



Roj: **SJPI 28/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:28**

Id Cendoj: **50297420082015100002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **8**

Fecha: **11/03/2015**

Nº de Recurso: **1044/2013**

Nº de Resolución: **46/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA TERESA REAL CLEMENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00046/2015

CIUDAD DE LA JUSTICIA DE ZARAGOZA, PLAZA EXPO N 6, EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS, PLANTA 3ª

Teléfono:

Fax: 976208567N04390

N.I.G. : 50297 42 1 2013 0028803

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001044 /2013 -H

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. Celestino y Catalina

Procurador/a Sr/a. LAURA ASCENSIÓN SÁNCHEZ TENÍAS, 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.

SENTENCIA N°

En Zaragoza, a once de marzo de dos mil quince.

Vistos por mí, Dª Mª TERESA REAL CLEMENTE, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Zaragoza, los presentes autos de juicio ordinario que bajo el número 1044/13 se siguen en este Juzgado a instancias de D. Celestino y Dª. Catalina, representados por la Procuradora Dª. Laura Sánchez Tenías, y defendidos por el Letrado D. Alejandro Navarro Martínez, contra BANCO DE SANTANDER, S.A., representado por la Procuradora Dª. María Luisa Hueto Saenz y defendido por el Letrado D. Alejandro Ferreres Comella, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dª. Laura Sánchez Tenías en nombre de D. Celestino y Dª. Catalina se interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO DE SANTANDER, S.A. en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación terminaron suplicando que previos los trámites legales se dicte sentencia por la cual estimando íntegramente la demanda:



1.- 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 SANTANDER", en este caso de 164.629,16 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, 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 Código Civil .

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

B) Subsidiariamente, caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad de los contratos, y sí la responsabilidad de la misma en la pérdida patrimonial sufrida, interesamos se condene a BANCO SANTANDER a resarcir los daños y perjuicios causados a la parte actora, debiendo indemnizar a la parte 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 Código Civil .

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

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

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de juicio ordinario se acordó emplazar a la demandada quien compareció y respondió a la demanda pidiendo su desestimación. Se señaló día para la audiencia previa a la que asistieron debidamente representadas y asistidas ambas partes. Se recibió el pleito a prueba. Se propuso prueba documental, interrogatorio, testifical y pericial. Se admitieron las pruebas propuestas y se señaló día para el juicio. El juicio se celebró con el resultado que consta en la grabación unida a autos. Tras las conclusiones de las partes quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado en lo esencial las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La parte actora basa su demanda en los siguientes hechos. Le emisión de Valores Santander fue la mayor emisión de convertibles realizada en España, emisión de siete mil millones de euros, dividido en 1.400.000 valores, de una única serie y clase, con un valor nominal unitario de 5.000 euros que fueron íntegramente suscritas por Santander Emisora 150, SAU, sociedad filial 100% de Banco Santander.

Las condiciones de la emisión fueron fijadas por la Comisión Ejecutiva de Banco Santander de 17 de septiembre de 2007 y sus características principales se recogen en la Nota de Valores registrada en la CNMV el 19 de septiembre de 2007. La comercialización del producto se limitaba al período comprendido entre el 20 de septiembre y el 4 de octubre de 2012.



La emisión se ideó para adquirir el Banco ABN Amro junto con The Royal Bank of Scotland Group y Fortis. El objetivo de la comercialización entre clientes minoristas era captar liquidez para financiar la parte que al Banco Santander le correspondía en la compra de la entidad holandesa ABN Amro y mejorar la ratio.

Los efectos de la emisión de los valores variaban de forma abismal en función de que tuviera éxito o no la OPA sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro y así si no se adquiere ABN Amro, automáticamente el tenedor conseguía una amortización del producto el 4 de octubre de 2008 con reembolso del valor nominal y una remuneración a un 7,30 % nominal anual (7,50% TAE). El fracaso de la OPA sobre el banco holandés implicaría que el producto funcionara como valores de renta fija, en concreto como obligaciones con vencimiento a un año, con una remuneración del 7,50% y con amortización en efectivo.

Si se adquiere ABN Amro los valores serían automáticamente convertibles en obligaciones, que a su vez serían obligatoriamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión.

El diseño de la operación estaba enfocado al resultado positivo de la OPA. La adquisición de ABN Amro no sólo impidió el reembolso del nominal en efectivo, sino que también ocasionó el canje de los Valores por obligaciones convertibles en acciones, los **consumidores** recibieron acciones Santander, bien en los canjes voluntarios previstos inicialmente para el 4 de octubre de 2008, 4 de octubre de 2009, 4 de octubre de 2010, 4 de octubre de 2011 o bien el último y obligatorio canje de 4 de octubre de 2012.

Las características de los valores convertibles cumplen con las condiciones para considerarse como un producto tóxico, de alto riesgo y alta complejidad. Esto ya fue advertido por la CNMV el 18 de septiembre de 2008, pues es un producto de renta variable, difícil de comprender por inversores no cualificados a los que se destinó.

Las características eran muy complejas, la remuneración de las obligaciones no está asegurada, se sitúa alrededor del 4'5 % pero depende de la decisión del banco y se suspenderá en caso de ausencia de beneficio distribuible o incumplimiento del coeficiente de recursos propios del Banco Santander. En cuanto al orden de prelación, una vez se hayan emitido las obligaciones necesariamente convertibles los valores se situarán en orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del emisor, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables a éstas emitidas por el emisor, y únicamente por delante de las acciones ordinarias del emisor. Al no ser un depósito no cuenta con la protección derivada del fondo de garantía de depósitos, la obtención de liquidez no es inmediata, si el inversor necesita disponer de los fondos deberá esperar al 4 de octubre del año siguiente, único momento en que se puede transformar en acciones y proceder con posterioridad a su venta, consiguiendo la liquidez que resulte de la operación. En las conversiones voluntarias los titulares de los valores podían decidir su conversión en acciones, pagando la correspondiente "prima de conversión" que implica que el precio que deberían pagar por las acciones sería un 16% superior a un precio desconocido en el momento de compra, el canje de las obligaciones por acciones resulta obligatorio en caso de que la inversión se mantenga hasta el quinto aniversario de los valores, 4 de octubre de 2012. El precio de conversión de valores por acciones resulta al principio indeterminado, permitiéndose que sea exclusivamente la entidad, la que decida el período a tener en cuenta para establecer la media, y en definitiva, el precio de conversión. La conversión de las obligaciones en acciones podría consolidar, como así hizo, grandes minusvalías si en el momento de la conversión, el valor de la acción se encontrase por debajo del "precio de conversión" que si bien inicialmente quedó establecido en 16,04 euros finalmente se fijó en 12,96 euros, cambio debido al aumento de capital liberado por Banco Santander, a través del cual se ha instrumentado el programa Santander Dividendo Elección.

D. Celestino y D^a. Catalina son clientes desde hace más de cuarenta años del Banco Santander, acudiendo a la sucursal en la Avenida de Madrid, nº 206 de Zaragoza. A comienzos del año 2010, los demandantes dentro de su relación con la entidad y directamente con el director de la oficina, fueron informados de la posibilidad de contratar un producto que garantizaría su inversión y con el que podrían obtener una buena rentabilidad sobre sus ahorros. Los clientes no querían asumir ningún riesgo y querían garantías sobre sus ahorros. El director les comentó la conveniencia de contratar un nuevo producto similar al plazo fijo y sin ningún tipo de riesgo, llamado Valores Santander. El producto ni era nuevo ni carecía de riesgo. Todo lo contrario, es un producto altamente especulativo, no garantizado en el que se podía perder buena parte del capital. Los actores accedieron confiando en el director y desconociendo las verdaderas características del producto en cuestión, (por ejemplo que dichos valores se canjeaban posteriormente por acciones), y los riesgos que el mismo conllevaba. Depositaron la suma de 164.629,16 euros en fecha 16 de febrero de 2010 y adquirieron valores por un importe nominal de 235.000 euros. Se acompaña la orden de compra y la información fiscal en que consta el importe de la inversión efectuada. No existe documento alguno en que se haga constar información real sobre el producto contratado, lo único que se les explicó es que, a finalización de la vigencia del producto, el cliente recuperaría una cantidad equivalente a la invertida, (esto es el 100%). Es falso que el cliente conociera que el producto no es adecuado a su perfil, como se indica en la orden de compra porque no



se le explicó nada. En la mención que aparece al final de la orden de ver al dorso notas aclaratorias debe ser tenida por no puesta, pues los actores carecen del original de compra y sólo poseen una copia sin nota al dorso.

D. Celestino tiene ahora 80 años de edad y D^a. Catalina 70 años. El primero sólo tiene estudios primarios, y su esposa ni siquiera eso, carecen de cualquier tipo de conocimientos sobre inversiones y bolsa. Los actores nunca habían contratado un producto que no fuera seguro, sin riesgo ni especulativos.

En cuanto a los test MIFID la demandada realizó un test MIFID de idoneidad a D. Celestino el 5 de noviembre de 2010, y un test de conveniencia a D^a. Catalina el 8 de octubre de 2010 pero se realizaron con posterioridad a la contratación del producto, son confeccionados y rellenados por el Banco sin intervención de los actores y arrojan un resultado incompatible con las características del producto pues el perfil de los demandantes es conservador.

El banco les convenció para contratarlo, no les informó de forma que lo pudieran entender del alcance del mismo. La única información que existe y no les fue suministrada es el tríptico. Pero nunca la recibieron de forma previa.

Cuando en 2012 se produce el vencimiento los demandantes tuvieron conocimiento de que dichas cantidades habían sido convertidas por el Banco Santander en acciones el 4 de octubre de 2012, con el riesgo que ello suponía para su inversión, el valor utilizado para el canje no respondía a ningún criterio bursátil o de mercado sino a criterios totalmente subjetivos establecidos unilateralmente por el propio Banco Santander.

Mientras el valor de la acción se encontraba en octubre del año 2012 en torno a 5,86 euros, el precio utilizado para convertir las cantidades depositadas fue superior. Así la cantidad nominal de 235.000 euros de los valores adquiridos pasó a convertirse en 18.132 acciones, mientras que de haber aplicado el valor real habrían obtenido 40.517 acciones. Recibieron acciones por una cantidad de 53.190,22 euros, lo que supone una pérdida de más de 100.000 euros, o en todo caso de 58.248,81 euros, si se atiende al precio de compra y no al valor nominal.

SEGUNDO: BANCO SANTANDER, S.A. contestó la demanda y se opuso a la misma. Los actores el 16 de febrero de 2010 suscribieron un total de 47 títulos de los denominados Valores Santander por un importe nominal de 235.000 euros. Los 47 Valores Santander fueron adquiridos en el mercado secundario. Esto es, los demandantes no suscribieron los títulos en el momento en que fueron emitidos por el Banco, (4 de octubre de 2007), sino que los compraron posteriormente en el mercado y a un previo titular, beneficiándose del menor precio que ya entonces tenían, como consecuencia de la evolución del mercado.

El importe nominal de esos 47 títulos, que es el que se tiene en cuenta para el devengo de intereses ascendía a 235.000 euros. Sin embargo los actores no abonaron esa cantidad sino únicamente 165.057,72 euros. Ello supuso efectuar la compra al 70,23% del valor nominal de los títulos, lo que demuestra que los adquirieron con un descuento del 29,77% sobre su precio originario. La suscripción a precio por debajo de su valor nominal pone de manifiesto que los demandante conocían que los Valores Santander eran títulos cotizados en bolsa, cuyo valor era susceptible de apreciarse o depreciarse como cualquier acción y por tanto que el importe desembolsado no estaba en absoluto garantizado. La compra de títulos por un precio inferior a su valor nominal revela que el actor era plenamente consciente de que el resultado, positivo o negativo, de su inversión dependía de cual fuese la cotización de los Valores Santander al momento de la adquisición y venta, que a su vez estaba correlacionada con la evolución de las acciones del Banco, pues cada Valores Santander estaba llamado a convertirse en acciones a un precio determinado de antemano. Por tanto carece de fundamento el alegado error en la contratación del producto. Nadie puede pensar que unos títulos valorados globalmente en 235.000 euros se pueden adquirir ingresando en el Banco sólo 165.057,72 euros, sin que dicho valor pueda continuar fluctuando a partir de entonces al alza o a la baja.

La inversión se realizó de forma consciente y voluntaria, tras haber sido informada la parte actora de las características y riesgos del producto, a través de documentos registrados al efecto en la CNMV, como se reconoció expresamente en la orden de compra.

Lo que ha ocurrido es que ha descendido la cotización de las acciones de Banco Santander en las que se convirtieron el día 4 de octubre de 2012, los valores, pero esto no autoriza a desplazar el riesgo propio de las operaciones bursátiles después de haberse aprovechado la parte actora de sus rendimientos y de la oportunidad de haber obtenido mayores ganancias.

La demandada cumplió con la obligación de informar adecuadamente a los actores sobre la naturaleza, condiciones, características y riesgos de los Valores Santander, y éstos prestaron su consentimiento al contratar el producto.

Se presenta a los demandantes como unos clientes de perfil especialmente ahorrador-conservador, afirmando que carecen de cualquier tipo de conocimientos sobre inversiones y bolsa, y que nunca habrían contratado



un producto que no fuera seguro, sin riesgo, ni especulativo. Esta descripción es parcial. La actora ha tomado decisiones de inversión y desinversión en distintos productos financieros con un legítimo objetivo especulativo. La demandante ha adquirido con carácter reiterado participaciones preferentes del Banco Santander, (documentos 7 A, B y C). El riesgo de sufrir pérdidas depende, en principio, de la solvencia del emisor. Son de ordinario perpetuas y cotizan en los mercados oficiales de renta fija. La rentabilidad ofrecida es superior a los tipos del mercado monetario. Se trata de un producto todavía más complejo que los propios Valores Santander. El 12 de junio de 2009, la sra. Catalina , suscribió un contrato básico de servicios de inversión e inversión en valores e instrumentos financieros, (documento nº 8). El 12 de junio de 2009, se realizó un test de conveniencia por parte del Banco, (documento nº 9), en el que confirmó que mantenía fondos de inversión, renta fija, renta variable o IPF. El 8 de octubre y 5 de noviembre de 2010, realizaron nuevos tests de conveniencia e idoneidad en que el Sr. Celestino afirmó que mantenía fondos de inversión, renta fija, renta variable o IPF y la sra. Catalina fondos de inversión, depósitos estructurados, productos de pasivo financiero estructurado, warrants, derivados, (documento 10). La parte actora ha ido invirtiendo a lo largo de los últimos años, por vez primera en el año 2011, en acciones de Banco Santander, (documento nº 3). La renta variable es un producto financiero considerado de riesgo por su volatilidad y porque no hay garantía alguna ni sobre el capital invertido ni sobre los rendimientos. Igualmente la demandante ha suscrito diversos fondos de inversión, con el Banco Santander, aunque no todos ellos son arriesgados per se, todos ellos se hallan sujetos, a riesgos de mercado, (de país, de tipos de interés, de quiebra, etc). El 13 de agosto de 2013, firmó una orden de suscripción para la emisión de pagarés por importe de 50.000 euros, (documentos 11 y 12).

En definitiva la parte actora tenía experiencia en la inversión en productos financieros de distinto riesgo, lo que le permitió comprender la naturaleza, características y riesgos de los Valores Santander, tras haber sido adecuadamente informada.

En cuanto a las características del producto, en los meses de junio y julio de 2007, el consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera ABN AMRO. Para financiar esta operación, Banco Santander emitió los Valores Santander el 4 de octubre de 2007. Se vinculaba a esta operación y su evolución posterior quedaba igualmente ligada al resultado de esa operación. Si el consorcio en el que participaba Banco Santander no adquiría ABN Amro, los valores se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo del 7,30%. Si se procedía a la adquisición entonces los valores emitidos se convertirían en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander. Los valores se convertirían en un título de deuda privada, (obligaciones) devengando un interés anual (7,30% el primer año y Euribor más 2,75% en los años sucesivos, pagadero siempre trimestralmente), hasta su necesaria conversión en acciones del Banco. Esta conversión podría efectuarse o bien anualmente de forma voluntaria y por tanto, a iniciativa del inversor, o bien obligatoriamente, transcurridos cinco años desde la emisión del producto, siempre a un valor o precio de conversión determinado de inicio. La operación de ABN AMRO se culminó con éxito, por lo que los títulos emitidos se convirtieron en obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander. Se puede explicar el producto con total sencillez. Se concretaba en una obligación convertible, retribuía a los inversores con un interés fijo en cinco años, permitía a los inversores canjear anualmente estas obligaciones por acciones del Banco Santander, llegado el vencimiento de la inversión sin que antes se hubieran canjeado voluntariamente, el titular del producto recibía necesariamente acciones del Banco Santander a una cotización predeterminada. El precio de referencia para el canje de los valores en acciones se encontraba predeterminado, fijado ya en octubre de 2007. Así se indica con claridad en el tríptico informativa registrado en la CNMV que se acompaña como documento nº 4A, para la conversión la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, (octubre de 2007), esto es por encima de su cotización en ese momento. Después de la emisión en octubre de 2007, Banco Santander remitió una carta a todos los suscriptores de Valores Santander en la que se concretaba el precio de referencia (documento nº 15), en 16,04 euros por acción. El número de acciones de Banco Santander que corresponde a cada Valor Santander a efectos de conversión quedó fijado en 311,76 acciones por cada valor. El cliente con independencia de la posterior evolución de la acción de Banco Santander en el mercado siempre recibiría un número de acciones determinado de inicio. El éxito y riesgo de la operación dependería del valor de esas acciones en el momento de la conversión. Del mismo modo que se fijó un precio de conversión un 16% superior al precio de mercado para evitar un efecto dilutivo de esa emisión sobre los demás accionistas, el Banco también lo previó para los titulares de Valores Santander de forma que el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha sido minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de Banco Santander. La relación de conversión es más beneficiosa para el cliente que los 16,04 euros iniciales, recibiendo más acciones por cada Valor que los previstos en el momento de la emisión. Las modificaciones se fueron haciendo públicas mediante comunicados a la CNMV (documento nº 17). El precio de referencia definitivo al que se canjearon los Valores el 4 de octubre de 2012, fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el 30 de julio de 2012, (documento nº 18). Ello se



confirmó a todos los titulares de Valores por carta el pasado mes de septiembre de 2012, (documento nº 19). Es decir los Valores Santander eran un producto económicamente similar a la compra de acciones, puesto que estaba llamado a convertirse automáticamente y necesariamente en acciones a una fecha determinada, pero que retribuía, además, con un interés hasta que se produjese la conversión. En todo caso la esencia final del negocio era adquirir acciones, y con ello se asumía un riesgo de volatilidad, por más que el riesgo fuera atenuado por los importantes intereses que se recibían a cambio.

Hasta su conversión en acciones los actores D. Celestino y D^a. Catalina habían percibido un total de 22.316,25 euros en concepto de intereses de los Valores Santander contratados, lo que supone el 13,52% de la inversión inicial. Todo ello se justifica con el documento 21, 3, y 5^a y B. Se trataba de un producto líquido, los valores podían ser vendidos y adquiridos en cualquier momento a precio de mercado, si así lo decidía el inversor.

Estaban admitidos a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, (documento nº 22), además la actora suscribió un contrato con La Caixa (documento nº 23) por el que esta entidad se comprometía a dotar de liquidez a los Valores Santander.

Sobre 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 de todas las características del producto, así como de todos los riesgos y los depositó ante la CNMV que lo aprobó y publicó. En ese folleto, queda constancia de su accesibilidad en la web de la CNMV y constaban explicadas todas las características de Valores Santander, y como se contenía un apartado específico sobre los riesgos inherentes a la inversión, (documento nº 4B). El Banco registró y publicó el oportuno Tríptico en el que se resumen las características esenciales del producto, (documento nº 4A), y en el que incluso se recogían ejemplos de posibles ganancias y pérdidas, (en uno de ellos se contemplaba un escenario de rentabilidad negativa de -21,07%). Este documentos le fue entregado a los sres. Celestino y Catalina. No había por tanto duda sobre la posibilidad de rentabilidad negativa. Ambos documentos fueron aprobados por la CNMV, en especial el tríptico fue aprobado por el organismo supervisor como elemento informativo adecuado y suficiente para la contratación. Durante la vida de la inversión, el Banco ha hecho pública toda la información relevante en relación con Valores Santander, tanto a través de la página web como por medio de la comunicación de los oportunos hechos relevantes ante la CNMV.

Del relato fáctico de la demanda se extrae, erróneamente, que la parte actora habría comprado los Valores Santander en el mercado primario, durante su período de comercialización en 2007, sin ser consciente de la naturaleza real del producto, y pretendidamente sin haber entendido sus riesgos. Se afirma que el personal del Banco habría ofrecido a los sres. Celestino y Catalina los Valores Santander señalando la conveniencia de contratar un nuevo producto similar al plazo fijo y sin ningún tipo de riesgo, e indicando que tras la finalización de su período de vigencia el cliente recuperaría una cantidad equivalente a la invertida, esto es el 100%. Fue el hijo de los demandantes quien se puso en contacto con el Banco para expresar su interés en adquirir Valores Santander como producto en el que invertir. Concretamente en fecha 2 de diciembre de 2009, el hijo de los actores procedió a la suscripción de 11 títulos Valores Santander ya en el mercado secundario, y posteriormente aconsejó a sus padres la contratación del producto financiero. Por ello, los empleados del Banco informaron a los demandantes de los Valores Santander facilitándoles la información previamente suministrada a su hijo sobre dicho producto, y en particular, sobre sus características, naturaleza y riesgos, sin que se indicara a los demandantes que el producto fuese nada similar a un depósito a plazo fijo. Junto con las explicaciones verbales, los empleados entregaron una copia del tríptico registrado ante la CNMV, (documento nº 4^a), donde ya se contemplaban supuestos de rentabilidades negativas. Tras las explicaciones y diversas reuniones, el 16 de febrero de 2010, los sres. Celestino y Catalina cursaron la orden de suscripción por la que se dio la orden de adquirir 47 títulos (documento nº 2), también en el mercado secundario, que fue ejecutada por el Banco en los términos solicitados por los demandantes, (documento nº 3 de la contestación) el 9 de abril de 2010 figura el apunte de la compra de 47 Valores Santander por un precio de 165.057,72 euros. El transcurso del plazo entre la orden y la efectiva adquisición evidencia la vinculación de los Valores Santander con el riesgo de mercado, ya que la orden no pudo ejecutarse hasta el momento en que hubo un tercero que previamente había vendido los Valores. Los actores firmaron la orden de suscripción de los Valores Santander (documento nº 2), en la que manifestaron que tras haber tenido a su disposición la documentación registrada por el Banco ante la CNMV y tras haber entendido las características de la emisión y los riesgos asumidos con ella, aceptaban suscribir Valores Santander. En la orden de suscripción la demandante reconoce haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, en ese documento se explican las características, naturaleza y riesgos del producto. Además la demandante reconoce que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, lo que es incompatible con la afirmación de que contrataba un producto sin ningún riesgo para el capital invertido.



El interés de los actores radicó en que dada la depreciación que los Valores habían experimentado desde su emisión hasta la fecha de suscripción, podían beneficiarse de la compra de los títulos con un significativo descuento sobre su valor nominal, en concreto, del 29,77%, los inversores confiaban en la revalorización futura de la cotización de los Valores Santander y en cualquier caso los Valores daban derecho al cobro de un cupón trimestral que suponía un elevado rendimiento. Mientras en la orden de compra se indica cual es el valor nominal global de los títulos, en su conjunto, 235.000 euros, el desembolso efectuado para la adquisición fue sólo de 165.057,72 euros, (documento nº 3), lo que es buena prueba que conocían la fluctuación de la cotización de los Valores.

Cualquier posible error sobre la naturaleza, características y riesgo de los Valores Santander ha de ser descartado. Es imposible que pudieran pensar que contrataban un nuevo producto similar al plazo fijo y sin ningún tipo de riesgo.

Los sres. Celestino y Catalina fueron informados de las características y riesgos del producto en el que invertían. Eran conocedores de que invertían en unos valores convertibles en acciones de Banco Santander, y por tanto ligados a la evolución de éstas. Con el añadido de que recibirían un elevado interés fijo o cupón hasta su conversión. Desde la suscripción del producto en febrero de 2010, la demandante ha percibido los intereses trimestrales que se han ido devengando, confirmando de ese modo el contrato. Así la parte actora ha percibido 22.316,25 euros, en concepto de intereses, que ha hecho suyos sin protesta ni reserva alguna, (documentos nº 3 y 21).

Años antes y hasta la fecha de emisión de los Valores Santander, la evolución de las acciones había sido muy positiva, (documento nº 26), la actora confiaba en que la evolución de la inversión seguiría la misma línea y que, en cualquiera de los períodos en que podía realizarse la conversión en acciones, ese canje le resultaría beneficioso, además de que podría obtener beneficios vendiendo los Valores en el mercado.

Sin embargo la crisis provocó que las acciones del Banco, continuaran bajando en su cotización, dado que los Valores Santander eran convertibles en acciones del Banco su valoración en el mercado secundario descendió en la misma medida que las acciones, (documentos 26 y 22). Esta evolución negativa fue conocida por la parte actora, no sólo porque es información pública disponible en la página web de la Bolsa de Madrid, por ejemplo, sino porque ha sido oportunamente suministrada por el Banco por medio de los extractos que le hizo llegar a su domicilio.

El 4 de octubre de 2012, era la fecha prevista para la conversión obligatoria, y dado que no optaron antes por la conversión voluntaria, los 47 Valores Santander suscritos por los sres. Celestino y Catalina, se convirtieron en 18.132 acciones de Banco Santander, y se le abonaron 9,28 euros por las fracciones sobrantes, (documento 21). El precio de referencia quedó finalmente establecido en 12,96 euros, como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital. A su vez las acciones han generado rendimientos. El Banco pone a disposición de sus accionistas el programa Santander Dividendo Elección, que ha sido suscrito por la parte actora hasta en cinco ocasiones, (documentos nº 29ª, 29 B y 30). La actora recibió en concepto de rendimiento generado por las 18.132 acciones obtenidas por la conversión de los Valores Santander el día 5 de noviembre de 2012, 2.148,64 euros, el día 1 de febrero de 2013, 2.177,29 euros, el día 25 de abril de 2013, 2.969,06 euros, el día 19 de julio de 2013, 2.644,90 euros, el día 4 de noviembre de 2013, 2.191,61 euros, y el día 3 de febrero de 2014, 2.177,29 euros, (documentos nº 21, 3, 5 A y 5B y 31).

La inversión continúa viva en forma de acciones que cotizan en el mercado y el resultado final de la inversión, ha producido una rentabilidad del 13,52% por intereses, a lo que hay que añadir los beneficios de las acciones convertidas, no podrá concretarse hasta el momento que proceda la venta de acciones en las que los Valores se han convertido. La parte actora podrá conservar las acciones, continuar percibiendo sus dividendos, (que suponen una importante rentabilidad de la inversión en un valor sólido) y derechos de suscripción preferente y podrá incluso beneficiarse de la subida de cotización que pueda experimentarse.

Lo que pretende la parte es desplazar sobre la demandada el riesgo propio de la inversión, después de haberse aprovechado de sus rendimientos.

TERCERO: La parte actora pide la nulidad del contrato alegando la nulidad del consentimiento prestado por los demandantes por estar el mismo viciado al haber sido prestado por error, (art. 1.265 del Código Civil). Lo que se ejercita es la acción de anulabilidad prevista en el art. 1.300 del Código Civil que establece que los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 del Código Civil, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 expone: "Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error



vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " pacta sunt servanda " - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 .

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

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -.

Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento.

Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado.

Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -.

Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la representación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Repetimos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

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

CUARTO: Sentado lo anterior le corresponde a la parte demandante probar sus afirmaciones en cuanto a la existencia del vicio de consentimiento que alega.



Se aporta un informe pericial sobre la emisión de los Valores Santander emitido por Geronimo . El perito concluye que la emisión no la efectúa el Banco directamente, sino que crea expresamente una sociedad instrumental denominada SANTANDER EMISORA 150, S.A. UNIPERSONAL, de la que es único accionista el propio Banco de Santander, constituida en escritura pública de 6 de septiembre de 2007. El Banco de Santander garantiza la emisión, pero el nombre de la entidad emisora no aparece en el tríptico de la emisión, ni el ISIN, ni el vencimiento. Valores Santander es un producto singular, complejo y raro en Europa, que modifica su estatus, a lo largo del período de vigencia, renta fija, si no se adquiere el Banco ABN AMRO y variable si se adquiere, no garantiza ni el cobro del cupón, que está al arbitrio de la dirección del Banco de Santander, ni garantiza la devolución del nominal invertido, no es un producto para inversores minoristas, ahorradores ni **consumidores** y con poca experiencia en inversión de productos financieros complejos. El producto no garantiza la devolución del nominal. La calificación de la inversión no se realizó de forma correcta, no se tuvo en cuenta las posibles pérdidas patrimoniales que podían obtener los inversionistas, no se tuvo en cuenta la clasificación que el propio Banco Santander empleaba, al clasificar como producto amarillo cuando debería ser rojo. Desde el mismo momento de su salida al mercado fueron títulos controvertidos, en los que era prácticamente imposible calcular el resultado final de la operación, en función de cómo se consideraban que iban a modificarse las variables económicas, los resultados diferían notablemente, pero las perspectivas que se plantearon desde la entidad comercializadora y la emisora, eran las menos probables. Los demandantes, a pesar de que compraron con 70% sobre el valor nominal, en febrero de 2010, tuvieron unas pérdidas del 35,38%.

Al ratificar su informe manifestó que en 2010 ya se sabía el precio de cambio de las acciones, ya eran bonos convertibles. Reconoció que hasta que no se vendan no se sabe el valor que cambia cada día y que en 2010 una parte de la complejidad del producto ya había desaparecido.

Por su parte también la demandada presentó un informe pericial. El perito concluye que con anterioridad a la contratación de los Valores Santander, D. Celestino y D^a. Catalina , habían realizado inversiones sometidas al riesgo de mercado. En concreto habían invertido en participaciones preferentes y en distintos fondos de inversión. La información que los demandantes declararon haber recibido, contiene una explicación clara y completa de las características y riesgos de la inversión. La calificación de los Valores Santander como producto "amarillo" es correcta, atendiendo al Manual interno de comercialización vigente en aquel momento. Además esta calificación fue refrendada por la CNMV al aprobar la Nota de Valores. Al día de la fecha de la emisión del dictamen la inversión en Valores Santander ha generado unos intereses de 22.316, 23 euros, que suponen el 13,52% de la inversión. El 4 de octubre de 2012, se produjo el canje de los Valores Santander por acciones, fecha en la que D. Celestino y D^a. Catalina recibieron 18.132 acciones de Banco Santander, así como 9,28 euros en concepto de fracciones sobrantes. Hasta la actualidad D. Celestino y D^a. Catalina han recibido beneficios derivados de las acciones en que se convirtieron los Valores Santander, concretamente 16.443,11 euros por la venta de derechos sobrantes, al no haber optado por el pago en acciones. En total las 18.132 acciones que D. Celestino y D^a. Catalina tienen en cartera como consecuencia de su inversión en Valores Santander, tiene una valoración, (aplicando la cotización del día 29 de julio de 2014, que fue de 7,63 euros), de 138.347,16 euros. La inversión continúa viva. Por ello si no deciden vender las acciones, continuarán percibiendo beneficios periódicamente, bien sea por la venta de los derechos, bien en forma de nuevas acciones de Banco Santander, todo ello en el marco del programa "Santander Dividendo Elección". En este sentido, las ganancias (o pérdidas) latentes por la variación de la cotización de las acciones de Banco Santander no se materializarán hasta que se enajenen las mismas, pudiendo llegar a recuperarse totalmente o en parte.

El testigo D. Melchor , que trató con los demandantes para la contratación de los Valores Santander, explicó que éstos antes habían comprado participaciones preferentes, y algún fondo de inversión. Que D. Celestino era maquinista de RENFE y la demandante ama de casa pero tenían experiencia en contratar productos y les asesoraba su hijo. Que eran conscientes de que podían perder capital, pues compraron al 70% de su valor nominal con asesoramiento de su hijo, que tiene estudios universitarios. Manifestó que se les entregó copia del tríptico y que se les explicó todo, que los productos tenían mercado secundario si alguien quería vender. La compra en el mercado secundario era con el mismo modelo. Que el cliente que se deshace del producto en 2010 no gana pero sí ganó en el 2008, que entonces el mercado ya era a la baja. Los clientes compraron al 70% buscando el beneficio del 30% y cobraban cupones del 100%. Que hizo los tests y que el perfil de idoneidad era conservador, pero el producto también era conservador. El producto preserva el capital hasta que se vende, se puede perder o ganar. Que cree que también tuvieron pagarés, y compraron acciones Banco Santander. Con ese perfil les podía interesar los Valores Santander. El test MIFID era suficiente para comprar los Valores. Que les explicó el producto que ya estaba en el mercado secundario. Iban a comprar preferentes pero no había y querían comprar lo que tenía su hijo. Anularon la orden de preferentes y compraron estos Valores, por un precio distinto al valor nominal. Mientras no venden no hay pérdida quien tiene acciones ni gana ni pierde, cobra el dividendo, y los demandantes cobraban sobre el 100%. Cuando alcance el 100% de su valor nominal, tendrán



unas plusvalías tremendas. Reiteró que nunca dijo que era un depósito a plazo fijo, y la decisión la tomaron ellos con el asesoramiento de su hijo.

Los actores sostienen en su demanda que lo que se les explicó es que contrataban un producto seguro y que podían recuperar el 100 % del dinero invertido. Este extremo no se acredita en modo alguno, ha sido negado por quien en nombre de Banco Santander, S.A. comercializó el producto, y por otra parte, no se comprende cómo iban a pensar que se trataba de un producto similar a un plazo fijo cuando se firma una orden de compra de 47 títulos, y se reconoce que se ha recibido y leído antes de la firma de la orden el Tríptico informativo de la Nota de Valores registrada en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, (ratificando el testigo que efectivamente se les entregó ese tríptico) donde se explica de forma razonablemente clara las características fundamentales del producto y del que se desprende que se podía perder capital. Los actores no adquirieron los valores en el momento en que se produjo la emisión, (toda la operación se culminó en muy pocos días con la finalidad del Banco de Santander de obtener financiación para la compra del Banco ABN AMRO), sino en el año 2010, momento en que cuando menos ya se había despejado una de las variables fundamentales de la operación, esto es, que el Banco holandés se había adquirido y que por tanto los valores se convertirían necesariamente en acciones del Banco de Santander, S.A., cierto es que la orden de valores no parece hacer referencia a esa circunstancia, pero también lo es que no se puede pensar que los demandantes no lo supieran, (cuando menos su error no sería excusable), pues estando en el año 2010 si se pueden comprar los valores es porque se ha adquirido el Banco, porque en otro caso, en el plazo de un año se hubiera devuelto el dinero sin más, (pero con el interés estipulado) a los primitivos adquirentes de los valores y mal los hubieran podido comprar los actores. Pero además no se puede sostener que se pensaba que se podía recuperar todo el capital cuando se adquieren valores cuyo precio nominal son 235.000 euros por un 30% menos. Es decir, en ese mismo momento se había comprobado que la evolución de la cotización de los valores era negativa, (unido a la cotización de las acciones), por lo que se juega con la posibilidad de que la cotización de las acciones se recupere con lo que la inversión hubiera sido muy rentable. A ello se une que los demandantes no sólo habían contratado con anterioridad plazos fijos, sino otro tipo de productos, como fondos de inversión, que si bien no parecen de alto riesgo, y sí vinculados precisamente al Banco Santander, suponen que se asumía que se podía perder capital. No parece que el suscribir esta orden de compra fuera algo completamente ajeno al tipo de producto que podrían estar interesados en adquirir los demandantes.

En cuanto al orden de prelación en que quedaban los actores no se contempla que sea una circunstancia que hubieran tenido en cuenta para contratar con el Banco de Santander, sin que en el momento en que se contrató existiera un riesgo de insolvencia por parte de la demandada que no se hubiera puesto de manifiesto al contratar, cumpliendo Banco Santander con las obligaciones asumidas. Tampoco se entiende que se hable de pérdidas, y menos contempladas como si se hubieran pagado en realidad los 235.000 euros del valor nominal de los títulos cuando se pagó por ellos 165.057,72 euros. Hasta que no se vendan las acciones no se puede saber el resultado final de la operación, si ha sido rentable o no, pues entre tanto todo depende de su cotización, que puede subir o bajar, algo que es de común conocimiento para cualquier **consumidor** medio. Existe un componente de riesgo en esta operación, pero cuando contratan los demandantes ya se conocía que iban a recibir acciones, compran títulos por un precio 30% inferior a su valor nominal, mientras perciben rendimientos por la totalidad de la inversión, así como acciones como si realmente hubieran pagado 235.000 euros, a lo que se suman los dividendos que puedan con posterioridad generar esas acciones que por otra parte son fácilmente liquidables, cuando les interese a los demandantes hacer efectiva la inversión, claro es, que al precio de mercado de las mismas, que, insistimos es cuando se podrá comprobar hasta que punto han ganado o perdido con esta inversión.

La oferta y contratación de este tipo de productos financieros, por tanto, está sometida al marco específico de exigencias informativas precontractuales que impone la "normativa MIFID": Como expone la SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2012 : "a) El art. 78 bis de la LMV ordena a las empresas de servicios de inversión o que ofrezcan a sus clientes dichos servicios o productos financieros, recabar la información necesaria para clasificar a sus clientes en dos categorías básicas: profesionales o minoristas. Según el apartado 2, tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y serán clientes minoristas (apartado 4) todos aquellos que no tengan adquirido ese acervo de experiencia y conocimiento.

Es evidente que esta clasificación de la clientela tiene por finalidad adecuar o adaptar la concreta información precontractual que ha de ser suministrada por las empresas de servicios o productos de inversión al perfil del cliente, adaptación que sin duda requerirá un mayor despliegue informativo si éste no es profesional, habituado y con experiencia a este tipo de productos financieros.



b) El art. 79 bis de la LMV impone a estas mismas entidades la obligación de mantener informados adecuadamente y en todo momento a sus clientes. Esta información (necesaria sobre todo en la fase precontractual), incluida la publicitaria, deberá ser " imparcial, clara y no engañosa ". Las entidades financieras - prosigue el precepto- deberán proporcionar a los clientes, " de manera comprensible ", información adecuada sobre la entidad y los servicios que prestan (es decir, ofertan); sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, los gastos y costes asociados, de modo que les permita (a los clientes) comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se les ofrece, para que puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información " podrá " facilitarse en un formato normalizado, pero en todo caso "deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", y (apartado 5) las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

El apartado 7 del este precepto (art. 79 LMV) agudiza más la protección precontractual al cliente al disponer que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente " que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente" y, en base a esa información, si la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá.

El RD 217/2008 reitera y desarrolla la normativa de protección al cliente efectivo o potencial de este tipo de productos financieros:

a) El art. 60, que lleva por título " Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa " , establece que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 LMV, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas , incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las siguientes condiciones:

- ha de ser "exacta" , en el sentido de que no exprese los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera "imparcial y visible" ;

- "suficiente y comprensible" para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios;

- y que "no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes" .

b) El art. 73 de este RD 217/2008 desarrolla el "test de conveniencia" en los siguientes términos: "las entidades que prestan servicios de inversión (...) deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional".

c) Y el art. 74.2 profundiza más en esta evaluación a cargo de la entidad financiera:

"1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio .

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta"

El hecho de que en este caso no se hubieran completado los test de conveniencia o idoneidad en el momento anterior a la suscripción del contrato, que haya habido un incumplimiento formal de esos deberes de naturaleza administrativa, no cabe derivar sin más la nulidad del contrato. La jurisprudencia se ha ocupado con cierta



reiteración de la cuestión que consiste en la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación.

La STS de 22 de diciembre de 2009 recuerda que la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS tiene declarado que, cuando analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007).

Desde esta perspectiva al igual que concluimos en nuestra sentencia de 26 de enero de 2011 llegamos a la conclusión de que la irregularidad cometida no es incompatible con el acto civil llevado a cabo, por las siguientes razones:

- a) No cabe aceptar que se haya frustrado la finalidad perseguida por la norma administrativa, esto es, garantizar que el producto contratado sea el adecuado para la finalidad perseguida por el cliente. Esa apreciación no debe hacerse desde la perspectiva actual sino desde la correspondiente al momento de contratación del producto. Y
- b) no consideramos que, en el caso de que la entidad de crédito hubiera cumplido más escrupulosamente sus obligaciones legales y reglamentarias, el resultado hubiera sido distinto desde la perspectiva de la decisión por parte de la actora de contratar el producto."

Por otra parte el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio, aunque pueda incidir en la apreciación del mismo, y en este caso consideramos que con la información suministrada por la demandada los actores estaban en disposición de comprender el producto que contrataban. En definitiva no se puede estimar acreditado la existencia de un error sustancial en la contratación del producto por parte de los demandantes. Si hubo algún defecto en la información suministrada no ha podido tener la trascendencia de invalidar el consentimiento prestado por los demandantes. Las condiciones del producto aparecen suficientemente claras en el tríptico, donde incluso se destacan ejemplos teóricos de rentabilidad, donde se incluyen supuestos desfavorables, se indica que los valores iban a ser canjeables por obligaciones convertibles en acciones del Banco con las fechas del canje voluntario y obligatorio, el 4 de octubre de 2012. Bastaba la lectura del tríptico antes de firmar la orden de compra de los valores para constatar estos extremos por lo que no se puede alegar que el error, de existir, pudiera ser excusable.

Podemos citar finalmente dos sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza referidas a los valores Santander, desestimatorias ambas de las pretensiones de nulidad invocadas por los clientes que contrataron Valores Santander, la sentencia de 10 de julio de 2014 de la Sección 5ª y la sentencia de 14 de mayo de 2014 de la Sección 4ª. En concreto esta última manifiesta: "las características del producto resultan a primera vista con una lectura mínimamente atenta al tríptico en el que contenía toda la información necesaria del producto, de los riesgos que se asumían y de los interrogantes, a saber i) si no prosperaba la OPA sobre ABN Amro , ii) si prosperaba la OPA la conversión de los valores en obligaciones convertibles y iii) la valoración de las acciones del Santander , pues su precio se fijaba al tiempo de la conversión al 116% de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles (octubre de 2007). Intereses aparte, que salvo la evolución del emisor venían automáticamente determinados, los riesgos estaban perfectamente identificados, son reconocibles sin una especial dificultad, concentrándose en la evolución del valor de las acciones del Santander y no son en sí mismas configuradoras de un riesgo diferente al que sea el propio de toda inversión en Bolsa, las que se representan sin una dificultad especial en una persona media y más sin experiencia inversora.

Por tanto no es verosímil el error, como tampoco lo es que se confundiera el producto con una especie de imposición a plazo, dejando bien claro el tríptico que la entidad no es garante de la inversión. Es a estos efectos indiferente que el recurrente fuera o no titular de unas participaciones en un fondo de inversión, o titular de un fondo de pensiones, productos que de su normalidad no resulta una característica específica de él como inversor. En ningún sentido. En definitiva lo que se pretende con el manto del error en el consentimiento es la de trasladar a la entidad el riesgo del producto en contra de lo específicamente identificado y determinado en el tríptico y en la información que se le facilitó." Debe por tanto desestimarse la pretensión de nulidad invocada por la actora.

De forma subsidiaria se solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la parte actora. No se observa un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas. El Banco demandado ha pagado los intereses comprometidos en los años pactados y ha entregado las acciones, incluso bajando el precio de las mismas por el mecanismo de antidilución, por lo que se entregó un número mayor de acciones que las inicialmente pactadas. Sobre la información previamente suministrada a la contratación por la demandada ya



hemos indicado anteriormente que era suficiente en relación a las características esenciales del producto y si el mismo, que tiene tintes especulativos, no ha resultado beneficioso para las aspiraciones de los actores, no se puede pretender que el riesgo se traslade a la otra parte. No se ha acreditado la existencia de la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información, que hubiera generado el daño. En este aspecto la actora mezcla la acción por el incumplimiento del contrato, con las consecuencias si se hubiera declarado la nulidad o anulabilidad del mismo. Por otra parte, dado lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la parte actora le correspondía fijar exactamente la cantidad que reclamaba por daños y perjuicios sin que pudiera dejarse su cuantificación para ejecución de sentencia, máxime cuando no se entienden las bases de la misma, pues en ningún caso la indemnización podría consistir en que la demandada devolviera a la demandante el total importe de las aportaciones realizadas en su día, más los intereses legales de dichas cantidades computados desde la fecha en que se efectuó cada concreta aportación, más comisiones o gastos, se dice que se ocasionen como consecuencia de la nulidad, (que sería un supuesto distinto, pues se nos dice que se pide esta indemnización caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad del contrato), y se añade que pasarían a ser de plena titularidad de la demandada las acciones obtenidas con el canje, (lo que supondría que cuando menos se pediría la resolución del contrato), y caso de haberse procedido a su venta, descontando la cantidad neta obtenida tras dicha venta, o descontando el importe del valor a fecha del canje. Desde el momento en que no se han vendido las acciones en este momento no puede determinarse que se haya tenido alguna pérdida, sin que se concrete ni acredite ningún otro perjuicio, lo que determinaría la desestimación de la petición subsidiaria.

QUINTO: Aunque se ha desestimado la demanda no se va a hacer especial imposición de costas, pues el caso puede presentar dudas de hecho en cuanto a la información suministrada a la parte actora, (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Que debo desestimar la demanda interpuesta por D. Celestino y D^a. Catalina contra BANCO DE SANTANDER, S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones de la parte actora. No se hace especial imposición de costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de los veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución, para interponerlo será necesario la constitución de depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, acreditando dicha consignación en el momento de interposición del recurso. No se admitirá a trámite ningún RECURSO cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.