



Roj: **SJPI 27/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:27**

Id Cendoj: **50297420022015100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2015**

Nº de Recurso: **595/2014**

Nº de Resolución: **38/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA MIGUEL ABANTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 27/2015,**
SAP Z 1595/2015

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00038/2015

CIUDAD DE LA JUSTICIA. 3ª PLANTA DEL EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS EN PLAZA EXPO Nº 6

Teléfono: 976 208 452

Fax: 976 208 648

S40000

N.I.G. : 50297 42 1 2014 0016380

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000595 /2014 - 3

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE, DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. Ascension , Gonzalo , Genoveva , Rosalia

Procurador/a Sr/a. LAURA ASCENSIÓN SÁNCHEZ TENÍAS

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA LUISA HUETO SAENZ

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A NÚM. 38 / 2015

En ZARAGOZA, a nueve de marzo de dos mil quince.

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

D.ª M. BEGOÑA MIGUEL ABANTO, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número DOS de ZARAGOZA y su Partido, ha visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO seguidos en este Juzgado con el núm. 595/14, a instancia de D.ª Ascension , D. Gonzalo , D.ª Genoveva y de D.ª Rosalia , representados por la procuradora de los Tribunales D.ª Laura Sánchez Tenías y bajo la dirección letrada de D. Antonio Vargas Vilarrosa, siendo parte demandada la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A.,



representada por la procuradora D.^a M.^a Luisa Hueto Saenz y asistida por el letrado D. Alejandro Ferreres Comella, que versan sobre petición de nulidad o anulabilidad de la inversión efectuada en el producto denominado VALORES SANTANDER, o de indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La meritada representación procesal de la parte actora formuló demanda presentada en el Juzgado Decano de esta Ciudad, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en fecha 4 de julio de 2.014, arreglada a las prescripciones legales, sobre la base una serie de hechos y fundamentos de derecho expuestos en el referido escrito, que tuvo por conveniente, para terminar suplicando al Juzgado dicte Sentencia por la que:

1.- Se declare:

A) Se declare la nulidad de la inversión efectuada por la parte actora en el denominado producto "VALORES SANTANDER" y del consiguiente depósito de dicho valor y documentos contractuales suscritos a tales fines, con sus consecuencias y efectos restitutorios.

B) *Subsidiariamente*, se declare su anulabilidad, igualmente con sus consecuencias y efectos restitutorios.

C) *Subsidiariamente*, se declare la responsabilidad de la entidad financiera demandada en la pérdida económica sufrida por la parte actora a consecuencia de los VALORES SANTANDER adquiridos, como indemnización de daños y perjuicios.

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

A) Que caso de determinada la nulidad o anulabilidad, sean reintegradas a la parte actora las cantidades entregadas a la entidad BANCO DE SANTANDER, en este caso de 225.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su entrega hasta la fecha de pago, y las comisiones y gastos que pudieran haberles ocasionado, o que les ocasionen como consecuencia de la nulidad, que se determinará en ejecución de sentencia, pasando a ser de plena titularidad de la demandada las acciones obtenidas por el canje, o caso de haberse procedido a su venta, descontando la cantidad neta obtenida tras la venta de dichas acciones, o subsidiariamente descontando el importe del valor a fecha del canje de las acciones recibidas, todo ello:

- sin que los demandantes tengan que reintegrar las cantidades obtenidas en concepto de cupón o rendimiento del producto, por concurrir en la nulidad la causa torpe del artículo 1.306 del C.C .

- o Subsidiariamente descontando de la cantidad neta percibida en forma de cupón o rendimientos, cuya fijación exacta habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia.

B) Subsidiariamente, caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad de los contratos y sí la responsabilidad de la misma en la pérdida patrimonial sufrida, interesamos se condene a VALORES SANTANDER a resarcir los daños y perjuicios causados a la actora, debiendo indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados mediante el abono de importe equivalente a las concretas aportaciones realizadas en su día, más los intereses legales de dichas cantidades, computados desde la fecha en que se efectuó cada concreta aportación, así como las comisiones y gastos, o que les ocasionen como consecuencia de la nulidad, que se determinará en ejecución de sentencia, pasando a ser de plena titularidad de la demandada las acciones obtenidas por el canje, o caso de haberse procedido a su venta, descontando la cantidad neta obtenida tras la venta de dichas acciones, o subsidiariamente descontando el importe del valor a fecha del canje de las acciones recibidas, y todo ello:

- sin que los demandantes tengan que reintegrar las cantidades obtenidas en concepto de cupón o rendimiento del producto, por concurrir en la nulidad la causa torpe del artículo 1.306 del C.C .

- o Subsidiariamente descontando de la cantidad neta percibida en forma de cupón o rendimientos, cuya fijación exacta habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia.

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

SEGUNDO. - Por decreto de fecha 8 de septiembre de 2.014 se acuerda admitir a trámite la presente demanda, ordenando dar traslado a la parte demandada, emplazándola para que en veinte días conteste a la demanda.

TERCERO. - Por escrito de fecha 8 de octubre de 2.014 se presentó, por la mencionada representación procesal de la parte demandada el escrito de contestación a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando al Juzgado dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.



CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 15 de octubre de 2014, estando presentada la contestación de la demandada dentro de plazo, cumplidos los plazos y trámites previstos en el artículo 414.1 de la LEC, y de acuerdo con lo dispuesto en el mismo, se convocó a las partes a una Audiencia Previa al juicio, señalándose para su celebración el día 11 de noviembre de 2.014, día en que se celebró la misma como se había señalado, con asistencia de ambas partes.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se prosiguió para las restantes finalidades determinadas en la LEC. Concedida la palabra a las partes, éstas se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, haciendo las alegaciones que estimaron oportunas, impugnando la parte actora los documentos números 3ª y 3B, los folletos de información, y 12ª y 12B relativos a los test de conveniencia, aportados por la demandada, alegando que no se entregaron copias de los mismos a la actora, y el resto de los aportados por las consecuencias jurídicas que pretende extraer de los mismos la contraparte, no su autenticidad. Por parte de la actora se hizo referencia a sendas resoluciones de la CNMV relativas al incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones previstas en los artículos 78 y 79 de la LMV, y la demandada manifestó que la actora ha seguido percibiendo rendimientos, aportando certificado sobre los beneficios derivados de las acciones, percibidos por los actores hasta noviembre de 2014. Seguidamente pasaron a fijar los hechos controvertidos y a proponer la prueba. Por la parte actora se propuso la documental por reproducida la aportada con la demanda así como la solicitada en la misma, la más documental que tuvo por conveniente aportar en el acto de la audiencia previa, el interrogatorio de la demandada, en persona con conocimientos del producto financiero, y la testifical de D. Ángel Daniel. Por la parte demandada se propuso la documental por reproducida la adjuntada a la contestación a la demanda y el informe pericial aportado en su momento, la más documental aportada en el acto, la testifical del mencionado Sr. Ángel Daniel y la pericial del Sr. Efrain. Pruebas propuestas que fueron admitidas, señalándose fecha para la celebración de la vista del juicio para la práctica de las pruebas para el día 8 de enero de 2015, que hubo de suspenderse por imposibilidad de comparecer el día señalado el testigo Sr. Ángel Daniel por motivos personales, señalándose nuevamente para el día 19 de febrero de 2015.

QUINTO.- El día señalado se procedió a la práctica de las pruebas que, propuestas, fueron admitidas en la audiencia previa, con el resultado que obra grabado en autos, y una vez practicadas se dio traslado a las partes para resumen de prueba y conclusiones, quedando tras lo cual el pleito concluso y pendiente de dictar la presente resolución.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 399 y siguientes de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se incoó reclamando por la actora la declaración de nulidad de la inversión efectuada por la parte actora (en realidad por la Sra. Rosalia y su difunto esposo, D. Gonzalo, compareciendo sus hijos, herederos, en su lugar) en el denominado producto VALORES SANTANDER y del consiguiente depósito de dicho valor y documentos contractuales suscritos a tales fines, con sus consecuencias y efectos restitutorios, subsidiariamente la anulabilidad, y subsidiariamente, se declare la responsabilidad de la entidad financiera demandada en la pérdida económica sufrida por la actora a consecuencia de los VALORES SANTANDER, como indemnización de daños y perjuicios, solicitando en cualquier caso el reintegro de las cantidades entregadas en su día a la entidad financiera, más sus intereses desde tal entrega hasta su efectivo pago, comisiones y gastos que se le hubieran ocasionado a la actora, pasando a ser de plena titularidad de la demandada las acciones obtenidas por el canje, o de haberse procedido a su venta, descontando la cantidad neta obtenida tras la venta de dichas acciones, y subsidiariamente, descontando el valor a fecha del canje de las acciones recibidas, y todo ello sin que los demandantes tengan que reintegrar las cantidades obtenidas en concepto de cupón o rendimiento del producto por concurrir en la nulidad la causa torpe del artículo 1306 del Código Civil, o subsidiariamente, descontando de la cantidad neta percibida en forma de cupón o rendimientos, a concretar en ejecución de sentencia, comenzando por analizar las características del producto VALORES SANTANDER, al que califica de tóxico, de alto riesgo y alta complejidad, que la colocación de este producto implicaba para la entidad financiera en su relación con el comprador un obvio conflicto de intereses debido a la consideración de los valores como recursos propios básicos, afirmando que la actora, confiando en el personal de la oficina de la sucursal y desconociendo las verdaderas características del producto y los riesgos que el mismo conllevaba, en fecha 29 de septiembre de 2007 suscribió la pertinente orden de compra por la que adquirieron los Valores Santander, en este caso, 45 títulos de 5.000 € de nominal, lo que hace un nominal total invertido de 225.000 euros exponiendo graves defectos de información sobre el producto contratado, que la actora carece de conocimientos en materia financiera, y cuenta con estudios básicos, y tiene una discapacidad del 65%, ya que padece una grave enfermedad cardíaca y una severa limitación funcional en su mano derecha, que no querían asumir



ningún riesgo y dejaron claro que querían garantías sobre sus ahorros más que una alta rentabilidad, así como plena disponibilidad de su inversión, lo único que se les explicó es que a la finalización de la vigencia del producto recuperaría íntegramente la cantidad invertida, más los intereses correspondientes, sin que se les explicase nada acerca del funcionamiento de la inversión, ni descripción de los riesgos, ni las características del producto, negando igualmente haber recibido el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMV, ni documentación alguna informativa, habiendo reclamado a la demandada extrajudicialmente la devolución de la inversión efectuada, resultando infructuosas las gestiones realizadas, por lo que se ha visto obligada a interponer la demanda, afirmando que tal ausencia de información por parte de la entidad financiera es determinante de un claro error en el consentimiento prestado por los actores, que no actuó con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, incumpliendo tales obligaciones de diligencia, transparencia, lealtad e información, así como los buenos usos y prácticas bancarias, estando incurso por ello en responsabilidad contractual por los daños y perjuicios que esta conducta ha irrogado a los actores.

Por su parte, la demandada se opuso a la pretensión de la actora, analizando la orden de compra de los Valores Santander litigiosos, afirmando que en fecha 29 de septiembre de 2007 los demandantes suscribieron Valores Santander por un importe nominal de 225.000 euros, afirmando que la inversión se materializó de forma consciente y voluntaria, tras prestar la actora su consentimiento y haber sido informada de las características y riesgos del producto a través de los documentos registrados al efecto en la CNMV (el Tríptico y la Nota de Valores), que los actores conocían que los Valores Santander eran títulos cotizados en Bolsa, cuyo valor era susceptible de apreciarse o depreciarse como cualquier acción, y que el importe desembolsado no estaba garantizado, siendo consciente de que el resultado de su inversión dependía de la cotización de los Valores, a su vez correlacionada con la evolución de las acciones del Banco, ya que cada Valor estaba llamado a convertirse en acciones a un precio determinado de antemano, por lo que carece de fundamento el alegado error en la contratación; afirmando que los actores fueron informados por esta parte de las características y riesgos del producto, a través de los documentos registrados al efecto en la CNMV, como de contrario reconoció expresamente en las órdenes de compra, siendo el comportamiento posterior de los actores durante la vigencia de los Valores y después de haberse convertido en acciones un evidente acto confirmatorio, incompatible con las acciones ejercitadas y que el verdadero motivo de la interposición de la demanda es que ha descendido la cotización de las acciones de este Banco, siendo ello un riesgo propio de las operaciones bursátiles, debiendo asumir la contraparte su cuota de riesgo en la inversión, analizando el perfil inversor de los demandados, detallando las inversiones de estos en productos como Valores Santander, participaciones preferentes, acciones, fondos de inversión, seguro de inversión y planes de pensiones, explicando las características de la inversión objeto del presente procedimiento, habiendo cumplido con la legislación vigente respecto de la documentación empleada por el Banco para informar a los inversores sobre este producto, así confeccionó y publicó un folleto informativo y registró y publicó el oportuno tríptico en el que se resumían las características esenciales del producto, que fue entregado a los actores, pasando a analizar la concreta contratación de la inversión objeto del procedimiento, así como los hechos posteriores a la suscripción de la inversión, la percepción de intereses trimestrales desde la suscripción del producto en septiembre de 2007 hasta la expiración del plazo de vigencia, por importe de 53.992,51 euros, así como la evolución de la cotización de las acciones del Banco de Santander a la baja, debido a las crisis, así como la conversión de los Valores en acciones el pasado 4 de octubre de 2012, fecha prevista para tal conversión obligatoria, al no haber optado la actora antes por la conversión voluntaria, acciones que han generado a su vez, rendimientos, continuando a día de hoy la inversión viva, por lo que los beneficios de las acciones convertidas no podrá concretarse hasta el momento en que se proceda a la venta de las acciones en las que los Valores se han convertido, negando haber infringido la normativa invocada de contrario, negando que en el presente caso haya existido una relación de asesoramiento entre el Banco y la parte actora, limitándose el primero a comercializar los Valores; que la validez de un contrato no depende del cumplimiento de ninguna normativa administrativa, negando que en el presente caso sea aplicable la normativa de **consumidores** y usuarios ya que la misma no es de aplicación a operaciones especulativas como la presente, y de estimarse dicha normativa aplicable, esta parte ha cumplido con las obligaciones que le eran legalmente exigibles, negando igualmente la infracción de la Ley General de Publicidad; entendiéndose igualmente improcedente la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, por inexistencia de tales vicios, así como la improcedencia de la acción de indemnización por haber cumplido esta parte con celo las obligaciones derivadas de su condición de depositante, y en particular, con sus deberes de información tantos previos a la suscripción, como durante la vida del producto, ni se ha probado de contrario la existencia del daño, para interesar, en definitiva, la desestimación de la demanda, con imposición a la parte actora de las costas.

SEGUNDO. - Antes de analizar las pretensiones de la demanda, entiendo que procede señalar las características del producto litigioso y las condiciones en que se desarrolló su emisión.



Se trata de un producto financiero comercializado y emitido por el Banco Santander llamado Valores Santander y destinado a obtener, a través de clientes suscriptores, financiación suficiente para que el Consorcio formado por el Banco de Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis pudiesen llevar a cabo con éxito una OPA sobre la entidad ABN AMRO, y a cuyo éxito se vinculaba la forma de ofertar y proporcionar los rendimientos del producto a dichos clientes.

Atendiendo al Tríptico o folleto elaborado por la entidad y a la Nota de Valores explicativa de la naturaleza de la emisión (documentos nº 3A y 3B de la contestación), en los meses de junio y julio de 2.007 se formó un consorcio bancario entre las entidades mercantiles Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis para adquirir la entidad financiera ABN AMRO, obteniendo la financiación necesaria mediante la emisión de los Valores Santander el 4/10/2007, con las siguientes condiciones:

1.- En el caso de que el consorcio del que formaba parte la entidad demandada no adquiriese la entidad ABN AMRO, se reintegraba a los inversores el principal invertido más un interés fijo del 7,30%, reintegro a amortizar el 4/10/2.008.

2.- En caso de adquisición de ABN AMRO, como así sucedió, los valores emitidos se convertían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco Santander, devengando un interés anual del 7,30% el primer año y Euribor más 2,75 % en los años sucesivos, pagaderos trimestralmente hasta su necesaria conversión en acciones del Banco. Esta conversión podría efectuarse, o bien anualmente (cada año a partir de octubre de 2007) de forma voluntaria por parte del inversor, y por tanto a iniciativa suya, o bien obligatoriamente, transcurridos cinco años desde la emisión del producto, siempre a un valor o precio de conversión determinado de inicio.

Llegado el vencimiento de la inversión (4/10/12), al no haber sido canjeadas antes voluntariamente por los actores, operó necesariamente el canje, a la cotización predeterminada, cotización indicada en el tríptico informativo registrado ante la CNMV, en el que se indica que "para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles (octubre 2007) esto es, por encima de su cotización en ese momento" si bien, el precio de referencia de las acciones era de 16,04 euros por acción. Este precio resultaba de aplicar un 116% (prima de conversión contemplada en el folleto) a la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción de Banco Santander en el Mercado Continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores al 17 de octubre de 2.007, que ha sido 13,83 euros, el número de acciones de Banco Santander que corresponde a cada Valor Santander a efectos de conversión ha quedado fijado en 311,76 acciones por cada Valor. Esta relación de conversión resulta de dividir el valor nominal de cada Valor Santander (5.000 euros) por el precio de referencia antes indicado (16,04 euros).

De esta forma, con independencia de la posterior evolución de la acción de Banco Santander en el mercado, el cliente siempre recibiría un número ya determinado de acciones. Por tanto, el éxito (y el consiguiente riesgo) de la inversión dependería del valor de esas acciones en el momento de la conversión. Si en el momento del canje, la cotización de la acción de Banco Santander fuera superior a 16,04?, los clientes adquirirían acciones por un precio más barato que el de mercado en ese momento. En caso contrario, si el valor de la acción fuese inferior al precio de referencia, los suscriptores adquirirían acciones a un precio superior al de cotización en esa fecha.

En conclusión, dichos valores convertibles en acciones no tenían el capital garantizado, era económicamente similar a la compra de acciones, puesto que estaba llamando a convertirse automática y necesariamente en acciones a una fecha determinada, pero que retribuía además con un interés fijo hasta que se produjese dicha conversión. En todo caso, se trataba de un producto líquido, es decir, podían ser vendidos y adquiridos en cualquier momento a precio de mercado si así lo decidía el inversor.

En cuanto a la orden de compra litigiosa, la firma de la misma tuvo lugar el 29 de septiembre de 2007, en virtud de la cual los actores suscribieron un total de 45 títulos de los denominados "Valores Santander" por un importe nominal de 225.000 euros, y terminaron haciéndose efectivas en el momento en que los títulos fueron emitidos por el Banco y asignados a los suscriptores, el 4 de octubre de 2007, entre los que se hallaban los actores, el documento 2 de la contestación es la mencionada orden de compra.

TERCERO .- Sentado lo anterior, en cuanto a la normativa a aplicar al presente caso, como ya se ha dicho más arriba, afirma la parte actora que concurre un vicio del consentimiento, al no haber sido debidamente informada de las características y los riesgos del producto anteriormente descrito, sustentando dicha pretensión en lo dispuesto en los Art. 1.261 y siguientes del Código Civil, Art. 5 del RD 629/1993 sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, Art. 79 y siguientes de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores y Art. 73 y 74 RD 217/ 2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Subsidiariamente, y al amparo de los artículos 1.088, 1.089, 1.100, 1.101, 1.104 del Código Civil, se declare la responsabilidad de la entidad financiera demandada en la pérdida económica sufrida por los actores a consecuencia de los Valores Santander adquiridos, como indemnización de daños y perjuicios. También invoca la vulneración de la Directiva



MIFID, invocando su aplicación al presente supuesto, al considerar que su contenido de plena aplicación, aludiendo, en idéntico sentido, a la exigibilidad de la calificación del personal que suscriba la contratación de este tipo de productos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

Por el contrario y de conformidad con la fecha de la contratación (29/9/2007), la entidad demandada alega la inaplicabilidad de lo dispuesto en la Directiva MIFID aprobada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, la cual entró en vigor el 21/12/2007, estableciéndose, además en su Disposición Transitoria 1ª un plazo de seis meses para que las entidades financieras pudieran adaptarse a las obligaciones que preveía. Consecuentemente, no era de obligatoria observancia hasta el 21/06/2008.

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

- Consentimiento de los contratantes.
- Objeto cierto que sea materia del contrato,
- Causa de la obligación que se establezca.

No obstante, será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (Art. 1.261 en relación con el Art. 1.265 CC). Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección (art. 1.266 CC).

En relación al dolo, el art. 1269 y 1270 CC , disponen que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho si bien para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

Lo cierto es que es dudoso si a la parte actora se la ha de considerar como consumidora a los fines del Art. 1º de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios (en adelante, LGDCU) vigente en el momento de la contratación, como en el actual Art. 3º del TRLGDCU, ya que por un lado la operación no estaba destinada a una actividad empresarial o industrial, tratándose, en todo caso, de un contrato tipo, de adhesión, cuyas cláusulas vienen predeterminadas por la parte demandada sin posibilidad alguna de negociación unilateral por la parte contraparte, pero por otro lado estamos ante una inversión especulativa.

En relación a la normativa aplicable en el sector bancario en el momento de la contratación y en relación con el deber de información, al no hallarse en vigor en la fecha de la contratación la Directiva MIFID 2006/73 y 2004/39, deberá estarse a lo dispuesto en la LMV, Ley 24/1988, en su redacción dada en la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios y, aún, en el ámbito de las condiciones generales de contratación con las que se integran el contrato discutido, a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998 (en adelante, LCGC), tratándose en general de una normativa en cuyos principios subyace el intento y finalidad de garantizar un adecuado derecho de información en el ámbito de los productos y mercados financieros de suerte que la misma sea imparcial, clara y no engañosa para todos cuantos contraten en dicho ámbito.

Las normas previstas en el Título VII de la LMV vigente en ese periodo, regulando las normas de conductas aplicables en el art. 78 y siguientes, disponen:

Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores, los analistas de inversiones en valores e instrumentos financieros y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta:

- a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título.



b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

2. El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán establecer que los reglamentos internos de conducta mencionados en el párrafo c) del apartado anterior contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los siguientes artículos de este Título (Art. 78 de la LMV).

- Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.....

Por otro lado, el antes citado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en relación a la entrega de documentos contractuales, dispone que:

La entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes, será obligatoria en los siguientes casos:

a) En las operaciones en las que exista contrato-tipo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

b) En aquellas operaciones que por su carácter singular no hayan sido incluidas en los folletos de tarifas y normas de valoración y disposición de fondos y valores. En estos casos, el documento contractual deberá contener las tarifas y normas de valoración y disposición que vayan a aplicarse a estas operaciones.

c) En las operaciones que en desarrollo del presente artículo establezca el Ministro de Economía y Hacienda.

d) Siempre que lo solicite el cliente. Junto con los documentos contractuales se deberá hacer entrega de una copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles y normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Para ello bastará entregar la hoja u hojas del folleto en que figuren todos los conceptos de aplicación a esa operación. Será válido, asimismo, que las tarifas aplicables aparezcan expresamente en el contrato, no siendo admisibles las remisiones genéricas al folleto de tarifas, sin hacer entrega del mismo.

2. Las Entidades retendrán y conservarán copia firmada por el cliente de los documentos contractuales. También conservarán el recibí del cliente a la copia del documento que le haya sido entregada. La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, sin perjuicio de lo que se derive en lo dispuesto en las leyes, tendrán acceso, en el ejercicio de sus respectivas funciones, a la copia de los contratos a que se refiere el párrafo anterior.

En relación a la información que debían entregarse a la clientela, el art. 16 del citado cuerpo legal dispone que:

1. Las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

2. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que



pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.

3. El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos, el contenido mínimo y periodicidad, en ningún caso superior al semestre, con que las Entidades deberán remitir información a sus clientes en contratos de duración original superior al año o de duración indefinida. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes. La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán requerir de las Entidades la modificación de los modelos usados en la información a los clientes cuando la misma no cumpla las condiciones de claridad exigibles.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos.

Y, en su Anexo, establece también el citado Real Decreto en su artículo 1 que:

Todas las personas y Entidades deberán actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado. En este sentido, deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado (art. 2º del anexo), debiendo, en todo caso, las entidades solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (art. 4º).

Finalmente, el artículo 5 del mentado Anexo determina que:

1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

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

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

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

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

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

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

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

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

c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.

Y, por último, según disponen los Art. 7 y 8 de la LCGC:



No quedarán incorporadas en los contratos integrados por condiciones generales de contratación aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, así como cuantas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, disponiéndose incluso la nulidad de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En definitiva, la actora entiende que se trata de un producto tóxico, de alto riesgo y alta complejidad, la remuneración de las obligaciones no está asegurada, en cuanto al orden de prelación están por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, así como de los tenedores de participaciones preferentes, que no cuenta con la protección derivada del fondo de garantía de depósitos, la obtención de liquidez no es inmediata, que el canje por acciones resulta obligatorio si se mantiene la inversión hasta el quinto año, que el precio de la conversión en acciones resulta ab initio indeterminado, y que el precio de conversión podría consolidar minusvalías si en el momento de la conversión el valor de la acción se encontrase por debajo del precio de conversión, que finalmente se fijó en 12,96 €, y que la entidad financiera no efectuó un control sobre el perfil o idoneidad del cliente, vulnerando el art. 72 y ss. del Real Decreto 217/08, y el hoy derogado, pero entonces vigente, Art. 5.3 del RD 629/93 que establecía que "La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para facilitar su correcta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

CUARTO.- Sobre el error en el consentimiento, ausencia de información previa a la contratación y el perfil exigible del cliente.

A tenor del marco normativo expuesto, y de la abundante documentación presentada por ambas partes, de las alegaciones expuestas por las partes, y del desarrollo de las pruebas practicadas en el juicio, procede acoger la tesis esgrimida por la parte demandada.

En lo que se refiere a su perfil inversor, de los documentos 4 a 11 de la contestación, se desprende que los actores habían realizado las siguientes inversiones: en Bolsa, en acciones de BANCO SANTANDER, S.A., ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS, S.A., AUTOPISTAS, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A., AUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., BANCO CENTRAL HISPANO, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, GRUPO DRAGADOS, S.A., EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD, S.A., COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A., IBERDROLA, S.A., INMOBILIARIA URBIS, S.A., NISSAN MOTOR IBÉRICA, S.A., LA PAPELERA ESPAÑOLA, S.A., REPSOL, S.A.A, SARRIO, S.A. Y RENO DE MEDICI SPA (DOCUMENTO 5 de la contestación); fondos de inversión, tales como SANTANDER MEMORIA 5 FI, SANTANDER MEMOTIA 4 FI, SANTANDER BEST 2010, SANTANDER CARTERAS GARANTIZADO 2 FI, SANTANDER DINERO F1, SANTANDER POSITIVO 2 FI, SANTANDER TANDEM 20 60 FI, SANTANDER RENTA FIJA CLASE B, SANTANDER MONETARIO FI, SANTANDER RENDIMIENTO CLASE A, HISPAMER DINERO 1 FI y SANTANDER 100 POR 100 8 FI (documentos 6 a 8 de la contestación); contratación de participaciones preferentes, en concreto de la SERIE IV DE SANTANDER FINANCE CAPITAL S.A.U. (documento 9 de la contestación), contratación de seguro de inversión ("unit-linked") SEGURO DE INVERSION DIEZ OPORTUNIDADES SECTORIALES (documento 10), así como planes de pensiones SNATANDER MONETARIO (documento 11). Todo ello evidencia que los actores tenían experiencia en la inversión en productos financieros de distinto riesgo.

En cuanto a la documentación empleada por el Banco para informar a los inversores sobre los Valores Santander, la demandada cumplió con su obligación de confeccionar y publicar un folleto explicativo (la Nota de Valores) de todas las características del producto y de sus riesgos, que depositó ante la CNMV, quien lo aprobó y publicó (documento 3B de la contestación), en el que constaban detalladas y explicadas las características de los Valores Santander, conteniendo un apartado específico sobre los riesgos inherentes a la inversión, además el Banco registró y publicó el Tríptico (documento 3A contestación) en el que se resumían las características esenciales del producto, así como incluso ejemplos de las posibles ganancias y posibles pérdidas que podían tenerse con esta inversión, que consta acreditado que fue entregado a los actores, pese a no reconocerlo éstos, a la vista de la documental aportada por la demandada y del resultado de la testifical del Sr. Ángel Daniel .

Consta en el documento de compra que se firma y acepta que "el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como que se le ha indicado que el Resumen y Folleto completo están a su disposición". Además "que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos" (...) "que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a



la operación". El contenido del folleto y tríptico (doc. Nº 3 A y B de la contestación a la demanda) y las características del producto pueden ser comprensibles para un cliente como lo eran los actores. Por otra parte, el inversor al que se presume conocedor del folleto por así haberlo afirmado en el contrato, nunca ha negado que pudo haberse desprendido de los valores aunque fuese a condiciones de menor liquidez. El contenido de la orden de compra descarta por sí mismo que se pudiera pensar que se estaba adquiriendo un producto asimilable a un plazo fijo, ya que recogen los riesgos de la operación. Es más, el Banco envió a todos los suscriptores de Valores Santander una serie de comunicaciones en las que, de nuevo, describía con claridad el funcionamiento del producto, así ya en noviembre de 2007, muy poco tiempo después de la orden de compra, el Banco envió una carta a sus clientes (documento núm. 27 de la contestación), comunicando que la OPA se había completado con éxito, que los Valores pasaban a ser necesariamente convertibles en acciones Santander, que la conversión se podría producir en cada aniversario de la emisión, durante los cuatro primeros años, y que en octubre de 2012 serían automáticamente convertidos en acciones, indicando el precio de referencia de las acciones a efectos de conversión, y además, que a fecha 5 de noviembre de 2007 los Valores Santander habían sido admitidos a cotización en bolsa, y que su cotización a partir de ese momento estaría en línea con la de la Acción Santander; que en enero de 2008 el Banco envió nueva carta a todos los clientes que habían suscrito Valores Santander (documento 28 de la contestación) informando del pago del primer cupón trimestral en enero de 2008, que para ese año estaban previstos cuatro, indicando la rentabilidad anual nominal que iban a recibir, del 7,3% (7,5% TAE)? que en noviembre de 2008 el Banco envió nueva carta a los clientes (documento 29) comunicando incluso el descenso de la cotización de la acción de Banco de Santander, comunicación que también se produjo en septiembre de 2009 (documento núm. 30 de la contestación). Como decimos, en septiembre de 2007 los actores adquirieron Valores Santander, entiende esta Juzgadora que conocedores del producto adquirido, y movidos por su alta rentabilidad por medio de cupones trimestrales. También aquí, el propio contenido de las órdenes de compra (doc. 2) indican que "el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación....una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla". A mayor abundamiento, el Sr. Ángel Daniel , promotor del negocio que nos ocupa, manifestó que es un producto que sí tiene un riesgo, no es complejo, que es fácil de entender para el cliente, y que se puede decir que es especulativo según lo que se quiera hacer con ello, que está dirigido a cliente no conservador, dispuesto a asumir un riesgo, que sí lo consideró un producto adecuado para el actor, porque cuando le explicó todo el riesgo que tenía, decidió hacer esa inversión y no otra distinta dentro del abanico de posibilidades que tenía, que era él quien solía atender a los actores, especialmente al Sr. Gonzalo , que era quien iba por la sucursal todas las semanas, que sabía el problema físico de movilidad de Rosalia , y que Gonzalo tenía lo típico de la edad, pero que ello no les afectaba intelectualmente, que el perfil inversor de estos clientes él cree que era moderado alto, según los productos que tenían con ellos; que él ofreció el producto como uno más, dentro de lo que había, que se lo explicó sobre la marcha, apoyándose en el tríptico, resolviendo las dudas que le formuló Gonzalo , si bien sí manifestó que no recordaba si en este caso lo entregó o no, que cree que la Nota Valores no la entregó, que lo que se entregaba era el tríptico, que era un resumen de la Nota, ya que ésta son muchos folios, y por medio del tríptico se explica la operativa, que no se firma la recepción del tríptico, que en la Orden sí se hace mención expresa que lo contenía y por eso ya no se firmaba el tríptico en sí, que no cree que les dijese que lo podían consultar por internet; que una vez se registraba en la CNMV había un plazo de formalización, y antes había una hoja de reserva, que no era vinculante, porque no se firmaba nada, sólo que el cliente demandaba ese producto; que tampoco recordaba si en este caso firmaron una reserva o no. Previa exhibición del documento 5 aportado con la demanda, reconoció ser la firma de Gonzalo , pero manifestó que no tenía nada que ver con los Valores Santander, que es de julio de 2007, que Gonzalo pidió información sobre qué hacer con ese dinero, y le ofrecían ese plazo fijo al que se refiere el documento exhibido, al 4,05%, que eso no era una orden de suscripción de Valores, que se trata de una oferta de un plazo fijo (IPF como se hace constar en ese documento), pero que no se llegó a producir la contratación de ese producto, que le explicó la prima del canje según el tríptico, que mientras él estuvo en esa sucursal el actor no fue a reclamar nada sobre este producto. A preguntas del letrado de la parte demandada de nuevo sobre el documento del mes de julio de 2007, manifestó que hay anotaciones manuscritas porque Gonzalo era muy meticuloso y quería que le acreditaran que le podían ofrecer un 4% en un plazo fijo, pero que eso no es ninguna contratación de nada; que a la vuelta del verano ya tenían la documentación de los Valores Santander y fueron explicando este producto, que el perfil era accionistas del Banco de Santander, porque era un producto institucional, que era adecuado para ellos, y se lo explicó a la vuelta de vacaciones, que eran Valores convertibles, replica la acción, 7% de cupón el primer año, convertibles en acciones a los 5 años, y antes puedes disponer de él en el mercado secundario, que podía fluctuar en función de las acciones del Banco de Santander, que tenía mucha volatilidad, que en ese momento tenían una visión optimista por parte de todos, en el sentido de que pensaba que las acciones se iban a revalorizar mucho, que subirían al 16% para recuperar el 100%, pero luego el valor de canje fue el 12,90%; que la orden de suscripción fue a finales de septiembre, que siempre se entrega el tríptico, que si no se lo hubieran entregado Gonzalo lo hubiera pedido, ya que como ha dicho, Gonzalo guardaba todos los documentos del Banco, que estaba al tanto de si subían



o no, ya que iba al Banco con mucha frecuencia con los extractos, las cartas abiertas, y preguntaba si había subido o no, y subrayado, finalizando por afirmar que no tenía ninguna duda de que el Sr. Gonzalo lo entendía todo. No consta queja alguna de los actores en los primeros años de haber realizado la inversión, además, han venido percibiendo los intereses trimestrales, que la actora ha hecho suyos sin protesta y/o reserva alguna (documentos 4, 21 y 22 de la contestación demanda), en la cantidad de 53.992,51 euros.

Por lo que respecta a la evolución de la cotización de las acciones del Santander, consta acreditado que los actores estaban familiarizados antes de la emisión de los Valores Santander con las mismas, y dado que hasta ese momento había sido muy positiva, confiaban en su inversión seguiría la misma línea, sin embargo, como afirma la demandada, con la crisis también se vieron afectadas, y su cotización bajó, lo que el Banco comunicó a los actores en las cartas que le remitió en noviembre de 2008 y septiembre de 2009 (documentos 29 y 30 de la contestación), por lo que los actores en cualquiera de los periodos en que podía realizarse la conversión en acciones eran conocedores de la cotización de éstas.

A la vista de las inversiones realizadas por los actores, y teniendo productos no necesariamente de renta fija, sino especulativos como fondos de inversión y acciones, de indudable rentabilidad en una época en que no se había aún desencadenado la crisis económica, no podemos decir que se tratase de clientes puramente conservadores. De este modo se pone de manifiesto una inexcusabilidad en el error invocado, requisito que dificulta la apreciación del vicio en el consentimiento (STS 12/07/2002 ; 24/01/2003 ; 1/11/2004), porque sus conocimientos y experiencia les permitían conocer previsiblemente el alcance exacto de un producto que, por lo demás, no resulta excesivamente complejo.

Como decimos, el producto en sí no era complejo, para una persona con las características y experiencia inversora de los actores, al suponer un híbrido de renta fija (que le ha reportado en estos años una no despreciable cantidad en intereses) y aleatorio en función del éxito de la operación de OPA ya comentada y del devenir de la cotización de las acciones del Banco de Santander que no comienzan a descender abruptamente, como es un hecho notorio, hasta que en septiembre de 2.008 estalla la crisis de LehmanBrothers. Parte del producto es de una elevada renta fija que en condiciones de estabilidad del mercado como las que se daban en septiembre de 2.007 permitirían concebir una recuperación del principal al vencimiento, aunque fuese con la compensación de esos intereses y las posibles pérdidas de una suave caída en la cotización, además de que, dentro de ese carácter híbrido del producto, de no materializarse la OPA el producto sería de "riesgo verde", porque se recuperaría toda la inversión.

QUINTO.- El producto financiero que suscribieron los actores ya ha sido objeto de estudio por multitud de resoluciones judiciales, y en su gran mayoría se han desestimado las pretensiones de nulidad por vicio del consentimiento. Cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, la SAP Jaén sección 3 del 17 de enero de 2014 (ROJ: SAP ,1 1/2014) nº Sentencia: 6/2014 , SAP Madrid sección 10 del 19 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP M 15714/2013) nº Sentencia: 503/2013, Recurso: 303/2013 ; SAP Madrid sección 19 del 07 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 13569/2013) nº Sentencia: 389/2013, Recurso: 563/2013 , SAP Alicante sección 6 del 04 de diciembre de 2012 (ROJ: SAP A 3650/2012) nº Sentencia: 565/2012, Recurso: 449/2012 además de otras que se referirán a lo largo de este fundamento. En sentido favorable a la estimación de nulidad puede citarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife sección 3 del 24 de enero de 2013 (ROJ: SAP TF 329/2013) Sentencia: 30/2013 , resolución aislada en lo que esta juzgadora conoce. Las resoluciones que cita la parte actora en su demanda no se refieren a este concreto producto, sino a participaciones preferentes.

En estas resoluciones se contienen de forma unánime unas apreciaciones que son extrapoladas a cualquier contratante, pues se realizan partiendo del examen objetivo del producto y las explicaciones contenidas en el tríptico y son por ello aplicables plenamente al presente caso:

1. No es un producto complejo y el tríptico informativo contiene una explicación clara y comprensible de su funcionamiento. En todas las resoluciones se concluye que no es un producto complejo o de difícil comprensión para un inversor medio, pudiendo citarse la SAP Palma Mallorca, sección 5 del 11 de febrero de 2014, ROJ: SAP IB 103/2014, nº Sentencia: 36/2014 ; la SAP de Alicante sección 8 del 25 de enero de 2013, ROJ: SAP A 2/2013 , nº Sentencia: 31/2013 o la SAP de Cáceres citada en el anterior fundamento, en la que se dice: "La complejidad del producto financiero controvertido (si es que puede calificarse como un producto complejo) no se encuentra en su funcionamiento, sino en el hecho de que la emisión, de alguna manera, termina convirtiéndose (bien por acudir al canje voluntario, bien por el canje obligatorio llegado el 4 de Octubre de 2.012) en acciones del Banco Santander, sociedad cotizada que opera en Bolsa, de manera que el carácter complejo o de riesgo surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el actor son acciones de la mercantil emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de acciones de una mercantil, está sometida a los riesgos de volatilidad del mercado, aunque se trate de una empresa con una fuerte implantación en España como uno de los principales grupos del sector bancario"



Efectivamente y como subrayan las sentencias referidas, el tríptico informativo que acompaña BS como documento nº 3; en el que se describen las características de estos valores, no requiere especiales esfuerzos de comprensión para conocer que el tipo fijo de interés nominal anual del 7,30 % solo se ofrecía hasta el 4 de octubre de 2008. Si a esta fecha no se producía la OPA formulada por BS y otros sobre ABN Amro, se reembolsaba el nominal. Pero si se adquiría esa entidad, esos valores serían necesariamente convertibles por obligaciones a su vez necesariamente convertibles en acciones ordinarias. Se explica que no hay reembolso del nominal en efectivo si se adquiere ABN Amro.

En el tríptico se diferencian con claridad estos dos supuestos, si se adquiere ABN Amro o no, y solo en el primer caso funciona como una renta fija y además a un año, pues en octubre de 2008 necesariamente se amortizaba. En la segunda hipótesis lo que se obtienen son acciones del BS, con unos periodos de canje voluntario hasta uno obligatorio. De la lectura del tríptico, sin necesidad de conocimientos excesivos en la materia, se puede comprender por un usuario medio que el producto puede llegar a suponer que la inversión dineraria se convierta en acciones ordinarias del BS, y es un hecho notorio que las acciones son productos de riesgo que se exponen a oscilaciones del mercado.

2. De la orden de valores y del tríptico no puede colegirse que se pudiera tratar de un depósito a plazo fijo con capital garantizado. La SAP de Cáceres de 12 de febrero de 2014 califica de "inasumible" considerar que esas cláusulas, globalmente interpretadas, conducen a dar por bueno que se trataba de un depósito a interés fijo garantizado del 7,5%. La SAP Huelva sección 2 del 28 de octubre de 2013 (ROJ: SAP H 808/2013) nº Recurso: 167/2013 dice: "se observa la hoja de contratación firmada por el actor, que identifica el producto con un código simbólico que al menos pone de manifiesto, como su denominación y el contenido del tríptico, que no se trata de un depósito a plazo fijo, y en la que éste reconoce haber recibido el tríptico informativo de la nota de valores. Y, a continuación, en la copia de ese tríptico se destaca, en lo que sería la hoja número dos, como ejemplo teórico de rentabilidad, dos supuestos: en uno de ellos, con un TAE de 9,394 %, y en el número dos con un TAE de -21,07 %. De este detalle se deduce, sin género de dudas, que el cliente difícilmente pudo interpretar lo contratado como un depósito a plazo fijo, descartándose así de plano un eventual error, ya sea propio o inducido por el Banco, pues es de sobra sabido que ningún depósito a plazo fijo puede alimentar una pérdida semejante."

Ciertamente la versión de los hechos que se sostiene en la demanda (que se ofreció un producto a plazo fijo, con rentabilidad muy elevada y capital invertido garantizado) en poco se corresponde con el contenido de la orden de suscripción firmada. Estamos ante un documento por una sola cara de fácil lectura, en el que a simple vista aparece reflejado el concepto "compra de valores Santander" y un importe de 225.000 euros. No aparece en ningún punto el tipo de interés o el plazo de amortización, que son los dos elementos esenciales de cualquier producto a plazo fijo. Así pues, de la lectura rápida se desprendían datos que ponían de manifiesto que el producto no era un depósito o plazo convencional. Es evidente que las condiciones esenciales de ese producto y su funcionamiento no se desprendían de esa orden, sino que se especificaban en el tríptico, pero desde luego de la orden de firmada en absoluto cabía deducir las características indicadas en la demanda.

3. Aunque el cliente sea minorista, la calificación de este producto como amarillo supone, según el Manual de Procedimientos del Grupo Santander, que puede ser ofrecido a clientes con cierto perfil de riesgo, en atención a la adquisición anterior de los productos financieros de similar complejidad. El perfil inversor del demandante es un dato muy relevante en aras a considerar poco creíble el desconocimiento de lo firmado con la mera lectura de la orden de valores y del tríptico. En todas las resoluciones dictadas en apelación sobre esta cuestión que se han consultado se maneja como dato fundamental el tipo de productos que hubieran sido contratados por el actor, no solo sus conocimientos académicos. (SAP Albacete sección 2 del 18 de febrero de 2014, ROJ: SAP AB 59/2014).

SEXTO.- En cuanto a la posible nulidad por vicio del consentimiento, sentado lo anterior, en el caso que nos ocupa, la prueba practicada más arriba analizada, ha puesto de manifiesto que, al igual que en los supuestos examinados en las sentencias que han resuelto casos similares, los actores fueron suficientemente informados del producto que adquirirían y tenían experiencia en inversiones para poder comprender su alcance y el componente de riesgo que entrañaba.

Sobre la información recibida; La entrega del tríptico es uno de los hechos controvertidos sobre los que se ha practicado prueba. Existe un dato esencial sobre esta cuestión, y es que en la propia orden de valores se reconoce por el firmante haberlo recibido. Es cierto que es una cláusula de estilo, preestablecida en todas las ordenes de valores, pero no por ello debe entenderse de forma automática que es nula y no responde a la verdad. Teniendo en cuenta, como se ha analizado más arriba, el resultado de la testifical del Sr. Ángel Daniel , cierto que no pudo asegurar habérselo entregado al Sr. Gonzalo , pero sí manifestó varias veces que toda la explicación la dio sobre el tríptico y que éste siempre se entregaba al cliente.



Ya hemos hecho referencia más arriba a información posterior que el BS ofreció a los suscriptores de estos valores durante los años siguientes. Se trata de cartas que se remitían a todos aquellos clientes que tenían valores, en las que el BS informaba, primero que se había procedido a la compra del Banco ABN Amro y las consecuencias que ello tenía conforme al contrato, informando el Banco de la situación y del precio en que había quedado fijada la conversión. El contenido de estas cartas es prueba que contribuye en todo caso a dar por cierto que BS informó de la marcha de la OPA y de la situación en los sucesivos años a sus suscriptores de valores, lo que sin duda debió hacer pensar, ya desde el año 2007, que lo adquirido no era renta fija sino a la postre acciones.

En cuanto al perfil inversor de los actores, igualmente se ha analizado más arriba las inversiones de éstos, entre ellas, acciones propias del BS, acciones en otras empresas, fondos de inversión.... A la luz de estos productos financieros previamente suscritos por los actores, no puede reputarse extraño que contrataran otro producto financiero de riesgo. Su capital acabaría en el peor de los casos convertido en acciones del BS, las mismas que ya antes habían suscrito.

Como conclusión de todo lo expuesto, la prueba practicada no ha puesto de manifiesto que en el caso que nos ocupa se suministrara una información incorrecta y mendaz al cliente, con el único objeto de ocultarle las verdaderas características del producto y sus riesgos. Atendiendo al sentir mayoritario de nuestra jurisprudencia menor analizando este producto en concreto y su ofrecimiento a los inversores, así como los criterios sentados en las recientes sentencias del TS nº 683/12, de 21 de noviembre (recurso nº 1729/2010), nº 626/2013, sentencia de 29 de octubre de 2013 (ROI: STS 5479/2013) nº Recurso: 1972/2011 y nº 840/2013 y sentencia de 20 de enero de 2014 (ROJ: STS 354/2014) Recurso: 879/2012, sobre el error en el consentimiento al contratar productos bancarios de riesgo (en relación con las permutas de tipos de interés) no se dan los presupuestos necesarios para estimar la concurrencia de causa de nulidad. No está probado que el actor firmara la orden de valores bajo una representación de la realidad errónea (inexistencia de riesgo en la operación) no siendo creíble su versión dado que el propio documento que firmaba contenía expresiones como "tipo de orden" u "orden de valores", denominación similar a otros productos de riesgo contratados previamente por el actor y que en modo alguno permitía pensar en un plazo fijo garantizado. En todo caso si contrató pensando que adquiriría este tipo de producto, el error sería inexcusable. Bastaba con la lectura del documento de suscripción, que no era confuso, para entender que se adquirirían valores y que existía un tríptico en el que se explicaban sus características que se reconocía haber recibido y los "riesgos" de la operación, datos todos ellos que con una mínima experiencia en la contratación bancada de cualquier producto, y en especial acciones o fondos de inversión, debió haberle llevado al menos a exigir las explicaciones y documentación necesarias para comprobar que efectivamente firmaba lo que se le ofrecía verbalmente.

A la vista de todo ello, no se aprecia los requisitos de excusabilidad en el error que permitiesen anular el contrato. Como indica la STS de 18/02/1994, entre otras, "La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- ó sobre la declaración negocial rubricado en citado Art. 1.266.1º CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexcusabilidad que, de existir, habilite el axioma "querrant no consentirevidetur", invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código Civil no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el Art. 7 CC; Es inexcusable el error (de la STS 4/01/1982) cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la STS 28 febrero 1974 o construcciones en la STS 18 abril 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4 enero 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye".



Esto, puesto en relación con las ideas más arriba desarrolladas sobre la preparación suficiente de la parte actora en materia de inversiones y el grado de información relevante facilitada por el Banco, con entrega del folleto informativo, cartas aclaratorias del Banco, permiten concluir en la excusabilidad del error.

Pero tampoco un comportamiento negligente del Banco en la información previa y subsiguiente a la operación en aspectos esenciales del contrato que le hagan merecedor de un reproche generador de responsabilidad económica. Antes de la firma del contrato ya hemos analizado la presunción favorable a que dicha información, tanto verbal como escrita, tuvo lugar.

Por lo tanto, no hay negligencia o insuficiencia en la actuación de Banco Santander en el momento de la contratación porque cumple sobradamente con las exigencias de la legislación aplicable.

Atendiendo a lo anterior, no cabe estimar acreditado el error o el dolo del consentimiento invocado por falta de información, habiendo sido desvirtuada dicha pretensión mediante la prueba documental y testifical aportada de adverso, sin que sea posible entender insuficiente dicha documentación para comprender el contenido y alcance del producto adquirido, a tenor de los contratos bancarios concertados con anterioridad por la actora. Además, la parte actora no ha mostrado ningún tipo de recelo o desconfianza durante todo el periodo de vigencia del contrato, percibiendo los rendimientos que los valores le generaban y sin que discrepara, en modo alguno, de las informaciones que le remitía la entidad demandada, y, consecuentemente, debe inferirse que también recibió el resto de la información aportada como documental por la adversa, sin que optara por la venta anticipada de los productos.

Pero es que, en cualquier caso y aunque se admitiera a meros efectos hipotéticos o dialécticos que la información previa suministrada por la entidad a la actora fue insuficiente o incompleta, dicho error sería salvable a través de la mínima diligencia exigible al hombre medio, sobre todo si se tiene en cuenta el conocimiento de los diferentes productos que tenía contratados la actora en la misma entidad bancaria, circunstancia que permite inferir que conocía parcialmente el mundo financiero, tomando decisiones en función de su productividad, y que desde su contratación hasta el 2012, no se formuló queja alguna (documentos 3 y 4 de la demanda), pero tiene lugar casi 5 años después de la contratación. Es más, el Banco reiteró la aclaración del funcionamiento del producto enviando una carta a los actores en octubre de 2008, comunicando incluso el descenso de la cotización en septiembre de 2009. Concluyendo, no cabe estimar la pretensión de falta de información ni la vulneración del perfil de cliente.

En cuanto al estado de salud de los actores (documentos 1 y 2 de la demanda), lo cierto es que de la lectura de los mismos sólo se desprende la edad de los actores, y en cuanto a Rosalia , en abril de 2008, hipoacusia profunda, enfermedad de aparto circulatorio y limitación funcional de la mano derecha, y respecto de Gonzalo , también en abril de 2008 enfermedad de aparato circulatorio por alteración de la válvula aórtica, habiendo aportado la parte demandada informe pericial médico (documento 35 de la contestación), emitido por el Dr. Efrain , debidamente ratificado en el acto de la Vista, quien respondió a cuantas preguntas le fueron formuladas por las partes, sin ningún género de duda, que las mencionadas patologías no conllevan un deterioro cognitivo en la fecha de emisión de los informes aportados por la actora, que en abril de 2008 eran perfectamente autónomos.

SÉPTIMO .- En cuanto a la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, con base en la existencia de una obligación incumplida por parte de la demandada, por todo lo expuesto anteriormente ya hemos mencionado que no se ha acreditado que la demandada incumpliera obligación alguna para con la parte actora. Por otro lado pretende una indemnización de daños y perjuicios que no acredita, de hecho pudo haber dispuesto de las acciones y no lo ha hecho, tratándose de una inversión viva, como dice la demandada.

Por razón de lo expuesto, procede la íntegra desestimación de la demanda.

OCTAVO.- En cuanto a las costas procesales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 de la L.E.C ., al desestimarse la demanda, procede imponer las costas causadas a la parte actora, por ver sus pretensiones rechazadas.

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que **DESESTIMANDO** la demanda interpuesta por D.^a Ascension , D. Gonzalo , D.^a Genoveva y de D.^a Rosalia , representados por la procuradora de los Tribunales D.^a Laura Sánchez Tenías y bajo la dirección letrada de D. Antonio Vargas Vilarrosa, siendo parte demandada la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A., representada por la procuradora D.^a M.^a Luisa Hueto Saenz y asistida por el letrado D. Alejandro Ferreres



Comella, debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a la mencionada demandada de todos los pedimentos ejercitados en su contra, con expresa imposición de las costas a la actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma **no es firme**, ya que contra ella cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Ilma. Audiencia Provincial de ZARAGOZA, a interponer en este mismo Juzgado en el plazo de **VIENTE DÍAS** siguientes a su notificación.

Así por esta mi Sentencia, que se unirá al Libro de Sentencias de este Juzgado y de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en ZARAGOZA.

DILIGENCIA .- Seguidamente se expide testimonio de la anterior sentencia, que queda unido a los autos originales. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ