

Roj: **SJPII 24/2015 - ECLI:ES:JPII:2015:24**Id Cendoj: **27031410012015100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción**Sede: **Monforte de Lemos**Sección: **1**Fecha: **01/06/2015**Nº de Recurso: **183/2014**Nº de Resolución: **91/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **GLORIA MARIA CORRAL DE BURGOS**Tipo de Resolución: **Sentencia****JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1****MONFORTE DE LEMOS****Procedimiento: JUICIO ORDINARIO Nº 183/2014***Demandantes* : D. Gonzalo Y Dª Felicísima*Demandado*: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.**SENTENCIA**

En Monforte de Lemos, a 1 de junio de 2015.

Vistos por mí, Dª Gloria Mª Corral de Burgos, Jueza Titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 1 de los de esta ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 183/2014, seguidos a iniciativa de D. Gonzalo Y Dª Felicísima, representados por el procurador Sr. Rodríguez Cedrón, y asistidos en juicio por la letrada Sra Polo Rodríguez, frente a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., representada por la procuradora Sra Cao Pérez y asistida en acto de juicio por el letrado Sr Rubén Tercero en sustitución de su compañero firmante en demanda, Sr Fernández de Retana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El actor representado por el procurador Sr Rodríguez Cedrón, presenta en fecha 15 de abril de 2014 demanda de juicio ordinario en la que, alegados los hechos y fundamentos de derecho que obran en autos, interesó que se dictase Sentencia en los términos consignados en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 23-5-2014, se dio traslado a la parte demandada para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días, lo cual hizo la entidad demandada en fecha 30 de junio de 2014, en el sentido que consta en actuaciones.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley, y llegado que fue el día señalado, en fecha 23 de octubre de 2014, realizándose las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido e imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y llegado que fue el día señalado para el juicio, en fecha 29 de enero de 2015, se practicó la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tienen por reproducidos. Practicadas las pruebas pertinentes las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Gonzalo y D^a Felicísima , se formula demanda contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., en ejercicio de la acción de nulidad del "contrato de de VALORES SANTANDER" suscritos entre las partes y subsidiaria resolución de contrato con reclamación de cantidad, por entender en cuanto a que se declare la "nulidad" del contrato, por no concurrir consentimiento válido, invocándose, en primer lugar, la existencia de falta de consentimiento, de error en el consentimiento, ex art. 1265 CC (LA LEY 1/1889) , además, sostiene la concurrencia de un dolo omisivo por parte de la entidad bancaria demandada al ofrecer una información sesgada sobre las características esenciales del contrato concertado, y por último, sostiene que hay nulidad por incumplimiento por parte la entidad bancaria demandada, por considerar que se vulneraron las normas imperativas de protección de los con **consumidores** y, en concreto los artículos 78 , 79 y concordantes de la LMV ,(en su redacción anterior a la Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007) , que entró en vigor en diciembre de 2007 y que traspuso las Directivas MIFID) y el RD 629/1993, de 3 mayo (LA LEY 1838/1993), que establece en su anexo el Código de Conducta en los Mercados de Valores, lo que determina la nulidad del contrato ex art. 6.3 C.C . Y todo ello con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, debiendo la entidad bancaria reintegrar el nominal que le entregaron los demandantes, junto con los intereses legales, mientras que éstos deben proceder al reintegro de las cantidades percibidas como cupones del producto.

Dichas pretensiones se sustentan en la demanda en los siguientes hechos:

-la operación objeto de este litigio no se documentó en contrato alguno, formalizándose a través de una "orden de valor" que fue suscrita por los demandantes en fecha 21 de septiembre de 2007 y por la que venía a solicitar la suscripción de la emisión del producto "Valores Santander"; documento que carece de título, indicando sólo que se trata de un producto amarillo"; y recoge tan sólo el importe solicitado, el número de títulos (5 por cada uno de ellos) la clase y determinación del valor. En definitiva, mediante este documento, los demandantes suscribieron el producto comercialmente llamado "valores Santander" por importe de 25.000 ? dicha orden; añade que en dicha orden se expone como titulares a los demandantes, siendo que la orden ha sido firmada por ambos actores.

- Los demandantes, carentes de formación financiera, son clientes de la entidad demandada desde hace más de 20 años por lo que tenían una relación de confianza con el personal de la misma. A principios de septiembre de 2007, se les ofreció desde el banco demandado (concretamente a través de una llamada del director de la oficina nº3647 donde acudían) un producto destacando que tenía alta rentabilidad-superior al 7%- y bajo riesgo-capital garantizado y recuperable al 100% cada anualidad-, ocultando los verdaderos riesgos del mismo, principalmente que no garantizaba el nominal efectivo, ya que la recuperación del importe invertido se llevaba a cabo mediante el canje de acciones a un precio de conversión establecido por la entidad financiera. Se le insistió en la urgencia de firmar la solicitud ya que se trataba de una emisión limitada;

-en fecha 21 de septiembre de 2007 se firmó la orden de adquisición de valores. En este documento figura la observación de que el ordenante manifiesta haber recibido el tríptico informativo de la Nota de Valores registrada en la CNMV el día 19 septiembre 2007, información que es falsa, ya que sostiene que los demandantes no tuvieron en realidad acceso a su contrato fechado en fecha 21-9-2007 hasta el año 2012, que el contrato hace un reenvío a unos documentos (tríptico y folleto explicativo) que no fueron entregados ni conocidos por los demandantes antes del año 2012, que no fue entregado por la demandada tríptico informativo alguno a los actores.

-los demandantes entendieron en todo momento que la conversión automática en acciones de Santander lo era manteniendo su cuantía, esto es, que recibirían el equivalente en acciones de sus 25.000 ? con la cotización del momento del canje; y no con la cotización de un momento anterior, de tal manera que en caso de caída de la acción del Banco Santander su inversión se vería considerablemente minorada;

-afirma el demandante que su perfil inversor era de bajo riesgo, atendida su formación académica y experiencia laboral y que los productos que tenía contratados hasta ese momento dado su mínimo riesgo y no se asemejaban a un producto complejo que exige conocimientos financieros extraordinarios;

-se explica en la demanda que el producto conocido como "valores convertibles Santander" fue emitido por la demandada a través de su filial Santander Emisora 150, S.A., para obtener capital suficiente para cubrir las necesidades generadas a la entidad financiera por la oferta pública de acciones de la entidad ABN AMRO. Se trató de una captación de capital entre los clientes de gran éxito que condujo a la adquisición de la citada entidad financiera holandesa. La emisión estaba condicionado a si tenía éxito no la indicada operación, de manera que si la OPA fracasaba los valores serían amortizados en fecha 4 octubre 2008 con el pago de un cupón del 7,5% TAE y si tenía éxito, como sucedió, los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones convertibles en acciones, sin reembolso del nominal efectivo. Esto es, bien voluntariamente, bien



al final del periodo de cinco años (en 2012), los inversores que hubieran adquirido los Valores Santander debían comprar las correspondientes acciones del Banco al precio fijado inicialmente por la entidad. En el momento del canje el inversor debía abonar las acciones a un 16% por encima de la cotización, porcentaje de aumento que constituía la prima de conversión que obtenía el Banco Santander;

-a la fecha establecida el precio de referencia de las acciones a efectos de conversión estaba en 16,04 euros por acción o, lo que es lo mismo, 311,76 acciones por cada valor de 5000 €. Finalmente, el precio para el canje obligatorio de fecha 4 octubre de 2012, 12?96?;

-de tales consideraciones deduce la actora que es un producto complejo y de alto riesgo que no garantiza la recuperación del principal a su vencimiento y que, sin embargo, fue comercializado como depósito a plazo con garantía de capital y sin riesgos;

-el Banco Santander calificó este producto como "amarillo" siguiendo el manual de procedimientos de 2004, vigente a la fecha. Este tipo de productos sólo pueden destinarse al colectivo calificado como "resto de clientes", esto es, a los clientes particulares, "en la medida en que los comerciales consideren que sus características podrían ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente de que se trate, quienes sólo podrán suscribirlo si han sido informados de las características y riesgos del producto y deciden proceder, una vez hecho su propia análisis, a su contratación y lo manifiestan así por escrito", condiciones éstas que no se dieron en el presente caso. Pero es que, a mayor abundamiento, el producto no puede calificarse como "amarillo", siendo sus características las de un "producto rojo". El banco demandado no cumplió, pues, con su propio manual de procedimientos, comercializando a clientes particulares un producto rojo" calificándolo de "amarillo" y sin informarle de los riesgos del mismo ni de la posibilidad de perder el capital. Se situó así en un claro conflicto de intereses.

-Llegando así a la fecha de 4 de octubre de 2012, en dicha fecha los bonos convertibles se convertían en acciones, y en el documento nº7 que acompaña a demanda, en el folleto, se preveía la relación de conversión de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, la relación de conversión dependía de un coeficiente que el Banco demandado unilateralmente fijó en 12?96?, y partiendo del importe decidido, y producida la conversión por acciones, si los demandantes a día demanda decidiesen vender sus acciones, percibirían menos de la mitad del dinero invertido (perderían aproximadamente un 60% del capital invertido)

De todo ello, la demanda finaliza suplicando que se declare nulo (subsidiariamente resuelto) el contrato de adquisición de valores Santander suscrito entre las partes actoras y demandada, y condenar a la demandada a devolver a los actores un importe de 25000 €, los intereses legales desde la fecha de inversión (4-10-2007) y los del art. 576 de la LEC, con imposición de costas a la demandada

La parte demandada por su parte, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., se opone a la anterior pretensión argumentando:

1.- Inexistencia de infracción de la normativa del mercado de valores: la entidad bancaria ofreció la información y la documentación precisa para que su cliente comprendiera las características y riesgos del producto que contrataba y valorara si se ajustaba a sus intereses y expectativas, En la orden de compra que firmaron los demandantes, reconocen que se les había entregado y habían leído con anterioridad el tríptico resumen de la inversión y que se había puesto a su disposición la Nota de Valores registrada ante la CNMV. En la propia orden de compra reconoce conocer y comprender las características y riesgos de la inversión. Los documentos que se pusieron a su disposición son suficientes para informar adecuadamente a los inversores sobre la naturaleza, características y riesgos de la inversión

2.- Improcedencia de la declaración de nulidad del contrato por vicios del consentimiento:

*se invoca en primer lugar la caducidad de la acción al amparo del artículo 1301 del código civil (LA LEY 1/1889);

*subsidiariamente, la inexistencia de vicios del consentimiento, invocando la reiterada doctrina jurisprudencial que expresa que la concurrencia de error en el consentimiento del contratante ha de interpretarse de forma restrictiva, excepcional y exige una cumplida prueba.

En el presente caso resulta que:

-Los demandantes tienen experiencia previa en la inversión de productos financieros de toda clase, incluyendo inversiones de riesgo (en concreto, fondos de inversión ,depósitos estructurados);

-Los demandantes conocían la naturaleza, características y riesgos financieros de los valores Santander, conforme reconoce en la orden de compra, recibiendo y reconociendo haber leído el tríptico resumen de la inversión y la puesta su disposición de la Nota de Valores, donde está toda la información oportuna



para conocer la naturaleza y riesgos de la operación, tratándose de documentos supervisados, aprobados y publicados por la CNMV.

- Los demandantes recibieron información del banco acerca del precio de conversión de los valores del Santander;

-también recibieron los rendimientos anuales de la inversión sin manifestar protesta alguna;

-por último, recibió una serie de cartas en las que la entidad bancaria recordaba la naturaleza del producto (valores convertibles en acciones).

En todo caso y aunque hipotéticamente hubiera existido un error, el mismo nunca sería excusable, ya que podía haberse vencido mediante el empleo de una diligencia mínima.

Y ello sobre la base de los siguientes hechos:

- Los demandantes tienen capacidad suficiente para comprender la naturaleza, características y riesgos del producto que nos ocupa;

- efectivamente, la emisión en cuestión del año 2007 de los "valores Santander" estaba ligada al resultado de la operación de la OPA lanzada sobre la totalidad de las acciones de la entidad financiera ABN AMRO:

Como la operación de ABN AMRO culminó con éxito, se convirtieron en obligaciones necesariamente convertibles en acciones;

-el precio de referencia para el canje de los valores en acciones se encontraba predeterminado en octubre de 2007, tal y como se indica con claridad en el tríptico informativo registrado en la CNMV; la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emita las obligaciones convertibles (octubre 2007), fecha en que la operación de ABN AMRO culminó con éxito. El precio de referencia de las acciones a efectos de conversión quedó fijado en 16,04 ? por acción. El número de acciones que corresponde a cada valor Santander a efectos de conversión es de 311,76 acciones por cada Valor.

De manera que, con independencia de la posterior evolución de la acción, el cliente siempre recibiría un número determinado de acciones y el éxito o el riesgo de su inversión depende del valor de las acciones en el momento de la conversión.

La razón por la que se fijó un precio de conversión un 16% superior al precio de mercado fue para evitar un efecto dilutivo de esa emisión sobre los demás accionistas.

También se preveía un mecanismo antidilución para los titulares de estos valores, de manera que el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 ?, se ha venido minorando como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital del banco, de manera que esta disminución del precio provoca un beneficio para el cliente, que recibe más acciones por cada valor de los previstos en el momento de la emisión.

El precio de referencia definitivo en el que se canjearon los valores el 4 octubre 2012 fue de 12,96 ? por acción, de manera que la nueva relación de conversión aplicable a Valores Santander es de 385,802 acciones del banco por cada Valor Santander;

-los Valores Santander eran un producto económicamente similar a la compra de acciones pero que, además, retribuía un interés fijo hasta que se produjese la conversión en acciones. El inversor estaba asumiendo el riesgo de volatilidad propio de una adquisición de acciones;

-los demandantes hasta su conversión en acciones el 4 octubre 2012, recibieron 5999?15? en concepto de intereses, frente a 25 mil ? de su inversión inicial;

-se trataba de un producto líquido, toda vez que los valores podían ser vendidos y adquiridos en cualquier momento a precio de mercado, tratándose de valores emitidos por el grupo bancario financiero más importante y sólido del país;

-su calificación como "producto amarillo" está contenida en la nota de valores registrada, aprobada y publicada por la CNMV;

-en relación con la documentación empleada por el banco para informar a los inversores, la entidad demandada:

* confeccionó y publicó un folleto explicativo ("Nota de Valores") con todas las características y riesgos del producto que depositó ante la CNMV y ésta lo aprueba y hace público, pudiéndose acceder a él a través de la web de la CNMV;



* registró y publicó un Tríptico que resumía las características esenciales del producto y recogía ejemplos de posibles ganancias y pérdidas de la inversión.

* durante la vida de la inversión, el banco demandado ha hecho pública información relevante en relación con los Valores Santander.

- en cuanto a la contratación con los demandantes, efectivamente, en septiembre de 2007, éstos acudieron a la sucursal de la entidad bancaria demandada a efectos de efectuar la orden de compra de valores, de la que son clientes.

Así las cosas, como quiera que este producto finalmente podía ser de interés para el demandante, en función de las condiciones que finalmente se aprobasen por la CNMV, el personal del banco ofreció a los demandantes la posibilidad de cumplimentar un documento estándar de "manifestación de interés" por el producto, a los efectos de que el personal del banco informase al demandante acerca de las condiciones de la inversión que finalmente "fueron aprobadas por el regulador, una vez que esto sucediera; la firma de este documento no era en sí misma una orden de suscripción ni implicaba la asunción de un compromiso vinculante para el cliente, siendo su única consecuencia que el banco se comprometía a contactar con el cliente para explicarle producto cuando fuera autorizado por la CNMV, permitiéndole de ese modo sopesar los beneficios y riesgos de la inversión que le ofrecía la entidad y, en su caso, aceptar o rechazar la oportunidad inversión. Estos documentos son ocultados en la demanda y revelan que: 1.- El actor era consciente de que los valores eran títulos convertibles en acciones de banco Santander; 2.- Sabía que las características concretas de estos valores se detallaban en un folleto que debía ser aprobado por la CNMV; y 3.- Una vez conocidas estas características podría decidir libremente si suscribieron a los valores. Una vez aprobado el Folleto y el tríptico por la CNMV, el Banco puso a disposición de los demandantes la documentación legal, en concreto, se le entregó el Tríptico y se le puso a su disposición el Folleto, que obraba en la web de la CNMV; y se le explicaron las características de la inversión ya aprobadas por la CNMV. Finalmente los demandantes decidieron suscribir los valores- Santander, rubricando la orden de compra que aparece fechada el día 21 septiembre 2007. El contenido de esta orden de compra acredita que los demandantes habían recibido la información necesaria sobre la naturaleza, características, condiciones y riesgos de los Valores Santander y, en concreto, el tríptico informativo supervisado y aprobado por la CNMV;

-con posterioridad a la contratación, la entidad bancaria remitió a todos los suscriptores, sin excepción -y por ende, también a los actores-, una serie de comunicaciones en las que se describe con suma claridad el funcionamiento del producto, lo que revela que el demandante conocía cuáles serán las características, naturaleza y riesgos del mismo;

-los demandantes han percibido un elevado interés (cupón) trimestral, confirmando de este modo el contrato;

-la evolución de la cotización de las acciones del banco Santander no era la esperada, siendo que su bajada se debió a una crisis que ha sorprendido a todos por su magnitud, duración e intensidad. La evolución negativa de esta inversión fue conocida por los actores, no sólo porque se trata de información pública contenida en la página web de la Bolsa de Madrid, sino que fue suministrada por el banco, cuanto menos en los extractos que se hicieron llegar a su domicilio, como en los resúmenes fiscales de cada anualidad;

-dado que los actores nunca optaron por el canje voluntario, el 4 octubre 2012 los cinco Valores Santander que suscribieron los demandantes se convirtieron en 385?80 acciones del banco por cada Valor Santander, que resulta de dividir el valor nominal de cada título (5 mil ?) por el precio de referencia anteriormente indicado (12?96?).

Recibidas estas acciones, las mismas han generado dividendos, en concreto, hasta el 4 de octubre de 2012 han percibido intereses por los Valores Santander por importe de 5999?15? (lo que supone un 24% de la inversión inicial), además de 370 nuevas acciones y 19?02 ? por la venta de los derechos de asignación gratuita derivados de las acciones en que se convirtieron los Valores Santander, en el marco del programa "Santander Dividendos Elección"

Con posterioridad, como hecho nuevo se indica por la demandada que a fecha julio de 2014, los demandantes han recibido 46 nuevas acciones y un importe de 6?71? por la venta de los derechos sobrantes adquiridos en el marco del programa "Santander Dividendos Elección", por las 2.299 acciones derivadas de los 5 Valores Santander suscritos.

SEGUNDO.- Primeramente, no es aceptable que se considere que la acción ejercitada por los demandantes respecto de la orden de valor de fecha 2007 ha caducado de acuerdo al art. 1301 CC .



Así las cosas, el artículo 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) dispone que: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años.", pasando sigüientemente a establecer el tiempo en que empezará a correr, estableciendo que "En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato."

La doctrina señala que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006 -en relación a un contrato de préstamo - que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones.

Conviene señalar que la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de junio de 2003 declara:

"Dispone el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código, En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 21 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó... ", Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

En aplicación de dicha doctrina, la acción no se encontraría caducada, en tanto el momento de la "consumación", que no puede confundirse con el de la perfección del mismo, tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, siendo que en el presente caso, los valores adquiridos (el día 21 de septiembre de 2007) se convirtieron, con la adquisición de ABN AMOR, en obligaciones necesariamente convertibles en acciones (lo que sucedió a fecha 4 de octubre de 2012), y ello suponía que se iría devengando un interés anual del 7,30% el primer año y del Euríbor+2,75% los años sucesivos, hasta su necesaria conversión en acciones del banco, que podía efectuarse, bien anualmente (cada año a partir de 4 octubre de 2008) de forma voluntaria, o bien obligatoriamente, transcurrido cinco años desde la emisión del producto, de manera que no es, precisamente, hasta que no transcurría este periodo de cinco años, en concreto, a fecha 4 de octubre de 2012 -fecha prevista para el canje obligatorio según se expresa en la propia demanda -cuando puede entenderse que se consuma el contrato.

Este tiempo empezará a correr: En los casos (...) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato .

Sobre esta cuestión debe aclararse que este plazo se computa desde su consumación, como indica la norma, lo que tiene lugar cuando se produce el agotamiento y la realización completa de todas las obligaciones entre las partes, sobre todo en contratos como el presente en que se acordó tanto la adquisición como la reventa, con fines financieros más que patrimoniales, en que dicha orden de venta es parte del contrato y por ende, hasta su verificación, no se consuma el contrato, máxime si también hay periódicas liquidaciones, durante las cuales se está consumando, lo que es lógico si se trata de atajar o dar respuesta a un vicio en el consentimiento por error, lo que solo se advierte cuando se cumple o consuma alguno de los efectos del contrato, a partir de lo cual sólo tiene sentido (pero no antes) reprochar la inactividad que la prescripción o caducidad reprocha. En este sentido se pronuncia la STS de 8.10.2012 y la STS de 11.06.2003 aclara la cuestión expresando *En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...)* Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado

la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó.

En el mismo sentido, aplicado precisamente a las participaciones preferentes, indicó la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, de 19.06.2013 que *a fecha de la interposición de dicha demanda no había prescrito la acción de nulidad ejercitada, o sea, el demandante no carecía de acción para solicitar la declaración de su nulidad, porque a dicha fecha de presentación de la demanda, en modo alguno cabe afirmar que se habían consumado y cumplido, en su integridad, los vínculos obligacionales generados entre las partes por mor o consecuencia de los susodichos contratos, y ello independientemente de que se pueda entrar en el debate acerca del carácter o naturaleza de los mismos como de tracto único o como de tracto sucesivo; en cuyo último caso, la consumación no se produciría hasta la fecha de la última de las liquidaciones de intereses, o pago por cupones, o como quiera llamárselos [...] sólo con el agotamiento y la realización completa de todas las obligaciones entre las partes pueden entenderse cumplidos y consumados los repetidos contratos.*

Los argumentos anteriores permiten el rechazo de la excepción invocada pues, durante todo el periodo de vigencia del contrato inicial, las prestaciones no se habían consumado.

TERCERO.- En segundo lugar, ejercitan las partes actoras con carácter principal acción de nulidad (y subsidiariamente acción de resolución contractual), acción de nulidad prevista en el artículo 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) por error de consentimiento, en relación con las siguientes adquisiciones de Valores Santander, y por lo que al error y dolo invocados por la actora se refiere, al objeto de valorar en qué medida pudo la actora incurrir en error excusable y/o la demandada haber "engañado" a las actoras, procede traer a colación la normativa que regulaba el deber de información de la demandada en la fecha de suscripción de los valores que nos ocupan.

El artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) , bajo la rúbrica "Obligación de diligencia y transparencia" dispone:

"Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley."

El artículo 79 bis, bajo la rúbrica "Obligaciones de información", dispone:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

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.



6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, 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.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no resulte adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

- 1) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;
- 2) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;
- 3) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- 1) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;
- 2) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior.

Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter.1.d)."



Asimismo, la Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio (LA LEY 9872/2009), por la que se desarrolla el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), en materia de información relevante, tiene el siguiente contenido en lo que aquí interesa:

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

"1. La presente Orden tiene por objeto desarrollar los procedimientos y formas de efectuar las comunicaciones de información relevante, a las que se refiere el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), en adelante, Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988).

Lo dispuesto en la presente orden será de aplicación a las comunicaciones de información relevante que realicen los emisores de valores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988).

Se considerarán incluidas en las comunicaciones a las que se refiere el apartado anterior las relativas a información sobre hechos o decisiones posteriores que resulten significativos y que traigan causa, sean consecuencia o continuación, entrañen cambio o de cualquier forma completen, alteren o pongan fin a la información relevante inicialmente comunicada.

Esta orden no será de aplicación a los hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (LA LEY 1679/2003), de instituciones de inversión colectiva, que se regirán por lo establecido en dicha Ley y en sus normas de desarrollo."

Artículo 2. Identificación de la información relevante

"1. Sin perjuicio de las facultades que el artículo 89 de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) otorga a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los emisores de valores identificarán los hechos, decisiones o conjunto de circunstancias que tengan la consideración de información relevante. Para valorar el grado de relevancia potencial de una información y su posible identificación como información relevante, los emisores de valores utilizarán, entre otros, los siguientes criterios:

- a) La magnitud relativa del hecho, decisión o conjunto de circunstancias en la actividad del emisor.
- b) La relevancia de la información en relación con los factores determinantes del precio de los valores emitidos, distinguiendo en particular si se trata de valores de renta fija o de renta variable.
- c) Las condiciones de cotización de los valores emitidos.
- d) El hecho de haber considerado relevante en el pasado información de tipo similar o que los emisores del mismo sector o mercado la publiquen habitualmente como relevante.
- e) El efecto de variación en los precios que tuvo la información del mismo tipo difundida en el pasado.
- f) La importancia que otorgan los análisis externos existentes sobre el emisor a ese tipo de información.
- g) La existencia de indicios racionales, en el supuesto de que se produzca una evolución anormal de los volúmenes contratados o de los precios negociados durante las fases de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores o instrumentos financieros afectados, de que dicha evolución se está produciendo como consecuencia de una difusión prematura, parcial o distorsionada de la operación.

2. Se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para detallar una relación indicativa y no exhaustiva de los supuestos que se consideran información relevante, que podrá realizarse por tipología de instrumentos financieros. En dicha lista, podrán incluirse, entre otros, supuestos relacionados con: acuerdos estratégicos y operaciones corporativas; información relativa a estados financieros del emisor o de su grupo consolidado; información sobre convocatorias y asuntos oficiales; e información sobre alteraciones significativas de factores relacionados con las actividades del emisor y su grupo."

Artículo 3. Principios y deberes generales de actuación

"Los emisores de valores, al cumplir las obligaciones que se establecen en esta orden, deberán:

Actuar con neutralidad, aplicando los mismos criterios a las informaciones relevantes con independencia de que puedan influir de manera favorable o adversa en la cotización de un valor.

Hacer pública y difundir inmediatamente al mercado y simultáneamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, toda información relevante tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate, con independencia de que la información relevante se haya originado o no en el seno del emisor.



En los supuestos a los que se refiere el artículo 82.3 in fine de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la información relevante antes de su publicación. A estos efectos, se entenderá que la información relevante puede perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o poner en peligro la protección de los inversores cuando sea previsible que su difusión al mercado provoque alteraciones extraordinarias de los precios de cotización.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre (LA LEY 11/2004), sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, los emisores de valores deberán difundir a través de sus páginas web los hechos relevantes."

Artículo 4. Criterios generales relativos al contenido de las comunicaciones de información relevante

"1. El contenido de la comunicación será veraz, claro y completo. La información se expondrá de forma neutral, sin sesgos o juicios de valor que prejuzguen o distorsionen su alcance.

El contenido de la información relevante, siempre que sea posible, deberá cuantificarse, indicando, en su caso, el importe correspondiente. Cuando se trate de datos aproximados, los emisores de valores especificarán esta circunstancia y, en los casos en que sea posible, aportarán un rango estimado.

Se incluirán en las comunicaciones de información relevante los antecedentes, referencias o puntos de comparación que se consideren oportunos, con el objeto de facilitar su comprensión y alcance.

En los supuestos en los que la información relevante objeto de comunicación haga referencia a decisiones, acuerdos o proyectos cuya efectividad esté condicionada a una autorización previa o posterior aprobación o ratificación por parte de otro órgano, persona, entidad o autoridad pública, se especificará esta circunstancia.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores establecerá mediante circular el procedimiento, los medios y los modelos a seguir para la comunicación de información relevante a dicha Comisión y, en su caso, para su difusión al mercado, así como el contenido y los criterios para la clasificación de la comunicación de la información relevante."

En relación con la normativa citada, conviene recordar que un importante bloque jurisprudencial viene reiterando que el incumplimiento de la normativa sectorial no puede reputarse determinante para los tribunales civiles a la hora de resolver litigios como el que nos ocupa hasta el punto de sustentar la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 CC (LA LEY 1/1889)). En tal sentido, indica la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, en Sentencia 433/2011 : "Así el cumplimiento de la normativa citada en el fundamento segundo de esta resolución lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde el punto de vista civil en cuya jurisdicción nos encontramos no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas".

Por otra parte, en relación con el error tiene establecido la jurisprudencia que para que el error, como vicio de consentimiento, sea invalidante conforme al artículo 1265. 1º (LA LEY 1/1889) y al 1266 del Código Civil (LA LEY 1/1889) es preciso que:

a) sea esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial motivo la celebración del negocio, atendida la finalidad de este (STS 12.7.2002 , 24.1.2003 , 12.11.2004 o 17.7.2006), esto es, porque recaiga, sin duda, sobre lo que el siguiente artículo del mismo cuerpo legal denomina "sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato" (cf., por ejemplo, SAP Burgos 3ª de 10 de noviembre de 2010 , SAP Pontevedra de 14 de abril de 2011 o SAP Barcelona 7ª de 17 de mayo de 2011);

b) se produzca en el momento de la perfección del contrato;

c) no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado por el empleo por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, siendo que de acuerdo con los postulados de la buena fe este requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por este declarante (STS 18.2.1994 , 3.3.1994 , 12.7.2002 , 12.11.2004 o 17.2.2005 , entre otras).

Pero también es jurisprudencia consolidada la que determina que, como la excusabilidad del error es una medida de protección a la otra parte contratante y sus intereses negociales, esta no puede beneficiar a



quien precisamente por el incumplimiento de deberes que a ella le incumben (deber legal de información transparente, clara y precisa de la entidad bancaria) ha producido la equivocación de la otra parte, es decir cuando el error es fruto de la negligencia de la parte que no lo sufre al incumplir un deber legal.

Cuando los contratantes actúan por error - STS. 5.3.1960 , 29.12.1978 -, se rompe la unidad del mutuo consentimiento al no corresponder lo que quieren con error a lo que querrían sin él, pues puede aseverarse que cuando en la decisión de los contratantes interviene el error, es evidente que el acuerdo alcanzado es defectuoso y que debe poder impugnarse en todos aquellos supuestos en que el ordenamiento, valorando típicamente las circunstancias de la experiencia corriente, considera que la distinción que se genera no debe subsistir más que cuando los interesados se conforman con soportarla.

Por otra parte y respecto del error en cuanto vicio del consentimiento, la reciente Sentencia del TS de 21 de noviembre de 2012 señala que "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - Sentencias 114/1985, de 18 de febrero ; 295/1994, de 29 de marzo ; 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo ; 695/2010, de 12 de noviembre (LA LEY 198998/2010) , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos (Sentencia de 15 de febrero de 1977). En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias, Dispone el artículo 1266 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos -sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (sentencias de 4 de enero de 1982 , 29 de marzo, entre otras muchas), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones (respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato) que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas -y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. 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 1918 y 21 de mayo de 1991 , entre otras). Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia (Sentencias de 4 de enero de 1982 , de 28 de septiembre de 1996 , de 11 de julio de 2000 , de 13 de mayo de 2009) exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

CUARTO.- Conforme a la doctrina expuesta, en el presente supuesto, la actoras tenían un deber general de informarse conforme a los parámetros normales de precaución en los negocios y Banco Santander tenía un deber impuesto legalmente de informar adecuadamente en los términos previstos en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988 (LA LEY 1562/1988) indicados en el fundamento anterior. En este sentido, son abundantes las



resoluciones judiciales que han hecho referencia a este deber de información, señalando que, si en cualquier tipo de contrato la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, con mayor razón, si cabe, ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general. Como así lo señala la SAP Valencia, Sección 9ª, en Sentencia de 13 de noviembre de 2008, reiterando otra del mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2005: "La especial complejidad del sector financiero le dota de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores que conllevan la necesidad de procurar al **consumidor** una adecuada protección, tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia del mercado y de adecuada información (pues sólo un **consumidor** bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)-como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones-como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación".

Por ello, el siguiente paso es examinar si ha vulnerado la demandada su obligación de ofrecer una adecuada información a la actora, y si, en consecuencia, existió error por parte de ésta, y ello bajo la premisa de que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, Sentencia AP Valencia de fecha 26-4-2006).

Entrando a analizar la prueba practicada, en la orden de valores suscrita por las actoras (documento nº 10 de la demanda) se incorpora, entre otra información, el siguiente texto en letra de idéntico tamaño y perfectamente legible:

"Observaciones: el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) está a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado".

El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia, así como que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y de las vigentes normas sobre fechas de valoración y autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible en la indicada para atender su liquidación y, en último extremo, a la enajenación de los valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite, así como a reclamar la cantidad adeudada o la parte de la misma que quede pendiente después de realizar la venta, y sus intereses al tipo publicado por la entidad en cada momento para los descubiertos en cuenta."

Además, en ANEXO de la orden de compra (documento nº12 de la demanda) firmadas por los demandantes como clientes, se recoge:

"MANIFIESTO que, tras haber sido informado en la sucursal nº 3647 de las características y riesgos del producto VALORES SANTANDER, he decidido, proceder, una vez hecho mi propio análisis a suscribirlo por importe de 25000."

Y si bien dicha cláusula puede considerarse de estilo o de adhesión, esto es, no habiendo intervenido en la misma la parte actora, lo cierto es que ninguna prueba se ha practicado a fin de contradecir lo en ella recogido en los términos vistos y su eventual falta de adecuación a lo sucedido, esto es, que los actores no hubieran sido receptores ni destinatarios de los documentos informativos complementarios citados y de información clara y suficiente sobre el producto adquirido.

En acto de juicio compareció como testigo D. Landelino, que trabajó en la sucursal de la demandada en Quiroga y que vendió a los actores el producto). El personal de Banco Santander, D. Landelino en concreto, informó al demandante de las características, naturaleza y riesgos que, previsiblemente tendría este producto (en un primer encuentro tras la llamada, D. Landelino explicó en acto de juicio que se le explicó el producto al actor D. Gonzalo "a esbozos", momento en que se recogió la solicitud del cliente no vinculante para contratarlos, y que cuando salió la emisión se contactó de nuevo con el cliente, y es ahí cuando se le explicó las cantidades que se podía invertir, las valoraciones que tenía el producto (5 mil ? cada valor), y se le indicó que no era un depósito, y que necesariamente en 5 años se convertiría en acciones. Asimismo indica el testigo



D. Landelino que se le explicó el carácter de bono convertible en acciones (cree que en este 2º contacto estaba también presente su esposa), y que se les explicó a los clientes en una hoja, y en un tríptico explicativo que se les entregó junto con la orden de compra (sosteniendo el testigo que se les entregó, a pesar de no estar firmado, porque el "protocolo" se lo exigía). Manifiesta insistente en acto de juicio el testigo que en el momento de la contratación (con la orden) se les explicó el carácter convertible de los bonos en acciones del banco, y que éstos tenían un valor prefijado de canje, así como del riesgo de los valores Santander iban en paralelo a acciones del banco, y que el tipo de interés (superior al de un depósito) obedecía al precitado riesgo que se asumía, y que el capital no estaba garantizado. Igualmente, sostiene el testigo que se les explicó de que además del canje forzoso en acciones, los valores podían canjearse voluntariamente antes, y que se podían vender los valores en mercado secundario. Manifiesta asimismo el testigo que dos años después de la contratación, los actores se personaron en la entidad con el objeto de ver "cómo iba la inversión", y que también en dicho momento hablaron del producto en cuestión y de lo que era. Además, explica el testigo que trimestralmente se les comunicaba a los actores como clientes la información de rentabilidad del producto adquirido, y luego cada año les mandaban información sobre cómo canjear el producto voluntariamente en acciones, además del envío anual de la pertinente información fiscal.

A la vista de la declaración del testigo Sr. Landelino, procede estimar acreditado que las actoras actuaron en todo momento asesoradas por la entidad bancaria demandada, y que todo ellos recibieron el tríptico que se entregaba con motivo de la adquisición de los valores, tal y como también declaró el testigo, no habiendo sido desvirtuada la declaración de éste. Ciertamente, no consta firmada por las actoras la recepción del tríptico, lo cual no es óbice para no estimar acreditada su entrega a la vista de las declaraciones del testigo y considerado el hecho de que la razón de ser del tríptico fuera, precisamente, ser entregado a efectos informativos.

Pues bien, el referido tríptico, entre otras cosas, se contiene la siguiente información a los efectos expositivos que nos interesan:

"Descripción de la Emisión:

Valor nominal: 5000 ?. Importe total de la Emisión: 7.000.000.000 ?. Con garantía de Banco Santander.

Emisión sin rating.

Efectos sobre la Emisión de la OPA sobre ABN Amro:

Si no se adquiere ABN Amro, amortización el 4 d octubre de 2008 con reembolso del valor nominal y remuneración a un 7,30% nominal anual (7,50% TAE).

Si se adquiere ABN Amor, los Valores serán necesariamente convertibles en acciones ordinarias Santander de nueva emisión. No hay reembolso del nominal en efectivo si se adquiere ABN Amro.

El canje de los Valores y la conversión de las obligaciones convertibles son simultáneos: los inversores reciben acciones Santander cuando ocurra el canje.

Canje voluntario el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y obligatorio el 4/10/2012.

Otros supuestos de canje. (i) Voluntario: si pudiendo pagar remuneración, Santander decide no pagarla; y (ii) obligatorio: concurso o liquidación del emisor o Santander y supuestos similares.

Para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento.

Remuneración no asegurada desde la adquisición de ABN Amro: (i) Santander puede decidir no pagar y abrir periodo de canje voluntario; y (ii) no habrá remuneración en ningún caso si no existe Beneficio Distribuible o lo impide la normativa de recursos propios aplicable a grupo Santander.

Tipo de interés nominal anual: 7,30% hasta el 4/10/08. Euribor +2,75% desde entonces".

Características esenciales de los Valores si se adquiere ABN Amro, desde la fecha de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles:

A.-Carácter canjeable

Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiere ABN Amro mediante la OPA, Banco Santander estará obligado a emitir las Obligaciones Necesariamente Convertibles y el Emisor estará obligado a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008.

En caso de emitirse las Obligaciones Necesariamente Convertibles y desde ese momento, los Valores pasarán a ser canjeables por las Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada vez que se produzca un canje de



Valores, las Obligaciones Necesariamente Convertibles que reciban en dicho canje los titulares de los Valores Canjeados serán automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander.

B.-Supuestos de canje

El canje de los Valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles (y automática conversión de éstas por acciones) podrá ser:

(i) Voluntario, a decisión de los titulares de los Valores:

El 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; y

Si no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración descritas en el apartado D, o siendo dichas restricciones parcialmente aplicables, el Emisor optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario.

(ii) Obligatorio, el 4 de octubre de 2012 o, de producirse antes, en los restantes supuestos indicados en la nota de valores (liquidación o concurso del Emisor o Banco Santander y supuestos análogos). En otras palabras, el 4 de octubre de 2012 todos los Valores que se encuentren en circulación en ese momento serán obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander.

C.-Precio de Canje y Conversión

Cada Valor será canjeado, en su caso, por (1) Obligación Necesariamente Convertible. Por su parte, a efectos de la conversión en acciones de Banco Santander:

(i) Las Obligaciones Necesariamente Convertibles se valorarán por ?5000; y

Las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligación Necesariamente Convertibles (Precio de Conversión).

E.-Tipo de interés de la remuneración

El tipo de interés al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008 será del 7,305 nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los Valores.

A partir del 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengará la remuneración, en caso de ser declarada, será del Euribor +2,755.

La remuneración que, en su caso, se acuerde, serán pagadera trimestralmente, por trimestres vencidos, los días 4 de enero, abril, julio y octubre de cada año.

Nota de Valores

La Emisión de los Valores ha sido objeto de una nota de valores verificada por la Comisión Nacional del Mercado de valores con fecha 19 de septiembre de 2007 y que se complementa con los documentos de registro del Emisor y el Banco verificados en la misma fecha. La nota de valores y el documento de registro del Emisor están a disposición de los inversores en las oficinas de Banco Santander y en [www. bancosantander.es](http://www.bancosantander.es).

Este tríptico no contiene todos los términos y condiciones de la emisión ni describe exhaustivamente los términos a los que se refiere. Se recomienda la lectura de la nota de valores para una mejor comprensión y una descripción completa de los términos y condiciones de la emisión de los Valores."

De la lectura del tríptico referido no parece que pudieran concluir las partes actoras que el producto adquirido consistía en un depósito sin riesgo alguno, pues en el mismo se explica con claridad que los valores se convertirían en acciones, siendo así que cualquier persona de formación media- como es el caso de los aquí demandantes- conoce que el valor de las acciones fluctúan. Además, el propio tríptico remite a la Nota de Valores que explica con más exhaustividad las características de los valores. En efecto, la lectura del tríptico permitía conocer que el producto no era un depósito a plazo porque el reembolso de la inversión, con la retribución correspondiente, solo cabía en el caso de que no prosperara la OPA contra ABN AMRO. En el supuesto que ahora nos ocupa, al haber prosperado la OPA, no se reembolsaba el nominal en efectivo, de manera que los valores eran necesariamente canjeable por obligaciones convertibles en acciones de Banco Santander en las fechas antes indicadas (de forma voluntaria por el inversor los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2012, y obligatoriamente el 4 de octubre de 2012, como ha ocurrido en este caso).

Por otra parte, adquiridos los valores, la inversión se desarrolló con normalidad, percibiendo la actora el rendimiento convenido, tal y como consta en documentación aportada a autos por la demandada.



Asimismo, la demandada remitió una, cuando menos, varias cartas a la actora recordándole las características del producto. Así, en enero de 2008, noviembre de 2008 y septiembre de 2009, Banco Santander remitió a la actora escritos que obran como documentos, junto con otros más, nº 23, 30 y 31 de la contestación de la demanda.

En cualquier caso y aunque se admitiera a meros efectos hipotéticos o dialécticos que la información previa suministrada por la entidad a la demandante fue insuficiente o incompleta en el sentido defendido en la demanda y que ello generó un error en el consentimiento contractual emitido, tampoco se considera pudiera triunfar la demanda en tanto dicho eventual error era perfectamente salvable y por lo tanto inexcusable.

A tales efectos debe tenerse en cuenta que la actora tuvo antes de suscribir el producto controvertido otros de carácter financiero. En efecto, del documento nº 4 y 5 que acompañan a contestación de la demanda, resulta que los actores había contratado con la demandada fondos de inversión y depósitos estructurados, ambos productos sujetos a las fluctuaciones de los mercados.

Se colige de lo anterior que el sector financiero no le era totalmente ajeno o desconocido y tampoco la existencia de productos cuyo resultado se halla vinculado a circunstancias varias del mercado tales como precios de cotización.

Por otra parte, en cumplimiento de sus obligaciones informativas, Banco Santander registró el folleto informativo en la CNMV y dio publicidad al producto desde el 19 de septiembre de 2007, fecha en la que comenzó a comercializarse, antes por tanto de que los valores fueran adquiridos por la actora, como consta en orden de compra de valores. Quiere esto decir que cuando la demandante adquiere los valores, tenía a su disposición información sobre los mismos.

Asimismo, la Nota de Valores inscrita en los Registros Oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (documento nº 7 de la demanda) contenía la siguiente información en lo que aquí interesa:

Páginas 1 y siguientes:

1. DESCRIPCIÓN DE LA EMISIÓN

Importe y número de Valores: el importe total de la Emisión es de siete mil millones de euros dividido en un millón cuatrocientos mil Valores, de una única serie y clase, con cinco mil euros de valor nominal unitario y que se emiten a la par (esto es, por su valor nominal). La Emisión no tiene rating.

Contexto: La Emisión de los Valores se realiza en el marco de la oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro Holding N.V formulada por Banco Santander (...). Los Valores tendrán diferentes características esenciales en función de si el Consorcio llega o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA, conforme a lo que se indica a continuación.

Características esenciales de los Valores si se adquiere ABN Amro, desde la fecha de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles:

A.-Carácter canjeable

Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiere ABN Amro mediante la OPA, Banco Santander estará obligado a emitir las Obligaciones Necesariamente Convertibles y el Emisor estará obligado a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008.

En caso de emitirse las Obligaciones Necesariamente Convertibles y desde ese momento, los Valores pasarán a ser canjeables por las Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada vez que se produzca un canje de Valores, las Obligaciones Necesariamente Convertibles que reciban en dicho canje los titulares de los Valores canjeados serán automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander.

B.-Supuestos de canje

El canje de los Valores por las Obligaciones Necesariamente Convertibles (y automática conversión de éstas por acciones) podrá ser:

(i) Voluntario, a decisión de los titulares de los Valores:

1. El 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; y

2. Si no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración descritas en el apartado 4.6.1.i.b).2, o siendo dichas restricciones parcialmente aplicables, el Emisor optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario.



(ii) Obligatorio, el 4 de octubre de 2012 o, de producirse antes, en los restantes supuestos indicados en el apartado 4.6.3.l.a9.2 (liquidación o concurso del Emisor o Banco Santander y supuestos análogos). En otras palabras, el 4 de octubre de 2012 todos los Valores que se encuentren en circulación en ese momento serán obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander (previo canje por las Obligaciones Necesariamente convertibles y conversión de éstas).

C.-Precio de Canje y Conversión

Cada Valor será canjeado por una (1) Obligación Necesariamente Convertible en los supuestos de canje.

Por su parte, a efectos de la conversión en acciones de Banco Santander:

(i) Las Obligaciones Necesariamente Convertibles se valorarán por su valor nominal; y

(ii) Las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración o, por su delegación, la Comisión Ejecutiva de Banco Santander ejecute el acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles."

Páginas 10 y siguientes:

4. FACTORES DE RIESGO

4.1. Factores de riesgo de los Valores

Riesgo de no percepción de la remuneración:

A partir de la fecha en que Banco Santander haya emitido y el Emisor haya suscrito las Obligaciones Necesariamente Convertibles, los titulares de los Valores no tienen asegurado el cobro de la remuneración. Desde dicha fecha, salvo en los supuestos que se indican en el párrafo siguiente, el Emisor decidirá, a su sola discreción, si acuerda el pago de la remuneración o si abre un periodo de canje voluntario de los Valores.

Adicionalmente, el Emisor no declarará la remuneración ni abrirá un periodo de canje voluntario si no existen Beneficio Distribuible suficiente (según se define en el apartado 4.6.1.l.b).4 siguiente) o si resultan de aplicación las limitaciones impuestas por la normativa bancaria sobre recursos propios.

Si por cualquier razón no se pagaran en todo o en parte las remuneraciones correspondientes a los titulares de Valores en una fecha de pago, se perderá el derecho a percibir dicha remuneración, no teniendo por qué afectar al pago de la remuneración futura.

Remuneración variable:

Excepto en los primeros cuatro periodos de remuneración, en los que ésta de ser declarada por el Emisor cuando así proceda, será fija, la remuneración prevista para los Valores estará referenciada al índice Euribor a tres meses. Por tanto, la evolución del Euribor determinará el importe de la remuneración a percibir, en su caso, por los titulares de los Valores en cada periodo de remuneración.

Amortización anticipada (...)

Canje por acciones:

Si no se produce la amortización anticipada referida en el apartado anterior, los Valores serán canjeados por Obligaciones Necesariamente Convertibles, con carácter obligatorio, el 4 de octubre de 2012 o, de producirse antes, en los restantes supuestos que se indican en el apartado 4.6.3.l.a)2. El canje de los Valores por Obligaciones Necesariamente Convertibles implicará automática y necesariamente la conversión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles en Acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Santander.

Adicionalmente, los titulares de los Valores podrán solicitar su canje voluntario por Obligaciones Necesariamente Convertibles (con simultánea conversión de éstas en Acciones de Banco Santander) el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y en los restantes supuestos que se indican en el apartado 4.6.3.l.a)1.

En la fecha de canje los inversores no tendrán derecho a percibir cantidad alguna en concepto de remuneración correspondiente a los días transcurridos desde la última fecha de pago de la remuneración hasta la fecha de canje, pero sí a recibir Obligaciones Necesariamente Convertibles y, por conversión inmediata de éstas, las correspondientes Acciones de Banco Santander igualadas desde ese mismo momento en derechos, incluido el de percibir dividendos, a las restantes acciones ordinarias de Banco Santander. Los inversores sí recibirán la remuneración correspondiente a la última fecha de pago de la remuneración si ésta hubiese sido declarada por el Emisor.

Carácter subordinado (...)

Posibilidad de descensos en la cotización de las acciones:

De no producirse la amortización anticipada de los Valores, los titulares de éstos adquirirán acciones de Banco Santander con ocasión del canje de los Valores y ulterior conversión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles. El precio de cotización de las acciones de Banco Santander, como el de cualquier valor de renta variable cotizado en Bolsa, es susceptible de descender por factores diversos, tales como la evolución de los resultados del Banco, los cambios en las recomendaciones de los analistas o los cambios en las condiciones de los mercados financieros.

Por otra parte, el valor atribuido a las acciones de Banco Santander a efectos de la conversión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles en acciones es del 116% de la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción Santander en el Mercado Continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, con los límites previstos en el apartado 4.6.3.II (el mayor de 7,12 euros, el precio de cierre de cotización de la acción Santander el día hábil bursátil anterior a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones necesariamente Convertibles y la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción Santander en los 15 días hábiles bursátiles anteriores a dicha fecha). En consecuencia, si en la fecha de canje de los Valores y ulterior conversión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles por acciones la cotización de Banco Santander fuese inferior al 116% del referido importe, los inversores estarán adquiriendo acciones de Banco Santander a un precio superior al de cotización en ese momento. En otras palabras, en caso de canje de los Valores, será necesario que la acción Santander se haya revalorizado al menos un 16% respecto de la media aritmética de sus precios medios ponderados en el Mercado Continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones necesariamente Convertibles para que el valor de cotización de las acciones Santander que reciba el inversor en la conversión corresponda al importe desembolsado por los Valores."

(...)

Singularidad de los Valores:

Los Valores constituyen un instrumento financiero singular. El Emisor no tiene constancia de la existencia de valores comparables en el mercado español que puedan servir de referencia para valorar los Valores.

Por lo demás, las características de los Valores se verán afectadas por el hecho de que el Consorcio adquiera o no ABN Amro en virtud de la OPA formulada sobre dicha sociedad. Así, si el Consorcio no adquiere ABN Amro antes del 27 de julio de 2008, los Valores serán amortizados en el primer aniversario de su emisión, con reembolso en efectivo de su valor nominal y la remuneración devengada. Si el Consorcio adquiere ABN Amro antes del 27 de julio de 2008, los Valores serán necesariamente canjeables por Obligaciones Necesariamente Convertibles que, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander.

(...)

Riesgo de mercado:

Al quedar admitida la presente Emisión en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, el precio de cotización de los Valores podrá evolucionar favorable o desfavorablemente en función de las condiciones del mercado, pudiendo llegar a situarse eventualmente en niveles inferiores a su valor nominal."

Esta información estuvo a disposición de las actoras tanto previa como posteriormente a la celebración del contrato, no pudiéndose ni calificar de inexcusable el hipotético error ni comprenderse por qué la demandante no ha solicitado con anterioridad la nulidad del contrato si no fuera porque la cotización de las acciones le ha perjudicado. En efecto, la demandante no promovió la ineficacia de los contratos ni consta que manifestara queja alguna al respecto. Pues bien, admitiendo la demandante que los rendimientos sí se ajustaron a la información recibida, difícilmente se comprende que se le ocultara información que es pública por haberse depositado en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que resulta de un tríptico que se elaboró, precisamente, para informar a los adquirentes.

Establece la **SAP de Alicante de 25 de enero de 2013** en un caso muy similar al que nos ocupa que "En primer lugar, no puede admitirse en nuestro caso el carácter esencial del error porque de la información facilitada, en especial, en el tríptico, se conocía sin ninguna duda de que no estábamos en presencia de un depósito a plazo porque el reembolso de la inversión más la retribución solo cabía en el caso de que no prosperara la OPA frente a ABN Amro; en el otro caso, de prosperar la OPA, situación producida en la realidad, "no hay reembolso del nominal en efectivo" y lo que se produce es que los Valores serán necesariamente canjeables por obligaciones convertibles en acciones de BANCO SANTANDER y las fechas de los canjes voluntarios serían los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y, obligatoriamente, el día 4 de octubre de 2012. (...). En



segundo lugar, el error no es excusable porque el actor siempre pudo desvanecer con una mínima diligencia la consideración equivocada de que la operación contratada era un depósito a plazo sin riesgo alguno para recuperar la integridad del capital invertido. (...) También se alude a que el perfil de inversor del actor no se adecuaba a esta inversión de naturaleza especulativa o con riesgo según el Manual de Procedimientos del Grupo Santander. Se rechaza esta alegación porque la operación puede calificarse como producto "amarillo" según la norma 9.2.ii del referido Manual, lo que permite su ofrecimiento al actor habida cuenta de su perfil de riesgo si atendemos a la adquisición anterior de participaciones en fondos de inversión de riesgo".

En conclusión, no puede admitirse, en atención a las pruebas practicadas, que la parte actora haya sufrido un error esencial, ya que de la información facilitada se conocía sin ninguna duda que el producto no se trataba de un depósito a plazo, ya que el reembolso de la inversión sólo se produciría en el caso de que no prosperase la OPA frente a ABN Amro, siendo claro de su contenido que en el caso de que prosperara la OPA no se producía un reembolso del nominal efectivo sino que los valores necesariamente iban a ser canjeables por obligaciones convertibles en acciones de banco Santander y siendo igualmente claras las fechas de canje voluntario y la fecha de canje obligatorio el 4 octubre 2012. Pero es que en todo momento se pudo desvanecer con una mínima diligencia (leyendo el tríptico, la nota de valores o consultando la página web de la CNMV o del Banco Santander) la consideración que se alega de equivocación por estar contratando un depósito sin riesgo, máxime cuando en las orden de suscripción se incluía la siguiente advertencia: "El cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero objeto de la misma, lo cual el cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa."

En atención a lo expuesto procede desestimar la demanda, no pudiendo prosperar la acción de nulidad y tampoco la de resolución contractual subsidiariamente ejercitada, toda vez que ninguna obligación, como ya hemos visto, ha incumplido la demandada.

QUINTO.- Respecto de los intereses, desestimada la pretensión principal, ello conlleva la desestimación secundaria de intereses.

SEXTO.- En relación a las costas del procedimiento principal se imponen a las partes demandantes de conformidad con el art. 394.1 de la LEC, dada la desestimación íntegra de sus pretensiones.

En virtud de lo expuesto

FALLO

DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. Gonzalo Y D^a Felicísima, frente a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., quien resulta absuelto de todos los pedimentos formulados contra el mismo en la demanda.

Se condena a las partes demandantes al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la notificación de la misma. No se admitirá el recurso de apelación, si, al interponerlo, no se acredita haber constituido depósito del importe de 50 euros exigido por la Ley en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado o Tribunal, salvo en el caso del Ministerio Fiscal.. Inclúyase la presente en el libro de sentencias poniendo en las actuaciones certificación de la misma.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo, D^a. Gloria M^a Corral de Burgos, Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n^o1 de Monforte de Lemos y su partido judicial. Doy fe.