



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357018
Fax.: 942357019
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº:
NIG:
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000160/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Demandado	BANCO SANTANDER SA	RAUL VESGA ARRIETA

SENTENCIA nº

En Santander, a 27 de junio del 2017.

Vistos por JAVIER GÓMEZ HERNÁNDEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, los presentes autos de **Juicio Ordinario**, seguidos en este juzgado bajo el número [] del año 2016, a instancia de Doña Maria Jesus Mendiola Olarte, Procuradora de los Tribunales, y en representación de la mercantil

, bajo la dirección de la Letrada Dña. Gisela Bernáldez Bretón, contra el BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador D. Raúl Vesga Arrieta, y asistido por el Letrado D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza, procede, en nombre de S.M. el rey, a dictar la presente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Doña Maria Jesus Mendiola Olarte, Procuradora de los Tribunales, y en representación de la mercantil

, bajo la dirección de la Letrada Dña. Gisela Bernáldez Bretón, se presentó el 29 de septiembre de 2016 demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A. por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo y que se dan por reproducidos, terminando con el suplico de que se dictara sentencia por la que:

- 1).- LA NULIDAD RELATIVA DE LA ORDEN DE SUSCRIPCIÓN de VALORES SANTANDER al existir un vicio esencial en el consentimiento provocado por la errónea información facilitada por el banco, contraviniendo las normas del Real Decreto 629/1993, que determinó la creencia de que lo que firmaba era una obligación convertible en acciones a precio de canje fijado al momento de conversión y, por tanto con capital garantizado, con una posibilidad muy importante de convertirse en renta fija a un año, y consecuentemente se proceda a la restitución mutua del objeto del contrato y del precio con el interés legal desde la suscripción.

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

2).- SUBSIDIARIAMENTE de no ser acordada la anterior, pido al tribunal que declare la RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESENCIALES, estimados en 120.403,67€ que es el capital perdido al momento del canje forzoso a fecha 04-10-2012, al que se le deberá adicionar el interés legal desde la interposición de la demanda.

3).- MAS SUBSIDIARIAMENTE se declare nulo el contrato de compra de Valores Santander POR INDETERMINACION DE PRECIO Y CANTIDAD de las acciones objeto último de este contrato, y por ABUSIVIDAD al hacer depender el cumplimiento del contrato de la voluntad exclusiva del profesional financiero provocando una DESIGUALDAD SUSTANCIAL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES, ordenando la restitución mutua de las prestaciones y del precio con los intereses.

4).- En todo caso condene a la demandada al pago de las costas dada la complejidad del proceso y la actuación TEMERARIA y DOLOSA del banco durante toda la relación contractual (ART. 394.3 LEC), con expresa indicación de ese carácter.

SEGUNDO.- Por Decreto de 24 de octubre de 2016 se admitió a trámite la demanda dándose traslado de ella a la demandada para que se personase y contestase en el plazo de veinte días, lo que verificó, oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de la audiencia previa el 10 de febrero de 2017, a la que comparecieron ambas partes proponiendo las pruebas que tuvieron por conveniente. El juicio tuvo lugar el 28 de abril de 2017. En el acto de juicio se practicaron las pruebas admitidas. Tras ello las partes formularon conclusiones, y los autos quedaron conclusos y vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamientos de las partes

La parte demandante ejercita de modo principal una acción de nulidad relativa de las ordenes de suscripción de Valores Santander por vicio en el consentimiento provocado por la errónea información facilitada por el banco que determinó la creencia de que lo que firmaba era un producto con una probabilidad casi total de comportarse como renta fija a plazo de un año y con una posibilidad residual de ser obligación convertible a precio de canje fijado a finalización de la inversión y, por tanto con capital garantizado, y consecuentemente se proceda a la restitución mutua de las cantidades percibidas más el interés legal desde la interposición de la demanda. Subsidiariamente ejercita una acción de responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, estimados en cuantía superior a 18.000€. Subsidiariamente solicita se declaren nulos los contratos de comprar de Valores Santander por lesividad por indeterminación de precio y cantidad de las acciones objeto último de este contrato, y por abusividad al hacer depender el

cumplimiento del contrato de la voluntad exclusiva del profesional financiero provocando una desigualdad sustancial de derecho y obligaciones entre las partes.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la parte actora en base a las siguientes alegaciones: 1) Caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento; 2) Falta de legitimación de la actora para ejercitar la acción declarativa de nulidad por venta de las acciones. 3) El actor recibió con antelación a su inversión información clara y veraz sobre las características y riesgos de los Valores. El Banco cumplió con las obligaciones de información que le eran exigibles derivadas de la normativa imperativa aplicable al momento de la suscripción de los Valores Santander. 3) El demandante tenía experiencia en la suscripción de distintos productos financieros con riesgo de pérdida de capital. 4) La parte actora no ha acreditado que exista error en el consentimiento ni que, en caso de que éste hubiera existido, revistiese los caracteres de esencialidad y excusabilidad que deben concurrir para que supongan un verdadero vicio invalidante del consentimiento. 5) Existe confirmación del negocio y extinción de la acción de anulabilidad por actos propios de la demandante. 6) La pretensión indemnizatoria resulta improcedente y estaría prescrita conforme art. 945 del C. Com.

SEGUNDO.- VALORES SANTANDER

No es un hecho controvertido que la empresa demandada, dedicada a la explotación agrícola, en septiembre 2007 concertó con la entidad demandada, BANCO SANTANDER, S.A., una orden de suscripción de 44 títulos de Valores Santander, por importe de 5.000 euros cada uno de ellos, y por un total por tanto de 220.000 euros.

Con carácter previo procede exponer que son los “Valores Santander” para mejor comprensión del producto a que se refiere este litigio.

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. Como esta emisión se vinculaba a la operación descrita, su evolución posterior quedaba igualmente ligada al resultado de esa operación.

a) Si el consorcio en el que participaba Banco Santander no adquiría ABN AMRO, los valores emitidos se amortizarían el 4 de octubre de 2008, devolviéndose a los inversores el principal invertido más un interés fijo del 7,30%.

b) Si, por el contrario, se procedía a la adquisición de ABN AMRO por el citado consorcio (como así sucedió), entonces los valores emitidos se convertirían en *obligaciones necesariamente convertibles en acciones de Banco Santander*, 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 (cada año a partir

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==



Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

de octubre de 2007) voluntariamente 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.

Un rasgo fundamental en el producto es que, con independencia de la posterior evolución en el mercado del valor de las acciones del Banco Santander, el cliente siempre iba a recibir un número ya determinado de acciones. Por ello el éxito de la operación dependía de que al tiempo de la conversión de las obligaciones en acciones el valor éstas fuera superior al precio predeterminado para conversión. Si estaba por debajo (como así ocurrió), el cliente perdía al recibir las acciones a un precio superior al de cotización.

Los demandantes mantuvieron la inversión hasta la conversión obligatoria en octubre de 2012 recibiendo 16.975 acciones del Banco Santander.

TERCERO.- PRODUCTO COMPLEJO

Los Valores Santander son un producto complejo.

La Sentencia del TS de 17 de junio de 2016 entiende que los bonos convertibles en acciones son un producto de inversión de carácter complejo. La similitud de los Valores Santander con los Bonos necesariamente Convertibles nos lleva a considerarlo producto complejo.

La citada sentencia del TS analiza la cuestión de la "Complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones" y señala lo siguiente: " Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario , son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos , por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos). 3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión."

También la SAP de Cantabria, Sec. 2, de 17-10-2016 ha considerado que se trata de un *producto no solo complejo, a los efectos legales, sino claramente arriesgado* (como se infiere ya de la redacción previa a la transposición de la Directiva 2000/39/CE, de 21 de abril, que ocasionó la reforma de la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007, y desde luego según el texto del art. 79 bis 8 a) LMV, actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), en el sentido ya indicado por el TS en su reciente sentencia de 17 de junio de 2016..

No hay duda por tanto de que los Valores Santander son un producto de riesgo y complejo.

CUARTO.- NORMATIVA APLICABLE

Cuando se concertó el contrato entre las partes las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE (MiFID) no habían sido traspuestas al Derecho interno lo que se hizo por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV.

No obstante hemos de observar que ya antes de la reforma recaía sobre las entidades bancarias que comercializaban productos financieros complejos una obligación reforzada de informar a sus clientes. El art. 79 de la L.M .V, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.); y el R.D. 629/1.993 perfiló aún más esas líneas desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, recabando de ella los datos que fueran necesarios conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5)

proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3).

QUINTO.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El demandante plantea una acción de anulabilidad por vicio del consentimiento. La entidad demandada con carácter previo invoca la caducidad de la acción.

Ciertamente la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento está sujeta al plazo de cuatro años según artículo 1.301 del Código Civil. El plazo de cuatro años es de caducidad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sec. 2, de 18 de septiembre de 2015 señala que "hoy en día es ya pacífica la doctrina legal que considera ese plazo para el ejercicio de la acción de anulación como de caducidad y no de mera prescripción - *SSTS de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012*. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sec. 4, de 3 de febrero de 2015, señala que "El plazo es de caducidad para las acciones de anulabilidad, según la jurisprudencia actual del TS y la de esta Sala.

En cuanto al día inicial del cómputo del plazo de caducidad se produce con la consumación del contrato según artículo 1.301 del CC.

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.

Es cierto que según doctrina del Tribunal Supremo en contratos bancarios de complejidad como el de autos el día inicial del cómputo del plazo de caducidad no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error.

Así la *STS Sala de lo Civil Pleno, de 12 de enero de 2015*, que en interpretación del *artículo 1301 del Código Civil* en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento y, destacando la considerable complejidad de los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, señala que: " *no puede interpretarse la " consumación del contrato " como si de un negocio simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la " actio nata ", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art.4:113).En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el*

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error ".Este criterio ha sido luego reiterado en otras Sentencias posterior del Tribunal Supremo como la STS de 16 de septiembre de 2015 y más recientemente la STS de 25 de febrero de 2016.

Ahora bien hemos de decir que tal doctrina del TS no puede interpretarse en el sentido de que el plazo de caducidad empiece a computar antes de la consumación del contrato. El TS no dice que el día inicial del plazo de caducidad debe computarse desde que el cliente tenga conocimiento del error sino que no se puede computar antes de ese momento, pero entendemos que es partiendo de que el contrato ya se encuentre consumado conforme art. 1301 del CC.

Como observa la SAP de Jaén de 3-11-2016 la interpretación que de los razonamientos de la STS de 12.1.2015 se desprende no es la de pretender adelantar la referida consumación aun no habiéndose agotado las obligaciones contraídas por las partes, a un cabal y completo conocimiento de los elementos determinantes del error en el consentimiento denunciado, sino precisamente el contrario, y de conformidad, en cumplimiento de la doctrina de la actio nata - art. 1.969 Cc -, entender que ante la creciente complejidad que los referidos contratos financieros y de inversión han ido adquiriendo con el transcurso de los años e interpretando el término de conformidad con la realidad social actual en que habrá de ser aplicado, entender pospuesto ese inicio del cómputo aun habiéndose producido la consumación al momento en que se adquiere dicho conocimiento, refiriéndose por ello a aquel en que se haya producido la suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error por falta de información de la Entidad.

Como dice la SAP de Granada 25-11-2016, interpretar que en los casos en los que puedan aparecer datos para que el error sea presuntamente conocido antes de la consumación del contrato, que el plazo de caducidad puede ser retrotraído a ese momento, va en contra del tenor literal del artículo 1301 del CC y por tanto de la correcta interpretación de dicha doctrina jurisprudencial, que como se desprende de la sentencia de 12-1-2015, lo que pretende es proteger al que ha sufrido el error, posibilitando que no se inicie el cómputo hasta que no haya un

evento que permita presumir que se ha dado cuenta del mismo. En definitiva esta doctrina, que viene a interpretar dicho precepto en relación con la realidad actual y la complejidad de los contratos financieros, no puede posibilitar adelantar el comienzo del cómputo del plazo de caducidad que contempla, a momento anterior al de la consumación del contrato cuando, además, entonces no se conoce cuál será el resultado final del mismo.

La SAP de La Coruña, Sec. 4, de 25-4-2017, señala también lo siguiente:

“En nuestra ST de 13 de julio de 2016 ya razonamos que el criterio que sostenemos no infringe la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero de 2015 , expresamente citada por la 376/2015, de 7 de julio y por la de 16 de septiembre de 2015 . Argumentamos entonces que:

“...la mentada jurisprudencia no señala que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción se deba adelantar a momento anterior a la consumación del contrato, con base a la apreciación de la posibilidad de que los actores tomaran constancia anterior de las liquidaciones negativas efectuadas, en contra de la literalidad del art. art. 1301 IV del CC y jurisprudencia interpretativa que se reitera en las recientes sentencias de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal.

Precisamente lo que se viene a señalar en la mentada jurisprudencia es que el inicio del cómputo del plazo no se identifica necesariamente con la suscripción del contrato, cuando la susceptibilidad de alcanzar la constancia del vicio del consentimiento sólo se genera posteriormente, en relaciones jurídicas de tracto indefinido, o en las que coinciden perfección con consumación, y ello por razones de seguridad jurídica, de las que son buenos ejemplos las preferentes u obligaciones subordinadas de naturaleza perpetua, que imponen la fijación de un dies a quo para el ejercicio de la acción” .

La SAP de Cantabria, Sección 2, de 15-11-2016 indicó *“que la consumación (art. 1301 CC) habría de coincidir con el instante en que se tuvieron que entregar las prestaciones esenciales pactadas, que en este caso coincidiría con el canje o conversión final en acciones, forzosa (finales del año 2015) o voluntaria.”.*

En el caso de los Valores Santander la consumación del contrato no se produce hasta que están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y tal momento no se produce hasta la conversión en acciones. En este momento es cuando el cliente tiene verdadero conocimiento de las consecuencias finales de la inversión, y está en condiciones de plantear la acción judicial. Antes no.

En el caso que nos ocupa la conversión se produjo el 4.10.2012 por lo que a fecha en que fue interpuesta la demanda el 29.09.2016, no habían transcurrido cuatro años, por lo que la acción no se encuentra caducada.

SEXTO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

Analizaremos ahora la cuestión relativa a la falta de legitimación activa de la demandante a causa de la venta de las acciones.

Este juzgador entiende que la venta de las acciones no priva de legitimación activa a la demandante para instar la nulidad de suscripción ni supone una confirmación del contrato.

Los argumentos esgrimidos por la demandada en relación a la falta de legitimación de la actora no son aplicables a una inversión como la que nos ocupa. Por la propia naturaleza de los Valores Santander en caso de nulidad no es posible restituir los mismos títulos adquiridos. Ello es así porque los valores pasaron a ser obligaciones necesariamente convertibles en acciones y posteriormente se transformaron en acciones del Banco Santander. Además la imposibilidad de devolver la prestación recibida por uno de los contratantes cuando el contrato deviene nulo o anulable no es obstáculo insalvable para la procedencia de la acción de anulabilidad como se desprende claramente de los artículos 1303, 1307, 1308 y 1314 del Código Civil. En particular resulta aplicable el artículo 1.307 del Código Civil según el cual el cuando obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha, ya que como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el texto legal, debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos. La venta de las acciones no se pueda atribuir a dolo o culpa del actor pues cuando ordenó la venta de lo hizo porque había precedido un vicio en el consentimiento y con la única finalidad de minimizar pérdidas, y por ello precisamente tampoco implica una confirmación tácita del negocio. Aunque la venta de las acciones formalmente fue fruto de la libre decisión de la actora, debe entenderse íntimamente ligada a la decisión primera de adquirir los títulos bajo error, y al deseo de recuperar lo que fuera posible de su inversión. Difícilmente, en ese contexto y circunstancias, se puede entender que se esté ante una confirmación tácita del contrato, ya que las circunstancias en que se produce la venta distan mucho de una situación libre y voluntaria de la que puede inferirse una intención de convalidación del contrato viciado. Como dijo la STS nº 769/2014 "No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas". Por tanto no hubo confirmación del contrato.

SEPTIMO.- RELACIÓN DE ASESORAMIENTO FINANCIERO

La labor de la entidad demandada no se limitó a la comercialización del producto sino que realizó una labor de "asesoramiento financiero".

Al respecto del concepto de asesoramiento financiero la STS de 20 de enero de 2014, recurso núm. 879/2012, señala lo siguiente: Como

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 29-12-2015, 16-09-2015, 20-01-2014, entre otras muchas) es ya reiterada en el sentido de que los ofrecimientos realizados en contacto personal y directo con el cliente constituyen un servicio de asesoramiento financiero. Y para que haya asesoramiento financiero no es necesario que haya un contrato específico de asesoramiento de carácter remunerado.

Concretamente la STS de 16-09-2015, Recurso Núm. 1879/2013, que: *"Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial, remunerado, como pretende la apelante, ni que esta inversión cayera dentro de un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y Bankinter. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición."*

La STS de 16-11-2016, Recurso Núm. 811/2014, indica *"Para que estemos ante una relación de asesoramiento, en la que la empresa de inversión debe cumplir los rigurosos deberes de información al cliente minorista impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, basta con que la iniciativa de contratar parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición."* Y añade que la relación de asesoramiento no puede ser eludida por el banco mediante la inclusión de cláusulas exoneratorias predispuestas en los contratos que celebre con los clientes, por cuanto que las obligaciones para con sus clientes, en especial los minoristas, derivadas de esa relación de asesoramiento tienen carácter imperativo.

Partiendo de lo anterior en el caso de autos hemos de entender que la entidad demandada realizó un servicio de asesoramiento con el demandante pues no hay razón alguna que nos lleve a pensar que la

iniciativa en la contratación partiera del propio demandante sino del Banco quien le invitó de manera personalizada a la vista de sus circunstancias a suscribir los valores, y el demandante suscribió bajo el influjo del ofrecimiento dado por la entidad demandada en la que confiaban las demandantes.

OCTAVO.- ERROR DEL CONSENTIMIENTO Y DEBERES DE INFORMACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El artículo 1266 del Código Civil establece que «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.- El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.- El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección» .

Nuestro Tribunal Supremo ha establecido [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2015 (Roj: STS 688/2015, recurso 678/2013), 12 de enero de 2015 (Roj: STS 254/2015, recurso 2290/2012) de Pleno , 12 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4440/2014, recurso 2979/2012), 10 de septiembre de 2014 (Roj: STS 4339/2014, recurso 2162/2011) de Pleno , 20 de enero de 2014 (Roj: STS 354/2014, recurso 879/2012), 21 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7843/2012, recurso 1729/2010), 15 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7822/2012, recurso 796/2010), 4 de octubre de 2012 (Roj: STS 6152/2012, recurso 142/2010), 30 de marzo de 2011 (Roj: STS 2144/2011, recurso 1569/2007), 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007), 6 de mayo de 2010 (Roj: STS 2167/2010), 11 de diciembre de 2006 (Roj: STS 7809/2006, recurso 239/2000), 23 de julio de 2001 (RJ Aranzadi 8413), 26 de julio de 2000 (RJ Aranzadi 9177), 10 de febrero de 2000 (RJ Aranzadi 2424), 6 de febrero de 1998 (RJ Aranzadi 408), 6 de noviembre de 1996 (RJ Aranzadi 7912), 14 de julio de 1995 (RJ Aranzadi 6010), y 18 de febrero de 1994 (RJ Aranzadi 1096), entre otras muchas] que para poder declararse la anulabilidad de un contrato por error al prestar el consentimiento, es preciso:

(a) Que recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

(b) Que el error invalidante no sea imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia media o regular

c) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.

(d) Que se pruebe quien lo alega. 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.

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==



En un producto bancario como el de autos la existencia del error está en íntima relación con el cumplimiento deber de información que compete a la entidad bancaria. La falta de esa información puede conducir a la apreciación del error.

La STS de 8-7-2014 señalaba que *“A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:*

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

5 . En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012).”

Se ha destacado por las SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Por otro lado cuanto menor sea la experiencia y conocimiento previo que el cliente tenga del mercado de valores, mayor habrá de ser el esfuerzo del profesional hasta cerciorarse que aquel ha comprendido cabalmente las características del producto y el riesgo que asume si decide formalizar la inversión; ahora bien, cumplido inequívocamente ese estándar de información, corresponde al cliente tomar la decisión que entienda más oportuna, sea cual sea su experiencia y grado de conocimiento del mercado de valores.

NOVENO.- INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

Llegados a este punto la cuestión radica en determina si la demandada informó adecuadamente al demandante sobre las características y riesgos del producto, y examinada la prueba concluimos que no está probado que así lo hiciera.

Llegamos a tal conclusión, tomando en consideración los últimos pronunciamientos judiciales tanto del Tribunal del Supremo (STS de 17-6-2016 sobre bonos convertibles en acciones), como de la Audiencia Provincial de Cantabria (SAP Cantabria, Sección 2, de 19-7-2016 y de 3-2-2017 y SAP de Cantabria, Sección 4, de 3 de mayo de 2016).

Hemos de partir de las siguientes consideraciones:

- La empresa demandante no tenía experiencia financiera previa suficiente para ser considerada un experto inversor. Es cierto que la demandada ha recurrido a productos con riesgo de perdido de capital. Pero ello no le atribuye la condición de experto. Hay que tener presente que para valorar la experiencia financiera que el demandante tenía al suscribir los Valores Santander, es obvio que únicamente cabe tomar consideración aquellos productos contratados antes la suscripción. Por otro lado los **Valores Santander son un producto complejo, y no se asemejan ni a las acciones que, aunque es producto arriesgado, es sencillo ni tampoco a los fondos de inversiones cuyo riesgo es variable según el tipo de fondo pero en todo caso fácilmente reconocible para el inversor no experto.** En cuanto a las participaciones preferentes, si son un producto complejo, pero no guardan similitud con el producto que nos ocupa, y las SSTS núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 489/2015, de 15 de septiembre han señalado que el hecho de tener un patrimonio considerable, o que el cliente hubiera realizado algunas inversiones previas no lo convierte tampoco en experto, puesto que no se ha probado que en

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

esas inversiones anteriores se le hubiera dado una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco, sin que la entidad pruebe que la información que dio al cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

Por otro lado la empresa es una PYME del ámbito agrícola que se vale, como otras muchas, de los productos que ofrece el mercado financiero. Pero su actividad no se centra en el ámbito financiero y no merece ser considerado un experto inversor. La formación en empresariales de quien contrató en nombre de la demandante (D.) o el hecho de haber sido administrador de otras sociedades no le ofrece tampoco un conocimiento experto en finanzas pues no hay que confundir el ámbito empresarial con el financiero.

Por tanto no se acredita que el cliente tuviera una experiencia inversora suficiente para conocer este producto. El conocimiento que pudiera tener antes de la contratación dependía exclusivamente de la información que le diera la entidad cuya normativa le obliga a observar unos estándares muy altos en la información que han de dar a los clientes, potenciales o efectivos

Siguiendo la STS de 17-6-2016 por la semejanza del producto en ella analizado (“Bonos Necesariamente Convertibles”) con el aquí estudiado diremos que en este tipo de productos el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario, por ello el quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los valores, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido todo o parte de la inversión.

La carga de la prueba incumbía a la demandada (art. 217 LEC).

Sin embargo como analizaremos a continuación no lo ha probado:

La orden de suscripción es escueta y no ofrece muchos datos limitándose a recoger los datos de la entidad y del inversor, el número de títulos invertidos y el importe. Es cierto que al pie del documento se indica que el cliente manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de la orden, el tríptico informativo así como se le ha indicado que el resumen y el folleto completo están a su disposición, y que manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander, sus complejidades y riesgos. Pero tales formulas predispuestas carecen de valor porque, como señala la STS de 17 de diciembre de 2015, “La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08	Firmado por: JAVIER GOMEZ, María Victoria Quintana
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html	Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente.”

En cuanto el Tríptico resumen incluye información tipo utilizada en todos los casos, sin distinguir la formación del destinatario que garantice un grado mínimo de entendimiento del producto y sus riesgos. **Resulta de compleja comprensión para una persona sin conocimientos en finanzas y no hace fácilmente comprensible el riesgo de pérdida del capital invertido.** Se requería un labor de la entidad tendente a desgranar lo relevante y hacer comprensible al cliente el contenido del tríptico sin limitarse a entregar el documento, y detallando los riesgos de la operación de manera perfectamente visible. Cierto es que recoge unos ejemplos teóricos de rentabilidad pero uno se refiere a un escenario de canje obligatorio que resulta positivo para el cliente y otro a un escenario de canje voluntario que es negativo para el cliente. **Un cliente no experto puede extraer de los ejemplos la errónea conclusión de que si espera al canje de 2012 no iba a tener pérdidas de capital, y ello porque no se recoge el escenario que debió ser debidamente explicado al cliente consistente en la posibilidad de un resultado negativo en la conversión obligatoria,** debido a que una eventual bajada en el valor de la acción perjudicaría en la conversión obligatoria al cliente, y que tal bajada era posible que ocurriera. Sin embargo no se hace así, y es el cliente no experto el que tiene que deducirlo de un folleto nada fácil de entender para quien no está habituado a esa terminología. Y no se trata de que el cliente pida explicaciones porque la obligación informativa es de carácter activo, no de mera disponibilidad, por lo que no hay que esperar a que la información la solicite cliente porque no sabe qué información necesita. La obligación se impone a la empresa de servicios de inversión, que es quien debe facilitarla, sin que pueda desplazarse este deber sobre los inversores.

En este sentido la SAP de Cantabria, Sección 2, de 3 de febrero de 2017 indica que *“En cuanto al tríptico de la emisión, que en esa misma cláusula se dice entregado, debe recordarse que según las exigencias legales del instante de la contratación, debía de cumplir con los parámetros del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que expresamente indicaba que “El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores”, espíritu que más tarde, por el art. 64 RD 217/2008, se precisa aún más al indicar que deberá contener “una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”*

En el caso que nos ocupa el tríptico no cumple con estas prescripciones pues es suficientemente complejo para un cliente no experto, y no contiene una expresión clara, destacada, precisa y por tanto fácilmente comprensible del riesgo de pérdida del capital invertido.

Por todo ello entendemos que la documentación aportada no acredita que al demandante se le ofreciera una información adecuada sobre los riesgos del producto.

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

La testifical del empleado de la demandada tampoco prueba que al demandante se le facilitara una información suficiente. Las manifestaciones de los empleados de la demandada más que tener valor de prueba testifical, lo tienen como prueba de confesión (art. 309 LEC). Y no es razonable conceder valor probatorio a las declaraciones del confesante que resultan beneficiosas para él, ni otorgar crédito a los testigos que mantienen o han mantenido una estrecha relación profesional con la parte que los propone (SAP Cantabria, Sec. 4, de 3-5-2016). Dicha testifical es insuficiente para probar el cumplimiento de los deberes de información por estar el testigo obligado a facilitar tal información y ser, por tanto, responsable de la omisión en caso de no haberla facilitado (así, STS de 9 de diciembre de 2015).

Por todo ello concluimos que en el caso autos no consta que la entidad demandada prestara la información necesaria a la demandante.

DECIMO.- CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DEL INFORMACIÓN. NULIDAD POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

No se ha probado, y la carga de la prueba es de la entidad demandada, el cumplimiento de los deberes de información que correspondía a la misma.

Se considera que, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la nulidad radical, si bien no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error, error que debe recaer sobre el objeto del contrato, que en este caso afecta a los concretos riesgos asociados.

El Tribunal Supremo viene entendiendo que el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera permite presumir la falta de conocimiento suficiente del cliente lo que determina un error en el consentimiento que es excusable al cliente.

En este sentido la STS nº 319/2016 de 3 de febrero de 2016 señala lo siguiente:

“Conviene aclarar, como ya hicimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos, hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

...

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Y, como también hemos recordado en otras ocasiones, «el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014). Pero esta misma jurisprudencia, entiende que en casos como el presente, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

En el caso de autos el deber de información obligaba a la entidad financiera demandada a suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que comprendiera una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos a la vista de su condición de inversor no experto. Pero no consta que lo hiciera lo que, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, permite entender que la demandante suscribió los “Valores Santander” bajo una representación mental equivocada sobre riesgos de la inversión plenamente imputable al incumplimiento por la entidad demandada de sus deberes de información.

Por ello procede declarar la nulidad del contrato por error constitutivo de vicio en el consentimiento. Se cumplen los requisitos previstos en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil sobre el error como vicio de consentimiento, y la interpretación que de los mismos ha dado la jurisprudencia, en relación con el requisito de su esencialidad (que recaiga sobre la sustancia de la cosa) e inexcusabilidad. **El error es esencial pues recae sobre el riesgo del producto financiero que se adquiere y resulta inexcusable desde el momento en que la parte demandada infringe el deber de información. Y es que esa falta de información fue lo que originó el error en la actora respecto a la finalidad perseguida a la hora de su suscripción.**

DECIMOPRIMERO.- CONFIRMACIÓN

No es aplicable la doctrina de los actos propios ni la confirmación del art. 1309 del CC cuando el acto al que supuestamente habría quedado vinculada la parte, esto es, el contrato de compra de Valores Santander, está viciado por deficiencias en la formación del consentimiento, como en este caso. Si la persona estaba en la falsa creencia de tener lo que en realidad no tenía, únicamente desde que toma conocimiento de la realidad, está en condiciones de ejercitar de efectuar actos convalidantes o de renuncia a la reclamación. En cualquier caso la mera percepción periódica de rendimientos sobre un producto no tiene en un significado convalidador

pues no equivale a estar conforme con el mismo. Tampoco la venta de acciones convalida el contrato cuando su finalidad se encuentra en minimizar pérdidas.

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia reiteradamente (por ejemplo Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6, de 9 diciembre de 2015, Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sec. 1, de 24 de noviembre de 2015 Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sec. 3 de 10 de julio de 2015).

Recientemente la STS de 6 de octubre de 2016 ha señalado que la percepción de rendimientos por el inversor no supone un acto propio que impida el ejercicio de la acción de nulidad por vicio del consentimiento. Ni tampoco confirmación del acto viciado, puesto que solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste.

También la SAP de Cantabria, Sección 2, de 3 de febrero de 2017 ha señalado al respecto lo siguiente:

“Por último, sostiene la entidad demandada que en todo caso el contrato habría sido convalidado por la conducta posterior del adquirente, que fue puntualmente informado de la evolución de su inversión, de la valoración del producto en cada momento y de la conversión en acciones, soslayando con tal argumentación que la convalidación de los contratos, como expresa la STS de 6 de Octubre de 2016, “solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil.”; que los actos propios que vinculan no son cualesquiera, sino solo los que causan estado y no son fruto de un error (12 Diciembre 2013, 21 Junio 2011), lo que no es del caso; y que los actos de confirmación del contrato viciado deben ser realizados una vez cesado el vicio y con conocimiento del mismo, además de ser manifestación, expresa o tácita, de una voluntad de confirmación clara e inequívoca, en términos tales que sea un acto propio del legitimado para instar la nulidad que implique “necesariamente” (art. 1311 CC) la voluntad de renunciar a la acción. En el presente caso no puede considerarse convalidado el contrato por el hecho de que el adquirente percibiera durante el tiempo correspondiente los intereses propios de los “valores”, pues ello no se acredita realizado con pleno conocimiento del error en que incurrió a realidad del producto ni aun considerando las notificaciones fiscales y las comunicaciones giradas por la recurrente, como tampoco por el hecho de la venta de las acciones con finalidad, evidente dadas las circunstancias, de aminorar las pérdidas sufridas por la conversión, no cabiendo deducir de tales actos necesariamente una voluntad de renunciar a la acción.”

En consecuencia procede estimar la demanda.

DECIMOSEGUNDO.- COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC al haberse estimado íntegramente la demanda procede condenar en costas a la parte demandada.

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

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por .. contra BANCO SANTANDER S.A., debo realizar y realizo los siguientes pronunciamientos:

1) DECLARO la nulidad del contrato de suscripción de 44 títulos de “Valores Santander” por importe total de 220.000 euros celebrado entre las partes en septiembre de 2007.

2) CONDENO a la entidad demandada a devolver a la parte actora el importe satisfecho para la inversión (220.000 euros) más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción.

Dicha cantidad deberá minorarse con los rendimientos brutos obtenidos por la demandante por los valores Santander, así como con los dividendos en metálico que hubiese recibido de las acciones Santander, entregadas en concepto de canje, más los intereses legales de todas esas cantidades desde la fecha de su percepción.

Igualmente, la demandante deberá restituir las acciones recibidas o, en el caso de las que vendió, el importe obtenido con su enajenación más los intereses legales que sobre dicho importe se devenguen desde dicha enajenación.

Se condena a Banco Santander al pago de todas las costas causadas en el procedimiento.

Contra esta resolución cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante este Tribunal, por escrito, en plazo de **VEINTE DIAS** contados desde el siguiente a la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la interposición del recurso se deberá exponer las alegaciones en que base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

La admisión de dicho recurso precisará que, al prepararse el mismo, se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANCO DE SANTANDER nº 3857000004100616 con indicación de “recurso de apelación”, mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Fecha y hora: 28/06/2017 12:08

Firmado por: JAVIER GOMEZ, María
Victoria Quintana

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html>

Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de24198821YAAA==

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://justicia.cantabria.es/consultaCSV.html	Fecha y hora: 28/06/2017 12:08
Código Seguro de Verificación 3907542001-f233e9ca9512bf571a7e3852de2419882iYAAA==	Firmado por: JAVIER GOMEZ, María Victoria Quintana

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por el Sr./Sra. Letrado/a de la Admón. de Justicia su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia doy fe .