco y perjudicial para el cliente a espaldas de la ley.

El problema surge en que este contrato presenta (sobre todo para el público medio) cierta problemática de comprensión por cuanto tiene ciertas concomitancias con el contrato de seguro aunque indudablemente no puede entenderse como un seguro a los efectos del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro . La idea global que percibe el cliente es que compra un seguro por el que el banco le garantiza que una subida de los tipos de interés no le afectará si suscribe; éste producto. El cliente puede llegar a entender que su contraprestación económica consiste en un pago de prima o cantidad pactada y no alcanza a comprender el contenido de riesgo que el mismo supone. Tai situación de indebida comprensión o intelección insuficiente es glosada por la SAP Oviedo, de 7/10/2010 en el aspecto dinámico de la contratación y por la SAP 3 /3/2010 de Burgos, Zaragoza, sección 15 de 15/9/10, Coruña, sec 6, de 30/12/11; Girona, sec 2ª de 3/1/12, y Pontevedra, sección 1 y 3, de 27/5/10 y 29/11/11 que analizan la falta de objeto cierto en la determinación de las liquidaciones,



particularmente respecto al cálculo consistente en que se producirá el pago de una cantidad por parte del vendedor al comprador o del comprador al vendedor si el tipo fijo y la cantidad fija que resulte son superiores a la cantidad variable y que se calculará conforme a la siguiente fórmula: $CR=CF-CV$ Lo que conlleva a que el pago de esa cantidad sea indefinido e indeterminado pues se deja a la aplicación de una fórmula que no puede ser conocida por una persona no profesional de los mercados financieros. Ni qué decir tiene que las exigencias de información deben magnificarse, en estos casos.

En casi todos los supuestos de reclamación el demandante-cliente perjudicado por la mala calidad del producto que formalmente le supone la pérdida de sus ahorros o el fracaso de su inversión, denuncia la falta de las exigencias contractuales de información, falta de logro del adecuado perfil del inversor o incumplimiento de la exigencia MIFiD, ausencia de explicación de la naturaleza, condiciones y efectos del producto financiero y daño patrimonial derivado o inminente si el Banco exige o está en condiciones de exigir al cliente el pago de las consecuencias del producto ofertado y aceptado. Aluden a la falta de consentimiento como requisito esencial del contrato al abrigo de los artículos 1261, 1266, 1300 y concordantes del Código civil agitando la tesis del error propio invalidante del contrato en la línea de las STS 10/10/62 y 2//, 11/5/98 y al agotamiento de la posibilidad de la excusa válida conforme a la STS 4/1/82 y 28/9/96, y en parecida línea la SAP Barcelona, sección 15ª del 19/4/12. Últimamente en lo referente a los productos bancarios preferentes / subordinadas las SAP Barcelona sec.17ª de 30/1/14; sec 13ª de 25, 30/6 y 2, 5/7/14. Siquiera no faltan resoluciones que se inclinan por no admitir ese error invalidante por cuanto las condiciones del contrato fueron expuestas por la entidad bancada y pudo el cliente evitar las consecuencias mediante el empleo de una diligencia media regular mediante la lectura del contenido del contrato como han dicho las sentencias de fecha 14 y 21/2/12 de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 13ª y en el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de fecha 26/6/12 e incluso tampoco "admite esa posible falta de consentimiento la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; de fecha 26/1/12; denuncian del incumplimiento del bloque normativo protector del **consumidor**-inversor que ha quedado estudiado y reclamándose como **consumidores** en última instancia, solicita la nulidad del contrato o alternativamente la indemnización por la mala praxis bancaria optando por una resolución del contrato de depósito, comisión y asesoramiento financiero; siquiera en la mayoría de ocasiones optan por la nulidad radical del contrato por el que devinieron titulares del producto financiero fracasado. Las entidades financieras por su parte oponen en primer lugar que quien realiza la inversión y por lo tanto asume el riesgo de la operación es el cliente, no el banco; a continuación suelen, excepcionar y magnificar la postura del banco como intermediario, mero mandatario de una operación que, explicada al cliente por el banco tanto en forma precedente a través de los folletos o revistas de información como personalizada por sus empleados, permiten al cliente, optar por un producto financiero cuyo riesgo desde luego asume; no es infrecuente que la entidad financiera demandada reclame que se considere la condición de experto cuando no de profesional del actor en la línea sentada por la SAP Barcelona, sección 13, de 8/7/2008 con cita de las STS 28/2/77; 4/1/82 y 18/2/94; argumentan que el principio de responsabilidad negocia impone la necesidad de que también el cliente sea tributario de una diligencia media y regular en el sentido de la STS 22/5/2006 y; las que en ellas se citan; suelen justificar el cumplimiento del deber de información, particularmente los cuestionarios MIFiD; excusan la contingencia de la sobrevenida insolvencia de la empresa que ha acudido al mercado financiero para obtener capitalización (en un cierto sentido, se trata del otro extremo del cordel que en una punta sostiene el cliente inversor y en la otra la empresa que emite los títulos que el banco demandado ofrece limitándose a proporcionar la cuerda adecuada), remitiéndose a los "ratings" de solvencia emanados de entidades de calificación que han sido reconocidas como elegibles a tales fines por el Banco de España conforme a la circular 3/2008 del mismo; y evidentemente niegan la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento que se achaca a la entidad financiera y el daño producido al cliente por cuanto entienden que la actuación del banco ha de ser la causa específica del daño y si éste es consecuencia de la variación a la baja del valor de cotización del producto o de las incidencias del mercado, no puede imputarse objetivamente al banco intermediario un daño que procede de las vicisitudes del mercado financiero; suelen sugerir que en todo caso y en atención al principio de responsabilidad negocial también es exigible al cliente una sola cierta diligencia sin que valga como patente de dorso la supuesta profesionalidad y confianza que la entidad financiera puede inspirarle, citándose la SAP Madrid sec 9ª de 10/7/09 y sec 13 de 9/3/09, Valencia sec 9 de 30/10/2008 que postulan la responsabilidad, del cliente que excusa el no haber leído el contrato por la confianza que le ofrece la entidad bancaria sugiriéndose en última instancia que en todo caso podría existir una concurrencia de causa torpe en ambas partes conforme a los tres postulados que se derivan de los hipotéticos de nulidad de las obligaciones según los contratantes hayan, actuado de buena o mala fe.

Normalmente también excepcionan las entidades bancarias como hecho obstativo que los clientes demandantes han cobrado el diferencial a su favor cuando el índice del Euribor ha evolucionado al alza y al percibir es el saldo favorable confirman el contrato conforme: al artículo 1310 y ss C civil y jurisprudencia que la desarrolla, STS 25/3/68; 22/12/77; 25/2/94 y 18/3/99 y RDGRyN de 11/12/97 y 2/12/98, rematando la tesis



con el sencillo argumento de que no se puede sostener la validez de un contrato mientras arroja resultados favorables y proclamar su nulidad cuando éstos resultados son contrarios. Por supuesto también invocan el principio de venire contra factum proprio

De hecho existe jurisprudencia contradictoria respecto al alcance de la información al cliente indefinición e incomprensión de su objeto, la nulidad de este tipo de productos financieros, e incluso se ha comentado ampliamente la variación que al respecto han supuesto las circulares del Banco de España, (Resoluciones de 22/12/09; 25/2; 15/3; 12 y 14/4 y 7 /6/10 en principio proclives a la defensa del cliente y exigentes con la práctica bancaria y ulteriormente más acordes con la idea de que ese cliente asume una operación de riesgo y que al abrigo de la protección del **consumidor** puede llegarse al resultado vicioso de que si la operación es favorable para el cliente se consolida y si es perjudicial puede acudir a la posible nulidad de la contratación del producto financiero. Siquiera en algún informe el mismo Banco de España aprecia la falta de transparencia en el clausulado, fundamentalmente falta de transparencia en la comprobación de los cargos y coste de la cancelación, como ocurre en el informe de fecha 9/6/09. Significativas resultan las Resoluciones del Banco de España de 7/6/10 y 12/11/10 que consideran suficientes los anexos informativos que se proporcionan al cliente, siendo responsabilidad de estos su lectura atenta y detallada antes de la firma y pronunciándose por la bondad de que el banco no cuantifique el coste de la cancelación y de que no se ofrezca fórmulas de cálculo de la misma, dada la fluctuación de los mercados, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria por lo que en esas ocasiones no cabe apreciar quebrantamiento de, la normativa de transparencia y de las buenas prácticas y usos financiero. Por ello en la mayoría de las ocasiones, las entidades financieras demandadas aluden a que no nos hallaríamos metidos en pleitos si los depósitos arrojaran beneficios o si los tipos de interés hubieren experimentado variaciones al alza en cuyo supuesto se invocaría la sacralidad de los contratos para el principio de respeto y conservación de contrato.

Por último hay que significar que en todo caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en supuestos como el presente por imputar la carga de la prueba u "onus probandi" del artículo 217 de la LEC a la entidad bancaria o personal financiero argumentando que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica de un ordenado empresario en defensa de los intereses del cliente..., aludiendo además a la creciente complejidad financiera que ponen al inversor en una especial relación de dependencia y confianza respecto a los profesionales del mercado de valores, cumpliendo citar la S T S 4/1 / 82; 11/1/0 3 y 17/6/10 , línea jurisprudencial de la que se hace eco la pequeña jurisprudencia cómo las S A P. de Valencia de 26/4 0 6, Pontevedra 189/10 o Girona de 18/2/11 entre otras* Partirnos pues de una pequeña jurisprudencia contradictoria a la espera de que por la vía de c la casación se establezca una doctrina uniforme sobre la problemática planteada. Al parecer el Tribunal Supremo, partiendo de que la cuantía de las demandas relativas a los SWAPS sea el nocional o nominal en vez de las liquidaciones periódicas, ha admitido a trámite un recurso de casación que permitirá al Más Alto Tribunal establecer jurisprudencia creando la tan conveniente doctrina jurisprudencial que dibuje definitivamente este instituto y sus consecuencias.

También se comprende en ese grupo de productos bancarios de riesgo los denominados contratos bancarios de bonos auto- cancelables a los que el artículo;79 bis de la ley 24/88 califica como producto financiero complejo y que se comprenden en el grupo de los productos financieros ya estudiados como las SWAPS o las permutas financieras a que después se hará referencia. En lo esencial este producto también: denominado se caracteriza, por la ausencia de garantía del capital invertido ya que la rentabilidad del bono viene condicionada por la evolución de las acciones que constituyen el valor subyacente, fijándose como precio inicial los de cotización de dichas acciones en la fecha de inicio de contratación del producto; y a partir de ahí se van fijando fechas de observación para cada uno los valores subyacentes, precediéndose a comparar la cotización inicial con: la alcanzada en las diversas fechas; llegadas esas fechas de observación la cotización de las acciones determinan la amortización del bono más el pago; de un cupón o la prórroga de la inversión hasta la siguiente fecha y en la última fecha de observación y siempre que no se haya dado la autocancelación previa, la cotización de las acciones subyacentes determina el porcentaje de amortización del bono que además Cuenta con el denominado colchón de garantía que significa que tomando como referencia el valor inicial, si la cotización no desciende por debajo de un determinado porcentaje, normalmente el 50 por ciento, el capital se recupera íntegramente. Por lo tanto la única posibilidad de que no se recupere la totalidad del capital se produce en el hipotético de que la acción que sirve de valor subyacente haya cotizado por al que la declaración de nulidad se retrotrae sino que propiamente debajo del 50 por ciento o aquel otro porcentaje que señala el umbral que marca su valor inicial de cotización; Entre las bondades del producto se alude a que estas inversiones en bonos pasan por ser inversiones de menor riesgo que las inversiones directas en la bolsa por cuanto se invierte en compañías de gran nivel, acreditada solvencia y estabilidad bursátil, conocida esta característica con el anglicismo "blue chips", cuenta con el denominado colchón de garantía que asegurar



la devolución del capital siempre que no se traspase el umbral negativo marcado en él bono, normalmente el 50 por ciento y se ha ponderado el alto rendimiento de esos bonos que en ocasiones han superado el 35 por ciento. Por supuesto es una inversión de riesgo pues a nadie se le escapa que el binomio inversión riesgo es consustancial a toda operación especulativa. Los detractores critican ese producto partiendo de un análisis socioeconómico en definitiva vienen a sostener que así las grandes; compañías, valiéndose de los bancos como intermediarios, consiguen capitalizarse colocando su Capital en pequeños inversores que soportan de esa forma las posibles: evoluciones del mercado desplazando a ese pequeño inversor el riesgo que debía ser asumido por la compañía; Desde el punto de vista contractual aluden al tecnicismo que encubre tales productos difícilmente comprensibles para una persona no avezada en operaciones especulativas, aludiéndose a conceptos de tan "dificultosa comprensión como,"equity" "strike", performance", "following"... , de suerte que el particular inversor que no puede alcanzar a entender la complejidad del producto, debe fiarse del consejo que le ofrece el empleado de la banca con quien tiene una relación de confianza y en ocasiones de auténtico asesoramiento en lo económico.

Precisamente esa condición de intermediario del banco explica que en muchas ocasiones la entidad financiera demandada que colocó el bono, que el extiende su condición de mera intermediaria sin que pueda revestirse de las características de asesora, pues en definitiva se limita a gestionar la orden de compra que ha dado al cliente. Por ende el banco carece de legitimación pasiva causa dado que no es el emisor o vendedor del bono, cuya nulidad está el inversor demandante sino que no nos hallamos ante una compraventa sino meramente ante intermediación en la compra por lo que los obligados por esa contratación del bono son las respectivas entidades titulares de las acciones que figuran como valores subyacentes y el cliente, limitándose el banco a esa función de intermediación. Esta tesis ha sido sostenida por determinada jurisprudencia entre las que cabe reseñarlas SAP Madrid sec 19ª de 6/4/11 y 21/3/11 . sec 25ª, de 15/7/11 sec 13ª de 5/7/11 y 24/1/12 AP Málaga sec 4ª de 11/7/11 . En ocasiones incluso se agita la dilatoria de falta de litis consorcio pasivo necesario por no llamar a esas empresas titulares de los denominados valores subyacentes al pleito, ya que en definitiva quien frustra las expectativas del cliente -demandante no es el banco intermedio en el producto sino las empresas titulares de los valores subyacentes.

Sin embargo, analizando en profundidad el asunto, el banco no opera como simple intermediario; ya que no se trata de colocar una emisión de valores anunciada en la prensa y televisión y que el cliente conozca, acudiendo a su banco para comprar aquellas acciones o valores en cuyo supuesto ciertamente existe una labor de intermediación, limitándose el banco a cobrar la comisión por esa compraventa. Ciertamente es que tampoco opera, como vinculado con 1 cliente con su cliente por una relación de asesoramiento o gestión de carteras a los alcances de la LMV que incorpora la directiva MiFID.. Su posición es híbrida pero finalmente trascendente. Es el banco quien recomienda el producto al cliente, lo que de por fuerza supone 1 implicación en cuanto a la bondad del mismo, debiendo éste banco que recomienda la contratación, proceder a una explicación clara y exhaustiva de todos los riesgos de la operación y asumiendo la necesidad de efectuar, los test de idoneidad o alternativamente de conveniencia a que se refiere el artículo 79 bis. 7 de la mencionada ley. Además de haberle ofrecido que se han llamado supuestos o teatros posibles, comprendiendo tanto las hipótesis más favorables de la inversión, como las más desfavorables, incluida desde luego la posibilidad de pérdida íntegra del capital o menoscabo grave del mismo en supuesto de se alcance a la baja el umbral señalado en el contrato. Y esa información debe ser explicada al cliente y asegurarse el banco de que la misma le ha sido ofrecida, explicada convenientemente, entregado, por los folletos pertinentes y recabando firma del cliente que garanticen la recepción de esa información, especie de consentimiento informado, que es necesario para obligar al **consumidor** por productos de riesgo especulativo como los bonos, cancelables que venimos estudiando.

Por supuesto y tras la crisis económica de alcance mundial sobradamente conocida, los inversores presentan demandas contra las entidades bancarias que colocan esos productos de riesgo por inobservancia de ese requisito de una información veraz, transparente y comprensible, entienden que su obligación venía afectada por un vicio grave y esencial en el consentimiento al desconocer el objeto de la contratación o, por mejor decir las consecuencias que del mismo se derivaban, por lo que es ausencia del consentimiento conlleva la nulidad del contrato o alternativamente, a causa de resolución por incumplimiento por parte del banco de las obligaciones legales que la normativa que impone en cuanto a su deber de información, siquiera en alguna ocasión se entiende que es infracción de la normativa acarrea la nulidad del contrato por ser contrario a norma imperativa.

Las entidades bancarias demandadas, partiendo de denominado principio de conservación del contrato (STS 21/4/04 y 9/10/06), sostienen de una parte que una irregularidad administrativa no conlleva por fuerza la nulidad o ineficacia del contrato a no ser que la misma norma contemple esa nulidad como efecto ineludible de la irregularidad conforme al artículo 6. 3. de nuestro Código civil y según glosan las STS de 26/4/95 ; 22/7/97 ; 13/5/80; 7/7/81 y 10/10/08 entre las más conocidas. Por lo tanto la infracción de las disposiciones de la L M



V pueden dar lugar a sanciones, administrativas; pero no conllevan por se la nulidad del contrato en el sentido de ineficacia por cuanto debe dejar de producir, efectos y consecuentemente procederse a la devolución de las mutuas prestaciones de las partes. Además añaden que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad en el sentido de inexistencia del contrato por falta de sus elementos esenciales conforme al artículo 1303; del Código civil con el denominado efecto ex tunc por cuanto la situación se revierte al momento anterior a la contratación, sino en todo caso ante un supuesto de anulabilidad por vicio del consentimiento que queda afectado por error en cuanto al objeto de contratación, recordando que la jurisprudencia interpretando el artículo 1266 del código civil exige que este error sea esencial y según constante jurisprudencia excusable, enfatizando que la existencia de ese error invalidante ha de ser apreciada con extraordinaria cautela y de forma excepcional en aras a la seguridad jurídica y al exacto; cumplimiento de lo pactado, refiriéndose reiteradamente su excepcionalidad y su inexcusabilidad según una jurisprudencia que arranca de la vieja S T S 4/1/1902 y sigue por las de 4/1/82, 14/2, 29/3 y 7/5/ 94, 30/ 9 / 99, 12/7/0 2; 24/1/0 3 y 17/2 / 0 5, De hecho se sostiene por la mejor doctrina que la regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho por cuanto aún a falta de una norma jurídica positiva: directa, la regla tiene su apoyo en una aplicación analógica que admite el artículo 4. 1 del Código civil que recoge esa validez parcial del negocio jurídico a pesar de la invalidez de determinadas cláusulas o de parte de aquél, posibilidad que se recoge en los artículos 6 41 párrafo segundo, 7 37 párrafo segundo, 7 6 7, 7 8 1, 7 9 3, 1116 y concordantes así como en el 1116 interpretado por la S T S de 4/3 75, mientras que el principio general de derecho es el de la conservación del negocio jurídico que proclamada por la doctrina legal, es admitido por la S T S de 30 de/10/44, 30/3/ 50 ; 11/1 j/55 ; 22/1 y 17 , 21 , 27/5/58 ; 29/4/65 ; 30/1 1/73 y últimamente la de 22/12 /0 8

De especial relevancia por lo que respecta incluso a la diferenciación entre una acción por nulidad basada en el error en el consentimiento y la vecina acción basada en el dolo omisivo por hurtarse información por parte del banco, resulta la reciente S T S 21/11/12. En la misma se advierte que el error vicio se produce cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea, lo que exigen que se muestre por quien afirma haber errado como suficientemente segura y no como un mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Circunstancias erróneamente representadas que pueden ser pasadas, presentes o futuras; pero en caso han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección; de la génesis de los contratos pues lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual pues 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, citando en ese sentido las S T S 8/1/62, 29/12/78, 21/5/97 y 12/11/10.

Amparadas en esa argumentación entienden las entidades bancarias demandadas que con la información ofrecida por los empleados de la banca, partiendo de la contemplación del inversor como persona de conocimientos medio que debe ser consciente de que los productos de alta rentabilidad de por fuerza supone alto riesgo, reconduce la discusión a esa posibilidad de que el pretendido error no es esencial y desde luego podría ser salvado con la diligencia media exigible a cualquier inversor.

En sede anulabilidad por vicio del consentimiento, evidentemente excepcionan las entidades bancarias la caducidad de la acción pues sabido es que conforme al artículo 1301 del Código civil la acción de nulidad sólo dura cuatro años que deben computarse desde la ejecución del mandato de compraventa ya que ese plazo cutriánual en el caso de error debe contarse a partir de la confirmación del contrato, es decir desde que se ejecuta la orden de compraventa del producto financiero, invocándose al respecto la S A P Zaragoza sección 4ª de 20/3/ 12 y últimamente la de 31/1/13 del mismo órgano judicial. La cuestión se complica por cuanto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27/10/14 en la línea de anteriores de fecha 3/3 / 0 6 , 23/9/10 y 18/6/12 , y entre la pequeña jurisprudencia por lo demás minoritaria, la SAP Madrid sec 20ª de 5/11/12, Zaragoza sección 4ª de 30/3/12 y Badajoz sec 2ª de 26/6/11 vienen a sostener que es el conjunto de caducidad de la acción es de 4 años desde la consumación del contrato y debe entenderse perfeccionado cuando el comprador ha entregado el precio y correlativamente ha sido puesto en posesión de los títulos. Ahora bien: esa jurisprudencia se refiere a supuestos de una contratación de títulos por expertos financieros o del cerril alto a los efectos antes expuestos pero no es de aplicación a supuestos en que el inversor es de perfil eminentemente conservador y no podido hacerse una cabal idea de la naturaleza y sobre todo de los efectos-del producto que contrataba siguiendo las recomendaciones del banco, de suerte que bien puede afirmarse que la acción de nulidad o subsidiarias de resolución contractual por la de indemnizatoria de daños y perjuicios no trae causa de los títulos en sí; mismo considerados ya sean subordinadas, preferentes u otro tipo de productos, sirio de la conducta del banco al recomendarlos sin ofrecer la debida información veraz que propicie un consentimiento debidamente informado. Cierto es, cabe insistir, que ello puede en alguna medida afectar a la seguridad jurídica y que es mucho más fácilmente conmutable el dato exacto de la fecha de suscripción de las de los productos. Sin embargo esta tesis choca con el denominado requisito de la



acción nata conforme al: cual el cómputo para la caducidad o la prescripción a salvo expresa disposición que la establezca' claramente el "días a quo", deben computarse desde que se tiene "o debe tenerse cabal conocimiento del motivo o causa que justifica el ejercicio de la acción o en palabras del artículo 1969 de nuestro Código civil desde el día en que pudieran ejercitarse, lo que por fuerza no se produce hasta el momento en que el inversor, normalmente al consultar, los estrados que le envía la entidad bancaria o bien enterado por la resonancia en los "media", advierte que el capital ha menguado de forma ostensible, máxime si esos estrados resultan oscuros y difícilmente comprensible. Además esta tesis de caducidad de la acción parte de entender la actuación del banco al colocar el producto bancario del bono auto cancelable como si se tratara de una mera compraventa o por mejor decir de una intermediación en esa compraventa; sin embargo y como ha quedado explicado la actuación del banco va más allá de esa postura de mero favorecedor de manifestación de voluntades tendentes a la adquisición de un producto financiero, (empresas titulares de las acciones que se hacen valer como subyacentes y cliente inversor), sino que el banco es quién en definitiva coloca el producto que adquiere el cliente; por así decirlo ese cliente compra el cesto al banco y no los mimbres de que está hecho el cesto a las empresas titulares de las acciones que actúan como valores subyacentes. Hace suya este juzgador: la argumentación que se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 27/2/97 y de la Audiencia Provincial de Baleares de 21/3/2011 que al pronunciarse sobre el cómputo del plazo previsto para el ejercicio de la acción hay que tener en cuenta que partiendo de la distinción entre perfección, consumación e incluso acortamiento de los contratos, tratándose de los de naturaleza sin alarmar la, hay que estar a la necesidad de cumplimiento recíproco de, ambas partes con lo que no puede hacerse coincidir en momento de adquisición o, formalización del contrato de compraventa de las participaciones con el que sacó pues eso sería tanto cómo dejar en manos del banco contratante el cumplir o no con sus obligaciones de amortización único momento en el que se puede detectar el error padecido por él inversor, lo que sería contrario a elementales postulados de justicia ya que podría incluso tras el supuesto de que la primera amortización ocurrieron los 5 años y si resulta fallida para el inversor, el banco podría objetarle que su acción de nulidad contractual ha caducado.

Para finalizar esta introducción sobre estos productos financieros que actualmente ocasionan tantos pleitos, preciso es hacer referencia a las denominadas "participaciones preferentes", conocidas vulgarmente como "las preferentes". Se trata de un producto complejo y de carácter perpetuo ya que el emisor no tiene obligación desde el inicio de reembolsar el principal invertido por el titular de las preferentes, cuya remuneración está condicionada a la obtención de un beneficio a distribuir (el denominado beneficio distributable) y existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa -bancaria que resulte de aplicación en cada momento, en el entendido de que si en alguna fecha de las previstas para el pago de ese beneficio disimule no se abonaran las remuneraciones los inversores pierden el derecho a recibir las remuneraciones no percibidas, asumiendo ese inversor el riesgo en supuestos extremos de insuficiencia patrimonial del emisor o del garante que podrá liquidar la emisión por un valor inferior al de las participaciones: preferentes con la consiguiente pérdida para sus titulares del principal invertido a la vez que se advierte de la posibilidad de que el inversor puede no vender con carácter inmediato, sus preferentes ya que no existe garantía de que pueda producirse una negociación activa en el mercado, o incluso o incluso que aún admitidas a negociación no encuentre compradores, debiéndose significar también que el término preferente es equívoco pues, no significa que los titulares de esas participaciones ostenten la condición de acreedores privilegiados ya que en el orden de prelaciones se sitúan únicamente por delante de las accionistas ordinarios. En definitiva se trata de un instrumento financiero por el que el inversor participa como partícipe preferente en el accionariado del emisor sometándose a los resultados de la marcha del negocio de la empresa emisora con referencia a los beneficios que esa empresa emisora pueda obtener en un momento dado prefijado como fecha de pago de la inversión, sin que dicha emisora asuma la obligación de garantizar esos beneficios o posibilitar la devolución del capital invertido. Normalmente esas características del producto suelen explicarse en" la denominada ficha técnica o ficha del producto que las entidades bancadas entregan a quienes invierten en esas participaciones preferentes.

Las críticas que se efectúan a las preferentes magnifican las-vertidas frente a los otros productos financieros estudiados pues se dice que de ésta forma las grandes empresas valiéndose de la intermediación bancaria que aporta a sus clientes- inversores consiguen deriva del riesgo de su capital al pequeño inversor que participa a través de ese producto en un negocio sobre el que no ostenta control alguno y por lo tanto se desplaza a ese inversor el riesgo de la mala marcha de la empresa que ha conseguido capitalizarse con recursos ajenos a cambio exclusivamente de una participación para el supuesto de' obtención de unos beneficios que de todas formas controla esa propia empresa emisora.

Además y por aplicación de la norma conforme a la realidad social del tiempo, es de significarse que recientemente es noticia que las entidades administrativas competentes han objetado lo nocivo de ese producto financiero pues los inversores en preferentes han visto descapitalizarse su inversión por decisión administrativa hasta extremos que alcanzan el 100 por 100 de la misma o alternativamente un alto porcentaje,



debiendo asumir el banco el valor residual fijado como precio de la preferente, que en todo paz caso implica grandes pérdidas para el inversor. En definitiva: si ese inversor respeta los términos del contrato, por decisión administrativa vinculante su inversión queda reducida prácticamente a la nada. Evidentemente también puede acudir al arbitraje o a los tribunales de justicia para pretender la nulidad, anulabilidad o revocación de la adquisición de ese producto por entender o bien que prestó consentimiento viciado por el error de la falta de información suficiente o bien que el banco no cumplió debidamente con su deber de asesoramiento, particularmente en supuestos en que no se ha practicado el test de idoneidad o conveniencia conforme a la normativa MiFID, cuestionario por el que a través de cuatro preguntas se analiza el perfil de ese cliente minorista calificándolo de conveniente no conveniente; asumiendo el cliente la responsabilidad por la veracidad y exactitud de las contestaciones que efectúa, sirviendo servir de parámetro el informe de la Comisión Nacional de Valores (CNMV) sobre preguntas y respuestas sobre efectos prácticos de la nueva, protección del inversor para los inversores minoristas conforme a las exigencias del indicado; MiFID.

En este supuesto de preferente oponen las entidades bancadas demandadas de un lado su condición de meras intermediarias en la colocación de esas participaciones preferentes, lo que aboca a que agiten la excepción de litis consorcio pasivo necesario para que sean llamadas las entidades emisoras de esas preferentes; asimismo declinan toda responsabilidad al tratarse, de una actuación de mera intermediación y no de asesoramiento financiero que además implica una retribución por parte del que recibe tal asesoramiento, por lo que su labor debe ser calificada de mera información; excepcionan por supuesto también la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de los cuatro años ya estudiado; suelen advertir que al cliente se le entrega un tríptico o folleto informativo en el que claramente se le advierte de que se trata de un producto de riesgo ya que es posible que incluso su resultado final sea inferior al nominal contratado y que llegadas las fechas de vencimiento para la obtención de beneficios éstos no se devenguen por la mala marcha de la empresa; y muy en especial se advierte al inversor de las dificultades existentes para poder negociar ese producto en el mercado. Por lo tanto el cliente es informado de que está asumiendo una operación de alto riesgo que como contrapartida le procura interesantes beneficios conforme al conocido binomio mayor beneficio mayor riesgo.

Las "preferentes" ya han sido objeto de estudio por la jurisprudencia debiendo destacarse entre otras además de la citada S A P Baleares de 21/3/11, la de Asturias de 18/2 y 16/2/ 11, Burgos de 10/11/10, Valladolid de 10/11 /09, Girona de 18/2/11 que se pronuncian en favor del inversor, no faltando otra línea jurisprudencial; que partiendo de la idea recogida en la S T S de 25/9/06 de que aceptarse el error fundado en el desconocimiento por el inversor de la verdadera situación del emisor o notoriedad de la misma equivaldría a entender que deben ser anuladas anulan todas las operaciones de compraventa de acciones cuya cotización no se correspondía en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, lo que conllevaría al caos en forma de sucesivas nulidades de de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entra en crisis, habiéndose de cantado por una solución favorable al banco que colocan las preferentes acogiendo alguna de las razones que han quedado expuestas entre otras la S A P Madrid sección 14ª del 31/7/11., Zaragoza sección 5ª de 3/2/12 siguiendo la de 10/ 11/ 10, Valladolid de 20/2/12 o Valencia sección 7 de 2/6 07 referida al conocido caso de las Lehman Brothers entre otras.

Como resumen de este largo preámbulo, cabe concluir que, orillando la problemática de la posible nulidad de las Cláusulas contractuales por ser materia reservada a la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil, los juzgados ordinarios deben pronunciarse sobre la existencia del vicio invalidante del consentimiento o alternativamente incumplimiento de la obligación por el banco de las obligaciones que la normativa MiFID o con anterioridad la tutiva del inversor minorista impone a la entidad bancada, siempre que más allá del incumplimiento de esas normas administrativas puedan tener trascendencia en el ámbito civil. Ni que decir tiene que resulta fundamental el estudio del perfil del inversor, la constatación del deber de información por parte de la entidad bancada y su comprensión por el inversor -demandante y la actitud de éste a lo largo de la dialéctica contractual para salvar la posibilidad de confirmación contractual por ese inversor una vez comprendidas sus características y sus consecuencias.

Otro exponente de la situación actual lo constituye el fenómeno de las denominadas popularmente "subordinadas". Sintéticamente se trata de valores mobiliarios que emite una sociedad mercantil ya sea financiera o de otro tipo, comprometiéndose esa emisora a retribuir a los tenedores de los valores con un interés ya fijo ya variable y con obligación de devolver el capital aportado en la fecha establecida para el vencimiento de los títulos, caracterizando a esos valores que no se encuentran garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos, FG D al tratarse de un producto no básico y que quedan al a resultados del denominado "riesgo de solvencia" por cuanto la empresa emisora según la marcha del negocio puede o no devolver la inversión a su vencimiento, siendo significativo que esas obligaciones subordinadas se sitúan en el pasivo de la empresa entre las acciones y la deuda y por tanto en caso de quiebra (concurso) el crédito del inversor titular de la subordinadas queda pospuesto a la deuda tradicional pero antepuesto al de los accionistas. Por supuesto según la marcha económica de la empresa emisora hay la posibilidad de no cobrar intereses si esa



empresa presenta pérdidas y desde luego si no volviera a generar beneficios en el futuro. Las subordinadas cotizan en el mercado secundario donde se pueden comprar y vender entre particulares o sociedades las indicadas subordinadas si bien estos mercados de deudas, a diferencia los mercados de acciones, son poco líquidos es decir tiene poco volumen de transacciones, lo que aumenta la necesidad de transparencia a la hora de colocar ese producto pues ofrece características altamente especulativas ya que se asocia ya no sólo la producción de frutos, intereses o rendimientos en sentido amplio, sino incluso la posible devolución del capital a la solvencia de la entidad emisora.

Incluso desde el poder legislativo se trata de afrontar la* situación creada por estos productos bancarios de alto riesgo como muestra el Real Decreto 24/12 de 31/8 de reestructuración y resolución entidades de crédito por el que se reforma el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) a fin de que se estandarice el 'obligatorio folleto que proporcione información fundamental para ayudar a los inversores a la hora determinar si se deciden por invertir o no de dichos valores, información que debe comprender, la naturaleza y riesgos inherentes al emisor, valores que se les ofrecen a los inversores y sí los mismos van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, insistiendo mucho en la descripción de los riesgos asociados y la administración a contratación del producto, todo ello de forma clara y comprensible. Incluso se están dictando órdenes ministeriales a fin de proceder a reintegro a los inversores de participaciones preferentes en qué si bien dichos inversores deben asumir pérdidas que en ocasiones suponen la práctica totalidad" del capital, también se distingue atendiendo fundamentalmente al perfil de ese inversor, lo que tanto quiere decir como que los poderes públicos han asumido la naturaleza especulativa por parte de los bancos que ofrecieron ese producto.

Hay que hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha 17/4/2013, recurso; 1826/10 resolución número 240/13 confirmando sentencia de los órganos inferiores que condenaban a la entidad bancaria a devolver la inversión realizada por el cliente en un producto, bancario de riesgo, concretamente "hedges funds", en cuyo fundamento de derecho noveno incide en la importancia del perfil general de riesgo del inversor por lo que en el supuesto de que deba calificarse a éste como conservador frente a la evaluación; de moderado arriesgado y muy arriesgado, lleva a concluir que este perfil conservador desaconseja la, inversión de fondos con un plazo de liquidez largo o sin tal plazo de liquidez, máxime si se ofrecen pingües beneficios por lo que debe tener especial relevancia. Por lo que aun partiendo del causismo propio de esta materia, en los supuestos de inversores de perfil conservador la suscripción de un producto bancario caracterizado por su alto riesgo, máxime si ese inversor no han asumido la eventualidad de liquidez a largo plazo o sin- en definitiva la obtención de pingües beneficios o el aseguramiento cuando éstos de la restitución del capital le ha movido a la contratación, debe prosperar la acción ejercitada por error en el consentimiento sin que pueda atribuirse al caso fortuito, sin que deben incidir el hecho de que las autoridades supervisoras y las agencias de calificación no hayan detectado vi las consecuencias indeseadas que de esos productos resultaban y sin que ello sea motivo suficiente para la confirmación de este contrato aun en el supuesto de que es inversor en un principio hubiera obtenido una remuneración, constatada desde luego la falta de adecuada información sobre el riesgo del fondo en cuestión.

La problemática anterior ha venido en parte a complicarse como consecuencia de la reacción del poder legislativo, y consecuente promulgación de su bloque normativo específico para afrontar esta situación derivada de la denominada "crisis de las preferentes". Se condensa la normativa básicamente en la ley 9/12 particularmente artículos 5 y 64), Real decreto- ley 2/°11 de 18 de febrero para el reforzamiento del sistema financiero y. Resoluciones de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por anagrama F R O B, particularmente la Resolución de 7/6/13 de su Comisión Rectora por lo que se acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del plan de las diversas entidades bancarias necesitadas de apoyo económico para su función, que comprende desde luego a BANKIA Y CATALUNYA BANK, plan aprobado por el FROB, Banco de España y el 28/11/12 por la Comisión Europea

En lo esencial la mecánica consiste en que la entidad emisora de esos productos híbridos recompra aquellos a cuyo fin los canjea por acciones ordinarias no admitidas a cotización en un mercado regulado de suerte que el inversor recibe un tanto por ciento del valor, nominal de dichos títulos al que se descuenta un porcentaje por liquidez por parte del FROB quien adquiere las acciones aplicando las quitas legalmente establecidas. De suerte que el inversor ha recuperado cuando menos parte de su capital, a la vez que se ha desprendido de ese producto peligroso. Incluso esa normativa establece la posibilidad de un arbitraje cuya fecha límite era el 12/7/13.

El nuevo marco que supone esa salida legislativa provoca un nuevo enfrentamiento de intereses y argumentaciones.

Así las entidades bancarias demandadas, arguyen que como quiera que sea esa normativa con fuerza de ley ha dado salida a la crisis obligando a los inversores a esa operación de canje, exigir ulteriormente cualquier



grado de responsabilidad a las entidades bancarias cuando ya se han vendido los productos híbridos, sería ir en fraude de ley y en todo caso podrá solicitarse responsabilidad política o en vía judicial a los poderes públicos que han optado por esa normativa como solución a una situación de crisis que engloba y compromete al colectivo social. También aducen que como quiera que ese inversor -demandante ha canjeado sus títulos por acciones que a la vez han sido recompradas por el FROB, hay que concluir de una parte que ya no puede sostener ese demandante -inversor la nulidad de un contrato bancario cuyos posibles defectos en cuanto a la conformación del consentimiento quedan purgados y desde luego confirmada aquella adquisición por el hecho de canjear como tales titulares esas preferentes o subordinadas por acciones que posteriormente compra el FROB. Además en el hipotético de que prosperase la acción de anulabilidad, no podrían esos inversores -demandantes devolver a la entidad bancaria contraria su prestación mutua por la sencilla razón que se la han enajenado a un tercero (FROB):

Sin embargo se contraataca desde el otro bando, con cierta razón. En primer lugar porque la normativa en ningún caso dice que ese canje de productos híbridos deba suponer la extinción absoluta de cualesquiera acciones que pudiera ejercitar el inversor frente a la entidad que le ha aconsejado ya que se limita a dar o por mejor decir obligar a una salida ilegal para poder subvenir a la problemática de las denominadas preferentes y financiar a las entidades de ahorro en; crisis. Pero no supone ablación de ningún derecho o responsabilidad y se puede exigir por ese inversor a la entidad bancaria que le ha asesorado indebidamente, abriéndose facultativamente la posibilidad de acudir a un arbitraje y desde luego sin que se ciegue la alternativa de formular demanda ante los tribunales. También es cierto que ese canje no se ha producido por voluntad del inversor que lo más probable es que no quisiera ser socio en forma alguna de la entidad demandada y que se ha visto abocada por esa especie de oferta vinculante para cuando menos recuperar parte de capital invertido. Por ende, dicho inversor actuado en acatamiento de la normativa que le obliga ello y la completa aplicación de esa normativa seleccionar puede entenderse como un "fruto malo" aunque paliativo de la inversión que le aconsejó realizar la entidad bancaria demandada. Por último y por lo que respectan hecho de que no se podrán devolver las mutuas prestaciones en el caso de que prospere la acción de anulabilidad, eso sería cierto en el supuesto de que la sentencia entendiere que hay buena fe por parte de los dos contratantes en discordia; pero no en el supuesto de que la causa torpe se atribuya a una de las partes (aquí la entidad bancaria que ha faltado a su deber de transparencia y debida información viciando el consentimiento) en cuyo hipotético evidentemente deberá devolver su prestación sin que se halle obligado a lo propio la otra parte dada su condición de obligado de buena fe (aquí el inversor demandante).

La última doctrina jurisprudencial de la que es exponente la reciente; sentencia del Tribunal Supremo número 840/13 de 20/1 /14, del Pleno se decanta por la trascendencia de la omisión de información en este tipo de contratos bancarios, en concreto la ausencia del test de conveniencia e idoneidad, omisión que si bien no determina por se el error en el consentimiento puede hacer presumir salvo prueba en contrario que se ha producido superando antigua doctrina jurisprudencial del mismo tribunal que llevaba distinguir la trascendencia de esa omisión según el perfil más o menos avezados del cliente y distinguiendo los supuestos de particular y de empresas; por lo que incumbe a la entidad financiera la prueba de haber llenado los deberes de información y transparencia que la legislación impone y para el supuesto de no haber cumplido con tal requisito, probanza que el cliente era perfecto conocedor de la naturaleza y consecuencias del producto financiero adquirido por sugerencia de dicha entidad bancaria.

A la espera de que se consolide una jurisprudencia uniforme en materia bancaria particularmente en lo relativo, a suscripción de participaciones preferentes y subordinadas, la tesis que sostiene este juzgado en los supuestos más frecuentes de inversor de perfil conservador que ha seguido los consejos de los empleados bancarios para suscribir aquellos productos, es la de, que existió error en el consentimiento no integral o invalidante sino valorable efectos de declarar la anulabilidad del contrato por ese consentimiento, viciado ya que aún debiendo entender ese inversor que se le estaba ofreciendo un producto distinto al depósito a plazo fijo que engendra mejores rendimientos a través del cobro los cupones, asumía una cierta actividad especulativa confirmada además por el sucesivo cobro de esos cupones y la información que efectos fiscales le ofrecía la entidad bancada, si bien resulta trascendente que el banco obtiene el consentimiento como requisito esencial de todo contrato pero ocultándose al inversor la posibilidad ya no sólo de que la subordinadas o preferentes no engendren tales aprovechamientos económicos, sino, lo que resulta más decisivo que incluso pudiera perder parcial o hasta totalmente ese capital invertido que suponía susceptible de una pronta e íntegra recuperación a través del mercado secundario por lo que partiendo en principio de que no existe una actuación dolosa de esos empleados del banco que no podían proveer el hundimiento de la entidad que garantiza aquellos títulos, habrá que inclinarse por la declaración, de nulidad relativa o anulabilidad y proceder a la mutua devolución de prestaciones, debiendo reintegrarse al demandante inversor en la totalidad del capital a cuyo efecto se descontarán los posibles resultados del canje subsiguiente a la Resolución del FRO B y los aprovechamientos obtenidos y esa diferencia constituirá la debida devolución de su prestación.



Tras esta extensa y genérica explicación de los diversos productos de riesgo estudiados, dándose por reproducidos, los argumentos ya expuestos y la jurisprudencia, cumple penetrar en el fondo del asunto que nos ocupa.

SEGUNDO.- Descendiendo al supuesto de autos, no puede prosperar la acción de nulidad por error esencial en el consentimiento que agitan como principal las actores señores Miguel Isabel y ni tan siquiera la más rebajada de anulabilidad por error no sustanciar sobre el objeto del contrato, lo que implicaría la mutua devolución de prestaciones entre los contratantes con los matices derivados de la actuación de mala o buena fe a las que anteriormente se ha hecho referencia. Ciertamente el perfil de los demandantes señores Miguel Isabel, padre e hija es desde luego el de minorista y por lo tanto de carácter en principio, conservador. Pero la dicotomía inversor profesional minorista, no puede llevar al desideratum de entender que sólo en el supuesto de inversores profesionales cabe la posibilidad de neutralizar en absoluto el error en el consentimiento por deficiente información sobre el producto y comprensión por el inversor del alcance del mismo pues en tal caso se establecería una especie de responsabilidad objetiva del banco que coloca al producto frente a cualquier tipo de inversor que quedaría en la privilegiada y situación de cliente inducido a error con lo que se establecería una especie de responsabilidad objetiva por parte del banco a no ser que hubiera informado de una manera, absolutamente exhaustiva y cubriendo todas las posibilidades que pudiera presentar la ulterior evolución económica, con el correspondiente asentimiento del cliente. Lo que no implica la responsabilidad del banco en el caso de que se pruebe un incumplimiento más o menos radical de la normativa MIFID y demás normativa anteriormente estudiadas y partiendo del principio de inversión del "onus probandi"

en virtud del cual corresponde, la entidad bancaria probar que esa información fue veraz, transparente y suficiente y que el cliente conocía los riesgos del producto en el que invertía

Valorando la prueba practicada de la documental aportada con las actuaciones ha quedado demostrado que los señores Miguel Isabel si bien en principio son calificados de minoristas y por lo tanto cabe presumirles ese carácter conservador, también es cierto que han invertido continuamente en productos de riesgo y con claro contenido especulativo siquiera diversificando sus inversiones con otros mucho más seguros, con lo que aun partiendo de este perfil minorista y conservador, no cabe duda alguna de que han asumido riesgos claramente especulativos. Así resulta del bloque documental 4 de los acompañados con él escrito de contestación por BANCO SANTANDER del que resulta que los actores Miguel Isabel han mantenido posiciones en acciones de empresas cotizadas, unas 30, entre ellas algunas de carácter tan voluble como sociedades televisivas, transportes y otras según se desprende de los documentos 4 A y 4 D del indicado bloque documental. Han colocado su dinero también fondos de inversión si bien ciertamente todos ellos relacionados con el grupo empresarial SANTANDER. Significativo resulta igualmente que se aventuraron en la inversión en participaciones preferentes tanto del banco demandado como en ENDESA, según aparece en la documental 4 Y y 4 Z Colocaron también su capital en seguros de inversión, los denominados "unit linked" y en otros diversos productos financieros con lo que cabe llegar a la conclusión de que padre e hija ahora demandantes no puede decirse que sea el típico ahorrador que acude al banco a colocar su capital para que le produzca un alto interés en la absoluta seguridad de que cuando menos no perderá dicho capital, aunque pueda tener informaciones claras o al menos pueda intuir cierto cariz especulativo de las la inversión, como ocurre en los supuestos de preferentes y subordinadas que tanto me menudean en la actualidad.

Por el contrario los aquí demandantes señores Miguel Isabel han movido continuamente sus ahorros de "suerte que si se cuentan las operaciones realizadas según se desprende de la documental antedichas aportada por la demandada, bien puede decirse que superar las 50 inversiones en productos de muy diversa naturaleza. Si bien ciertamente y en favor de los demandantes señores Miguel Isabel cabe advertir como ponen su confianza en productos básicamente del BANCO SANTANDER ya que muchos de los productos llevan el marchamo de dicha entidad bancada. Pero es que además difícilmente puede admitirse es error en el consentimiento pues clientes acostumbrados a tal actividad inversora, difícilmente pueden sostener que contundieron esos Valores Santander con un: depósito a plazo fijo i A mayores en todo caso habría que acudir a la teoría de la convalidación o confirmación del contrato (artículos 1310 y concordantes: del Código civil en relación entre otras a la STS 10/2/ 0 3 y 13/2 /60 6 y en el entendido que la confirmación tiene forzosamente efectos retroactivos pues no afecta para nada a la perfección del contrato sino a la purificación de los vicios de que adolece según dijo la clásica de 25/6/46) ya que es hecho pacífico y admitido que de la información fiscal que se le facilita y conscientes de la pérdida que los Valores Santander les supone, optaron por la reconversión en acciones de dicha entidad con lo que evidentemente vienen a asumir que esa alternativa estaba prevista o al menos la aceptan como derivada de su inversión y por ello proceden a dicha reconversión. Y si a lo dicho cabe añadir que los resultados económicos de esa operación no son nada desdeñables pues si sumamos a los intereses derivados de los Valores Santander los rendimientos de las acciones puesto que los II Valores Santander se convirtieron en 4150 acciones del Banco Santander resulta que han percibido un total de 18,148



21 € además de que están en posesión de esas 4150 acciones cuyo valor en Bolsa en ese momento no ha quedado cuantificado pero que tampoco debe ser despreciable.

Cobra por lo demás, la especial trascendencia en el presente caso la declaración del empleado de la entidad bancaria que les aconsejó es inversión don Julián quien tras reconocer que los señores Isabel Miguel eran clientes antiguos, son ahorradores pero tenían muy diversas inversiones, reconociendo su confianza en el banco, matizando dicho empleado bancario señor Julián si se les informaban de la marcha del producto, narrando que se reunió por separado con padre e hija a los que advirtió que estaban jugando con un producto de carácter especulativo ya que había la posibilidad de pérdida en cualquier proporción si en el momento de la reconversión de los valores en acciones aquellas habían bajado aunque evidentemente cabría confiar en la buena salud económica del banco. Por lo tanto asegura que tenían conocimiento del producto, que nunca y bajo ningún concepto se les ofreció con una variante o alternativa al depósito a plazo fijo y les entregó un tríptico negando reiteradamente que en ningún momento se les dijera que se trataba de un depósito a plazo fijo, informándose anualmente sobre el desarrollo del producto además de que tenía conocimiento por la información bancada a efectos fiscales. A preguntas del juzgador incluso manifestó que se les advirtió de la posibilidad de pérdida del capital invertido. Argumentó que de hecho actualmente los señores Miguel Isabel siguen, siendo titulares de esas acciones. Y por lo tanto si bien es indudable que los señores Miguel Isabel, padre, e hija, confían en el Banco e invierte en los diversos productos que se les van ofreciendo, también es cierto que diversifican enormemente sus inversiones ya que una parte de ellas; la colocan en depósito a plazo fijo con lo que no podían ignorar que las demás, particularmente las referentes acciones de empresas que cotizan en bolsa, son de carácter claramente especulativo como también lo fueron sus inversiones en preferentes, por lo que unos inversores que hacen circular su dinero de forma tan continua, no puede ampararse, en el hecho de que han sido inducidos a error, máxime teniendo en cuenta que no han aducido ese mismo error en el resto de operaciones que finalmente les han resultado altamente lucrativas. Bien podría afirmarse que asumen su actuación especulativa en aquellas operaciones que no les ha supuesto pérdida y niegan su consentimiento informado respecto de la que ha resultado parcialmente frustrada. Aun reconociendo cierta complejidad en el producto de autos; Valores Santander, aun asumiendo que pudiera tratarse de un producto rojo en vez de amarillo, lo definitivamente, claro es que del tríptico que se se les entregó información ? proporcionada por el empleado señor Julián se puede deducir claramente y en líneas esenciales la posibilidad de riesgo ya que el beneficio consiste además de los pingues rendimientos en la situación económica existente al momento de finalización de esa inversión en Valores Santander. Y ese riesgo según el testigo señor Julián fue claramente explicado a los inversores señores Miguel Isabel. Ciertamente es que esa confianza en la: entidad bancada hace presumible que las respuestas a los cuestionarios se hagan de forma automática e incluso pudieran haber sido rellenadas por un empleado de la banca; Igualmente cierto que la orden de compra no está firmada por los inversores, probablemente lo efectuó también un empleado de la entidad bancaria. Pero en conclusión de la defensa de los señores Miguel Isabel reconoció que se dio esa orden de compra. Por lo tanto si bien: puede detectarse una cierta negligencia de la entidad bancada MIFID y se arrojan ciertas, sombras sobre la posibilidad de que el empleado bancario en quien tenían depositadas toda su confianza aun advirtiéndoles de carácter especulativo del producto, se lo aconsejara en fuerza a la solvencia de la entidad emisora, el hecho de que por acto propio y no obligado por ninguna disposición legal específica, en un momento dado y ante el desarrollo a la baja de su inversión en Valores Santander opten por su conversión en acciones, da a entender que ya a principio y en todo caso ulteriormente asumieron los señores Miguel Isabel ese contenido especulativo o confirmaron y sanaron el contrato de los posibles vicios de que adolecía. Por lo tanto si son titulares de las acciones; si han obtenido los rendimiento económicos que sobrepasan los 18,000; € si con frecuencia colocaron su capital en productos de cariz más o menos especulativo y en todo caso diversificando sus inversiones, difícilmente podemos entender que fueron llevado al error por la entidad bancaria o por sus empleados sino que es más sostenible dentro de la larga cadena de inversiones se les ofreció este producto, Valores Santander, que asumieron con su carácter especulativo como habían hecho con otros muchos. Por lo tanto que la ulterior a la marcha de economía evolucionara a la baja afectando también las acciones del Banco Santander era un riesgo asumido debe quedar fuera de toda duda por lo que fracasa la acción de nulidad absoluta y relativa de anulabilidad por error en el consentimiento ya que el mismo queda probado "que no se produjo.

Y otro tanto cabe decir de la acción ejercitada por vía subsidiaria de indemnización consecuenta a la resolución del contrato por la sencilla razón de que como ha quedado explicado, el contrato fue purgado de los posibles vicios que pudiera tener pues al reconvertir esos valores en acciones es evidente que se estaba asumiendo su contenido especulativo que pon lo demás; parece según la declaración testifical del señor Julián que les fue explicado a los señores Miguel Isabel quienes reaccionan debidamente cuando son informados de la evolución a la baja del producto adquirido con lo que los sanan de los posibles efectos del mismo. Y esa posibilidad de negligencia en la información no supone un incumplimiento radical del contrato que autorice al contratante cumplidor a darlo por resuelto ya que no se trata de un incumplimiento total y absoluto que frustre



las expectativas del otro contratante, sino de meras imperfecciones en el contrato que no pueden dar lugar a esta resolución por incumplimiento según resulta de la glosa que el artículo 1124 del Código civil efectúa constante jurisprudencia entre la que cabe reseñar las ST es 10/10/05 o la esencia de 1/10/12 entre otros muchas. Por lo expuesto debe desestimarse la acción de nulidad contractual que por vía principal fórmula los actores señores Miguel Isabel así como la subsidiaria de indemnización consecuyente al incumplimiento de los deberes de información por parte la entidad bancaria ya que si bien, se abre la posibilidad de que no existía una exhaustiva información sobre los riesgos del producto, queda ello en el terreno de la duda pues el juzgador llega a la conclusión a la luz de la prueba documental y testifical practicada de que los inversores eran conscientes del carácter especulativo de la operación por cuanto con anterioridad se habían embarcado en otras inversiones de también en inversiones contenido especulativa. Se evidencia documentalmente el banco informó según el bloque documental 20 de la contestación, a la demanda de la evolución de estos valores, que por lo demás se desprende de los documentos 3 y 4 de la demanda. Si los actores señora Isabel hubieran sido inducidos a error sobre la naturaleza y características de estos Valores Santander, tan pronto reciben la información fiscal a que hacen referencia en su demanda, debieron accionar en aquel momento en que la consciente de que no habían invertido en 1 depósito a plazo fijo sino que en realidad la operación se reconducía a las posible pérdida o ganancia según prosperara o no la operación AMRO, en cuyo supuesto aquellos, valores se convertiría, finalmente, en acciones del Banco Santander a no ser que se hubieran optado por su anterior reconversión, opción a la que se acogen los actores. Resumidamente: si bien puede que la información no fuera del todo exhaustiva, los demandantes pudieron conocer y en todo caso conocieron durante el desarrollo de aquella el alcance de la misma sin que la infracción posible de alguna normativa, puede entenderse trascendente a los fines de anular el contrato o exigir responsabilidad a la entidad bancaria por cuanto existió en todo caso una información personalizada a través del empleado de confianza señor Julián de los actores que siempre supieron que estaba especulando en mayor o menor medida con un producto que finalmente acabaría siendo acciones de un banco, Banco Santander, en quien tenían depositada toda su confianza.

Esta duda de hecho, unida a la jurisprudencia no siempre pacífica en esta materia tan enrevesada, aconsejan la NO imposición de costas en ningún lado litigantes apartándose así al juzgador del criterio del vencimiento objetivo que rige en materia de costas conforme al artículo 394 de nuestra LEC.

FALLO

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por Don Miguel y y doña Isabel frente a la demandada BANCO SANTANDER a la que ABSUELVO libremente y con todos los pronunciamientos favorables de las pretensiones que por vía principal o subsidiaria en su contra han formulado los actores en relación al producto financiero Valores Santander suscritos con fecha 4/10/07 por importe de 55,000 € objeto de las presentes actuaciones

DISPONGO que cada contendiente peche con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de las ocasionadas en este primer grado.

Notifíquese esta resolución a los Srs. MARC CASTAÑÓN PUELL y IDELFONSO LAGO PÉREZ, enterándoles que contra la presente, que no es firme, cabe formular recurso de apelación que deberá interponerse ante este mismo juzgado en el término de vigésimo día hábil siguiente a su notificación. Llévase la presente al Libro de Sentencias quedando debidamente testimoniada en las actuaciones y tómese oportuna nota en los Libros de Registro y soporte informático de este Órgano judicial.

Así por esta mi sentencia, a cuya publicación en forma se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN- Se ha dado, leído y publicado la sentencia anterior por magistrado juez que la ha dictado, celebrando audiencia pública, el día Doy fe.