



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2

SORIA

SENTENCIA: 00120/2016

AGUIRRE 3

Teléfono: 975 213248, Fax: 975 224691

Modelo: N04390

N.I.G.: 42173 41 1 2016 0000827

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2016

Procedimiento origen: DILIGENCIAS PRELIMINARES 0000205 /2013

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. ----- Procurador/a Sr/a. JULIAN SAN JUAN PEREZ, JULIAN SAN JUAN PEREZ

Abogado/a Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON, GISELA BERNALDEZ BRETON

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER S.A. SUCURSAL 0024

Procurador/a Sr/a. NIEVES ALCALDE RUIZ

Abogado/a Sr/a. DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZA

S E N T E N C I A N°120/2016

En Soria, a Veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. Fernando MONTOJO MICÓ**, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguido ante este Juzgado bajo el número **139/2016**, a instancias de -----, representados por el Procurador **D. Julián SAN JUAN PÉREZ** y asistidos de la Letrada **D^a María Gisela BERNÁLDEZ BRETÓN**, contra "**BANCO SANTANDER**", **S. A.**, representada por la Procuradora **D^a María Nieves ALCALDE HERNÁNDEZ** y defendida por el Letrado **D. David FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de mayo del presente año 2016 el Procurador de los Tribunales **D. Julián SAN JUAN PÉREZ**, en nombre y representación de ----- y bajo la dirección jurídica de la Letrada **D^a Gisela BERNÁLDEZ BRETÓN**, presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad demanda de Juicio Ordinario (folios 4-128 de las presentes actuaciones) contra "**BANCO SANTANDER**", **S. A.**, en la que solicitaba:

--con carácter principal, que se declare la nulidad absoluta de la orden de suscripción de VALORES SANTANDER núm. ----- por un importe de 450.000,00 € (CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL euros), al estar cursada el día 7 de septiembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del producto financiero por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (19 de septiembre de 2007) y ser contraria a la norma imperativa de los artículos 26.1 y 30 bis de la Ley de la Ley del Mercado de Valores, se declare nulo el canje efectuado y se ordene el reintegro de las cantidades entregadas más el interés legal, sin que los actores tengan que reintegrar las cantidades

Firma válida

Firmado por: CN=VIÑARAS GIMENEZ
MARIA
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J

Firma válida

Firmado por: MONTOJO
FERNAND
OU=FNMT Clase 2 CA, O=FNMT, C=ES
Minev



obtenidas como rendimiento del producto, con deducción del valor de las acciones a fecha de ejecución de sentencia;

--con carácter subsidiario, que se declare la nulidad relativa de la orden de suscripción de VALORES SANTANDER núm. -----, al existir un vicio esencial en el consentimiento, provocado por la falta de información suficiente en la comercialización del producto, contraviniendo las normas contenidas en el Real Decreto 629/1993 y en la Ley del Mercado de Valores y facilitando una información defectuosa sobre los riesgos de la inversión, provocando la creencia de que lo que se firmaba era un producto con una probabilidad casi total de comportarse como renta fija a plazo de un año, con una posibilidad residual de ser una 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 del contrato y del precio con el interés;

--con carácter subsidiario de segundo grado, que se declare la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones, estimados provisionalmente en 290.278,00 € (DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO euros), por ser el capital perdido calculado por la diferencia de lo invertido con el valor de las acciones a fecha de sentencia;

--que se condene a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Turnada la demanda a este Juzgado, se admitió a trámite, por Decreto del día 9 siguiente (folios 769-770), en el que, entre otros extremos, se ordenó el emplazamiento de la entidad financiera demandada con traslado de la demanda por veinte días, para que la contestara, caso de desearlo.

TERCERO.- Mediante escrito del día 8 de junio (folios 779-826) la Procuradora de los Tribunales **D^a María Nieves ALCALDE RUIZ**, en nombre y representación de "**BANCO SANTANDER**", **S. A.** y bajo la dirección jurídica del Letrado **D. David FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA**, contestó la demanda, oponiéndose a sus pedimentos y solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Señalada la audiencia previa al Juicio, tras dos aplazamientos (folios 1375-1377, 1385 y 1398) para el día 19 de septiembre último, en la fecha indicada se celebró, en efecto, aquélla, a la que comparecieron las partes con las representaciones y defensas ya indicadas, si bien la Letrada **D^a Ariadna CRESPO EZCURA** sustituyó en la defensa de la entidad financiera demandada a su compañero **D. David FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA**.

Las partes se mantuvieron en sus respectivos posicionamientos, llegándose así al período probatorio.

La Letrada de los actores, **Sra. BERNÁLDEZ BRETÓN**, propuso prueba (folios 1417-1420) DOCUMENTAL (dando por reproducidos



los documentos acompañados con la demanda; por aportación de diversas sentencias recientes; para que se requiriera a la contraparte de aportación de: IMPRESIÓN DEL REGISTRO INFORMÁTICO DE LA ORDEN NÚM. -----, según instructa

aportada; IMPRESIÓN DEL TERMINAL realizada por el SISTEMA PARTENON, según instructa aportada; DOCUMENTO AUTORIZADO POR LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES VIGENTE EN EL AÑO 2007, en el que se autorice a hacer reservas con anterioridad a la aprobación del Folleto y Nota de Valores de una Oferta Pública de Venta de Valores; ORIGINAL DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN firmada por la demandante el 7 de septiembre de 2007; COPIA FIRMADA DEL TRÍPTICO INFORMATIVO CON CONSTANCIA DEL RECIBÍ; VALORACIONES TRIMESTRALES DE LOS AÑOS 2007, 2008 Y DOS PRIMEROS TRIMESTRES DE 2009; NOTA DE VALORES DE LA AMPLIACIÓN DE 4.000 MILLONES, que debió realizarse hasta el 27 de julio de 2008; CONCLUSIONES DEL INFORME DE AUDITORÍA PREVIO A LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE -----; y expediente abierto a -----); y TESTIFICAL, de -----
----- . Prueba que se admitió, con excepción de los testigos citados en primer y cuarto lugar, esta última por fallecimiento.

La Letrada de la entidad financiera demandada, **Sra. CRESPO EZCURA**, propuso prueba (folios 1497-1498) DOCUMENTAL (dando por reproducidos los documentos aportados con la contestación y con aportación de otros que se enumeraban); y TESTIFICAL, de ----- . Prueba que se admitió.

QUINTO.- Señalada la vista del Juicio para el día 3 de noviembre último, en ella se practicó la totalidad de la prueba oral propuesta y admitida.

SEXTO.- En la tramitación y sustanciación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda contra la mercantil "**BANCO SANTANDER**", **S. A.** para que se declare nulo o, en su caso, anulable, el contrato de suscripción de la orden de compra de "**VALORES SANTANDER**" de fecha 7 de septiembre de 2007 por importe de 450.000,00 € (CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL euros), así como el canje por acciones, por error en el consentimiento, debiendo restituirse las cantidades entregadas más el interés legal, y, subsidiariamente, por incumplimiento contractual, con indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a la restitución a la actora de una cantidad que provisionalmente se valora en 290.278,00 € (DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO euros), por



ser el capital perdido calculado por la diferencia de lo invertido con el valor de las acciones a fecha de sentencia.

SEGUNDO.- La parte demandada, **"BANCO SANTANDER", S. A.**, refiere que la calificación de minoristas de la actora y su difunto esposo no los convierte en personas no aptas para la adquisición del producto financiero de autos; que el inversor (actualmente fallecido) adquirió el producto conociendo sus características, al tratarse de una inversión similar a otras que ya había efectuado con asunción de riesgos; que el perfil del esposo de la actora no se ajusta a lo señalado en la demanda; que la relación que une a las partes no es la de asesoramiento, al no estar firmado contrato alguno en tal sentido; y que se transmitió a los compradores información suficiente sobre el producto con anterioridad a la operación de compra.

TERCERO.- En cuanto al tipo de producto objeto de litigio y sus características principales, la emisión de VALORES SANTANDER por importe de 7.000.000.000 €⁸³⁶⁴, se hacía con garantía del propio BANCO SANTANDER, en el marco de una OPA sobre "ABN Amro", formulada por un Consorcio formado por **"BANCO SANTANDER", "ROYAL BANK OF SCOTLAND" y "FORTIS"**, a cuyo fin la Junta General de Accionistas de **"BANCO SANTANDER"**, de 27 de julio de 2007, había autorizado un aumento de capital inicialmente de 4.000.000 €⁸³⁶⁴, para financiar parcialmente dicha OPA, condicionándose los efectos de la emisión al resultado de la OPA, de modo que, si no se adquiría "ABN Amro", se amortizarían los títulos el 4 de octubre de 2008, con reembolso de su capital nominal (5.000 €⁸³⁶⁴ por título), y, si se adquiría dicha entidad, los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias "SANTANDER" de nueva emisión, siendo el canje de los Valores y la conversión de las obligaciones simultáneos, de modo que el inversor recibiría acciones "SANTANDER" cuando ocurriese el canje, previéndose canjes voluntarios el 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011 y también en cualquier momento, siempre que el Banco decidiese no pagar remuneración pudiendo pagarla, y el canje obligatorio el 4 de octubre de 2012 y también en los supuestos de concurso, liquidación o situaciones similares del emisor.

La remuneración pactada, pagadera por trimestres vencidos, era del 7,30% hasta el 4 de octubre de 2008, y del euribor más el 2.75% desde entonces, condicionándose la remuneración a la existencia de beneficio distribuible; y, para la conversión, la acción "SANTANDER" se valoraría al 116% de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles; los Valores quedaban subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluida deuda subordinada y participaciones preferentes, y cotizarían en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid.

Y, sobre todo, **lo más relevante**, como se pone de manifiesto en la demanda con todo lujo de detalles, es que el **valor de las acciones que finalmente se adquirirían, dependían de una sucesión de decisiones cuya adopción dependía**



exclusivamente del Banco, que podía elegir el momento durante un período de diez meses: era, pues, absolutamente imposible conocer a priori, ni aun con carácter aproximado, cuál habría de ser el valor de tales acciones. Y de esta circunstancia nunca se informó a la actora ni a su esposo.

CUARTO.- El contrato que aquí nos ocupa se suscribió en el año 2007, es decir, con carácter previo a la transposición de la normativa MIDIF; sin embargo, la Ley del Mercado de Valores, en su redacción anterior a la reforma de 2007, declaraba en su artículo 2.b) incluidos en su ámbito de aplicación **"...los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés o cualquier otro tipo subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la norma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no"**.

QUINTO.- Respecto al contenido y exhaustividad del aludido deber de información, puede citarse, entre otras muchas, el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª, de 7 de enero de 2015, que señala:

"Para determinar las obligaciones de la entidad financiera en relación con la información que debía suministrar a la cliente, conviene identificar el marco legal de aplicación al caso que nos ocupa y que, dada la fecha de la documentación contractual, aun no fechada, parecería que se correspondía con la época de finales del 2007, cuando todavía no se había promulgado la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988 y el Capítulo I del Título VII, que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva 2006/73/CE, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva; y la Directiva 2006/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito".

Por tanto, el marco legal se encontraba en la propia Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, cuya finalidad era desarrollar varios preceptos de la misma, entre ellos, el artículo 78.

Ahora bien: ya había pasado el plazo para trasponer al Derecho español la Directiva 2004/39/CE, pues, de acuerdo con el artículo 70, los estados miembros tenían dos años para incorporarla al Derecho interno, lo cual no se hizo por el



Estado español hasta que por la Ley 47/2007 se modificó la Ley del Mercado de Valores, con lo cual, si dicha Directiva se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 30 de abril de 2004, el día 1 de mayo de 2006 ya era de aplicación directa, con lo cual en la fecha de la formalización del contrato o de la orden de suscripción, tal Directiva estaba en vigor.

No obstante, debe plantearse hasta qué punto el efecto directo de una Directiva no transpuesta en el plazo establecido, es de aplicación a las relaciones entre particulares, pues entre particulares y el Estado miembro el efecto directo es incuestionable.

En esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha evolucionado hasta sentar una serie de premisas fundamentales. En primer lugar, en la noción amplia del concepto de Estado como sujeto obligado a hacer efectiva la Directiva y, consecuentemente, a proteger los derechos de los particulares que nazcan de dichas Directivas, se ha incluido a los jueces nacionales: en las situaciones en las que interviene el Estado a través de sus jueces, el mismo está obligado a alcanzar el resultado de la Directiva. Ante la falta de transposición, o en caso de transposición incorrecta por los poderes públicos competentes, se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de tomar las medidas necesarias para alcanzar en el litigio concreto en resultado querido por la Directiva. El juez, en nombre del Estado, hará respetar las obligaciones adquiridas por el Estado aplicando la Directiva. El juez nacional no puede dictar sentencias contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria.

Esta nueva vía para completar los efectos de las Directivas se basa en la obligación del juez, aplicable a toda situación en que esté en juego una norma comunitaria, de interpretar el Derecho nacional conforme a la norma comunitaria (Sentencias de 20 de mayo de 1976, caso MAZZALAI; de 10 de abril de 1984, caso VON KOLSON y KAMANN; de 20 de septiembre de 1988, caso GREBOEDERS BEENTJES).

La obligación de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria, cobra especial trascendencia cuando tal norma comunitaria es el precepto, preciso e incondicionado, de una Directiva no transpuesta en plazo, o transpuesta incompleta o defectuosamente. Dado que los jueces nacionales, como autoridades del estado miembro, tienen la obligación de contribuir a lograr el resultado de la Directiva, deben interpretar el Derecho nacional anterior a la Directiva como el posterior, introducido o no, para transponer la Directiva, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva.

En este sentido es especialmente importante la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (caso MARLEASING). Dicha sentencia fue dictada para resolver la cuestión prejudicial planteada por un juez español en el curso de un litigio planteado entre dos sociedades mercantiles privadas, por lo que se trataba de la aplicabilidad de una norma de una Directiva comunitaria no transpuesta, a una relación horizontal.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien en el apartado 6º de la sentencia recordaba la afirmación contenida en la sentencia de 26 de febrero de 1986 (caso MARSHALL) de que *"...una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona"*, sin embargo en el apartado 8º transcribe la declaración hecha en la sentencia de 10 de abril de 1984 (caso VON COLSON y CAMANN) en los siguientes términos:

"La obligación de los estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber... ..de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales".

Tras esto, la sentencia afirma que

"...de ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esta forma, atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado de las Comunidades Europeas".

Basándose en dicho razonamiento, y teniendo en cuenta que la cuestión prejudicial planteada versaba sobre la prohibición contenida en el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las legislaciones nacionales en ciertas materias de Derecho de sociedades, de declarar la nulidad del contrato creador de una sociedad anónima por causas distintas a las enumeradas taxativamente en dicho precepto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló que

"...el juez nacional... ..está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en el artículo 11".

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone al Juez nacional, como poder del Estado obligado a alcanzar el resultado buscado por la Directiva no transpuesta, que interprete su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para obtener el efecto útil buscado por dicha Directiva.

La diferencia, pues, entre la eficacia de las normas claras e incondicionales de una Directiva no transpuesta en una relación vertical y en una relación horizontal, cada vez se han hecho más tenues.

Por otra parte, no es preciso que se haga una invocación expresa de la norma comunitaria, en este caso la Directiva, por alguna de las partes del litigio que se sigue ante la jurisdicción nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión



Europea se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicación por el Juez nacional de una Directiva comunitaria aun cuando la misma no haya sido invocada por el justiciable. En la Sentencia de 10 de julio de 1991 (caso VERHOLEN) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falló que

"...el Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho nacional a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el órgano jurisdiccional nacional los derechos que la confiere la Directiva".

SEXTO.- Dicho lo anterior y entrando en el análisis del Derecho vigente en el momento de suscripción de los Valores, nos encontramos que el artículo 2 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, establecía que

"Todas las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto deberán cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados".

Ambas legislaciones pivotan sobre dos principios fundamentales: el primero la lealtad con la que debe actuar el Banco con su cliente, encaminado a **ofrecerle productos financieros o de inversión que se adecuen a sus necesidades** y para ello deben obtener la información adecuada de su actividad, lo que se denomina **test de conveniencia**; y el segundo relativo a la debida información del producto que se adecue a tales necesidades. Pues bien, si ello es así, es claro que el Real Decreto citado puede ser aplicado e interpretado de acuerdo con la Directiva 2004/39/CE, más precisa en la regulación de dichos dos principios, pues en definitiva ambas obligaciones ya las instauraba dicho Real Decreto.

A la vista del contenido del contrato u orden de suscripción firmada, cuya nulidad se pretende, estaría sometido a la regulación de dicha legislación especial, la cual, como hemos dicho, modula los principios generales de la contratación civil sobre la prestación del consentimiento en la suscripción de los contratos sometidos a la misma, **debiendo entenderse, a la vista del contenido de toda la referida legislación, que se trata de normas imperativas y que, relacionándolo con el presente caso,** las sociedades de inversión deben cumplir las obligaciones que en dicha legislación se establecen antes de contratar con sus clientes un producto financiero, de tal forma que quienes presten servicios de inversión deberán respetar las normas de conducta contenidas en la misma y su incumplimiento no sólo generará la sanción administrativa correspondiente, sino que provocará la existencia de vicios en el consentimiento, como mantiene la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.



Y en la precisión de tales normas de conducta la Directiva europea parte de la distinción de los distintos clientes entre profesionales y minoristas. A la vista de lo que dispone tal regulación sobre los requisitos para que un cliente de la sociedad de inversión pueda considerarse como profesional, no puede llegarse a otra conclusión sino la de que la demandante y su difunto esposo no eran clientes profesionales, pues no concurren ninguno de los supuestos para catalogarlos como tales, ni existen elementos para presumir la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

SÉPTIMO.- En cuanto a la **carga de la prueba** del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, **debe pesar sobre el profesional financiero** (véase, entre otras muchas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 12 de julio de 2012), respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico, por cuanto desde la perspectiva de estos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de abril de 2006). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 16 de mayo de 2013, reitera la doctrina jurisprudencial y señala que

"La carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega", para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

OCTAVO.- En relación a la **acción principal**, debemos distinguir entre nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La **nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo ésta apreciable de oficio, insubsanable y con efectos frente a todos**. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio, hasta que sea anulado, produce todos sus efectos.

En este caso procede examinar con carácter previo si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la apreciación de la **nulidad contractual, instada con carácter principal**, y, por tanto, la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1261 y 1266 del Código Civil, es lugar común exigir la concurrencia de los requisitos que seguidamente se examinan.

--En primer lugar se sostiene que el error ha de ser esencial. Requisito éste que viene exigido por el propio artículo 1266 del Código Civil al disponer 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". Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que, para decretar la nulidad del contrato, el error padecido en la formación de la voluntad sea esencial. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978, según la que "para que el error del consentimiento invalide el contrato... ..es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración".

--En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, considerada como la resolución que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Así, se indica que, para ser invalidante, "...el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable; requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del mismo Código Civil. Es inexcusable el error (de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982) cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales --se continúa-- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias o condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (v. gr., anticuarios en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, o construcciones en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es, por el contrario, menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982) y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte



coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa, se concluye”.

--Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las resoluciones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento, que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual, pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1978, que señala que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1994, que indica que “es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar”; Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997, que afirma que “el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación”; o, en fin, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004, que reconoce que “no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

NOVENO.- A la vista de la prueba practicada debe concluirse que la información que se aportó al difunto esposo de la actora y a esta misma, en relación a la suscripción del producto litigioso, es claramente insuficiente; debe tenerse en cuenta que la contratación se realiza sin que conste que por los empleados de la entidad bancaria (concretamente por -----) se ofrezca información precontractual alguna del producto, ni consta que se les indiquen las características del mismo.

De esta forma existe un vacío probatorio sobre la forma en que se comercializó el producto, ya que, si bien consta firmado el documento de la orden de compra (folio 144), se trata de un documento estereotipado que únicamente incluye varias referencias a las características del producto, omitiendo referencias a los riesgos concretos del mismo; y debe ser la entidad demandada la que concrete en los términos expresados en la normativa del mercado de valores, es decir, de forma comprensible, clara, correcta, precisa y suficiente, cuáles son esos riesgos y cuál es el escenario en que pueden producirse; debiendo señalar que el contenido del contrato dista mucho de tener ese carácter comprensible y claro, teniendo un contenido de dificultosa lectura para el cliente medio; a este respecto, en caso semejante se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de julio de 2015, que señala:



"La única documentación informativa que se ha acreditado fuera entregada a la parte actora en relación con la compra de VALORES SANTANDER, viene constituida por el propio contrato de suscripción en los términos que revelan el documento núm. 1 de la demanda (folio 22), en el que tan sólo viene reflejado el número de cuenta, los nombres completos y NIF de ambos contratantes y el importe solicitado. De forma predeterminada y con carácter genérico, la entidad demandada incluye en dicha orden de suscripción la siguiente mención: <<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 Comisión Nacional del Mercado de Valores en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están 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'>>.

"Resulta tal mención una fórmula estereotipada, que en modo alguno justifica la prestación de la información a los consumidores y que tampoco refleja que se les haya dado con anterioridad cualquier otra documentación informativa, sin que a tales efectos pueda ser tenido en cuenta el Tríptico Informativo (folio 173) que la entidad bancaria acompañó a su contestación a demanda como prueba documental, no sólo por el hecho de que ese documento no aparezca suscrito por ninguno de los demandantes, sino además, y en especial, porque en prueba testifical el empleado de la entidad **BANCO DE SANTANDER**, ----, reconoció que dicho tríptico se entregaba en el mismo momento en que se firmaba el contrato, pese a que ese documento era el que contenía la información del producto. Añadió el testigo que el resto de las menciones del contrato fueron completadas por la propia entidad bancaria en un momento posterior a la contratación, ya en el momento en que la orden de suscripción iba a ser enviada a la central de la entidad bancaria.

"Por tanto, las menciones que se hacen constar en el apartado '**Observaciones**' que ha sido transcrito, no resultan acordes con la realidad, ya que los Sres. -----, antes de la firma de la orden no recibieron, ni por tanto pudieron leer, el tríptico informativo.

"Y en relación con el resto de las manifestaciones que se contienen en dicho apartado de '**observaciones**', cabe traer de nuevo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, en la que se indica: '**Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la Sentencia núm 244/2013, de 18 de abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de**



menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente”.

“En todo caso, la información a los clientes ha de ser ofrecida en el marco de la negociación, y por tanto con anterioridad a la contratación, de manera que esa información sobre el producto --clara, correcta, precisa y suficiente, en palabras del Tribunal Supremo-- sea entregada a tiempo de evitar su incorrecta interpretación.

“De igual modo, dada la operativa de la entidad, en la que el producto fue puesto a la comercialización antes de la aprobación del folleto de emisión, debe examinarse en el contenido de la Manifestación de interés Valores Santander, que figura como documento núm. 1 de la demanda y núm. 3 de la contestación a la demanda, firmado por el actor con anterioridad a la compra del producto; respecto a esa manifestación la Sentencia antes referida continúa diciendo:

‘Esta falta del cumplimiento de la obligación de información previa por parte de la entidad BANCO SANTANDER, S. A. no resulta contradicha por el documento obrante al folio 147 del tomo 2 de los autos, en el que bajo el título MANIFESTACIÓN DE INTERÉS VALORES CONVERTIBLES. DOCUMENTO A FIRMAR POR LOS CLIENTES INTERESADOS, que efectivamente tiene la firma de ---, se hace constar por la entidad bancaria lo siguiente: ‘Manifiesto mi interés en conocer, tan pronto esté aprobado el correspondiente folleto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las características detalladas de los valores subordinados convertibles en acciones de BANCO SANTANDER cuya emisión fue autorizada por su Junta General Extraordinaria el pasado 27 de julio. Este documento no es una Orden de Suscripción, sin perjuicio de que, una vez conocidas las características de los valores, pueda eventualmente decidir suscribirlos, por una cantidad que estimo en 360.000 €’. En contra de lo razonado por la Juzgadora de la instancia, la Sala considera que el contenido de dicho documento no permite concluir el conocimiento del producto por parte de ---, pues en el mismo sólo se hace referencia a la voluntad de ‘conocer’ el producto una vez esté aprobado el folleto de Valores; no que se conozca el producto, sin que el hecho de que aparezca la denominación del mismo --valores subordinados convertibles en acciones-- permita suponer que el suscribiente supiese las características y riesgos del producto así denominado, pues, muy al contrario, lo que se indica en dicho documento es que --- mostraba su interés en conocer, precisamente, las características de los valores”.

“Siendo esta la única prueba sobre la forma de comercializar el producto que consta en autos, por cuanto la declaración testifical de los empleados de la entidad, ---, no permite establecer la forma como se produjo la comercialización y cuál fue la información sobre el mismo que se ofreció al cliente, y, en especial, cuál fue la información sobre riesgos que se ofreció, por cuanto su testimonio no aparece corroborado por el contenido documental que hiciera referencia a dicha transmisión de información.



"De igual forma en cuanto a la información postcontractual que se remite al actor sobre el producto y la percepción de intereses durante la vigencia del contrato, deben compartirse los argumentos de la referida Sentencia, al señalar:

"Pues bien, teniendo en cuenta la normativa que ha sido citada así como la doctrina que en relación con el error en el consentimiento ha sido expuesta, y dado el resultado probatorio de autos, no cabe más que concluir la falta de prueba respecto de la información facilitada a ----- con anterioridad a la adquisición de los VALORES SANTANDER, que fueron obligatoriamente canjeados por nuevas acciones del BANCO SANTANDER en fecha 4 de octubre de 2012 y cuyos dividendos también han sido traducidos en acciones de dicha entidad bancaria.

"Tal circunstancia de incumplimiento de la obligación de previa información del producto no queda alterada por el hecho de que la entidad bancaria remitiese a los demandantes una serie de comunicaciones propias de la titularidad del producto (folios 184 y siguientes del tomo I en relación con folios 192 y siguientes del tomo II), como tampoco lo altera el hecho de que la parte demandante haya venido recibiendo los rendimientos propios de la inversión, pues la sanación del acto anulable, a la que parece referirse la entidad bancaria por razón de tales datos, como dijimos en Sentencia de 25 de junio de 2014... <<...exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita (en esta última vía conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997, 'cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado')>>.

"Ninguno de tales supuestos concurre en este caso, primero porque no existe tal declaración expresa de confirmación o sanación por parte de la parte demandante, y, segundo, porque 'en cualquier caso dentro de las expectativas del cliente estaba la consustancial a la recepción de rendimientos, por lo que el hecho de haber recibido las descritas no es óbice a la conclusión de la existencia del error' (Sentencia de 26 de junio de 2014), lo que igualmente justifica la recepción sin queja de los documentos bancarios informativos correspondientes a los extractos de la inversión'.

"De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia y así entenderse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante, a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos peculiares del inversor, del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar".



La doctrina plasmada en la Sentencia parcialmente transcrita, así como en las que, a su vez, se citan en ella, resultan plenamente aplicables al caso objeto del presente procedimiento.

DÉCIMO.- Respecto a las circunstancias de la actora y su difunto esposo en la prestación del consentimiento contractual, debe concluirse que el error producido es esencial, ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto no tenían conocimiento de las características del producto y la posibilidad de pérdida por evolución del valor subyacente.

El error es igualmente excusable o, lo que es lo mismo, no es imputable a la parte actora, que lo ha sufrido, sino a la parte demandada, que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; a este respecto, resulta relevante que los clientes no han cursado estudios superiores relativos al mercado bancario ni han trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera. No ha probado la parte demandada que el ----- tuvieran los conocimientos financieros indicados, ni que hubieran contratado con anterioridad productos de análoga naturaleza.

A tal consideración no se opone el hecho de que el ----- hubiera dedicado un porcentaje reducido de su cartera a contratar productos de algún riesgo ni, sobre todo, el hecho de que, en los últimos años de su vida, cuando ya se hallaba gravemente anciano y enfermo, tal y como se indica y acredita en la demanda, se hubiera dejado seducir por la propia entidad bancaria para la contratación de productos de mayor riesgo.

Se trata de circunstancias residuales, a las que resulta de aplicar la doctrina contenida, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2015, que se expresa señalando:

"No concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el artículo 1311 del Código Civil... La vigencia y desenvolvimiento de los tres contratos, concertados de forma sucesiva, pues, al principio, mientras las liquidaciones del swap fueron a favor del cliente, éste no era consciente del vicio. Lo fue cuando, después de conocer la entidad de las liquidaciones negativas, que por su importe eran muy desproporcionadas respecto de lo que habían sido las liquidaciones positivas. Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el contrato y del cual no le informaron".

Asimismo podemos leer en la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 14 de julio de 2016 que

"...Por ello resulta poco relevante que con anterioridad al contrato de 13 de febrero de 2007, la demandante hubiera concertado dos swaps con otra entidad, pues esa mera circunstancia no justifica que estuviera informada del riesgo que acaeció mucho más tarde, en el 2009, con la bajada drástica de los tipos de interés".

Y



"...Como ya hemos advertido, la contratación sucesiva de tres swaps, incluido el que es objeto de litigio, no pone en evidencia que el cliente fuera un experto en este producto, en cuanto que todavía no se había actualizado el grave riesgo insito al producto complejo que se contrataba, y que se desconocía".

En tal sentido cabe incidir en que la contratación de productos de fondo de inversión y otros productos financieros de inversión, suponga que los actores conocieran los riesgos de la operación, ya que las características de dichos productos no son las mismas que las de "VALORES SANTANDER", así como su funcionamiento y riesgo. Ni el hecho de que el esposo de la actora, antes de su fallecimiento, conociera el riesgo que aquella titularidad suponía, implica que deba aceptar un riesgo no informado de un producto financiero.

Cabe, pues, deducir que existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado, habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad del contrato financiero de VALORES SANTANDER, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al -----, y ello por

cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento de la demandante y su esposo fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de la demandante y su esposo; 2) las características de la operación financiera realizada, incompatible con la voluntad de los contratantes; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a sus clientes consumidores de los riesgos del producto que suscribían, en particular ante la situación económica que, como consecuencia de la crisis que se iniciaba, atravesaba la entidad bancaria.

UNDÉCIMO.- A lo indicado ha de añadirse que, según se explica con todo lujo de detalles en el HECHO TERCERO de la demanda (folios 44-56), con referencia a los documentos que se citan y a la prueba practicada al respecto, se ha articulado un motivo específico de nulidad, que entendemos concurre: se habría comercializado el producto con anterioridad a la aprobación del mismo por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Ahora bien: aun en el supuesto de que pudiera no considerarse probado este motivo, la nulidad habría de apreciarse igualmente en virtud de lo ya razonado.

DUODÉCIMO.- En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción



"ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la parte demandada.

Por todo ello, vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY

F A L L O

Estimando, en su pedimento principal, la demanda deducida por -----, contra "**BANCO SANTANDER**", **S. A.**, debo declarar y declaro la nulidad absoluta de la orden de suscripción de VALORES SANTANDER núm. ----- por un importe de 450.000,00 € (CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL euros), así como el canje efectuado, procediendo el reintegro de las cantidades entregadas más el interés legal, con deducción del valor de las acciones a fecha de ejecución de sentencia, condenando a la parte demandada al pago de la totalidad de las costas que se han generado con motivo de la sustanciación del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra esta Sentencia, y conforme a lo establecido en el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede interponerse recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia de esta provincia dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución, mediante escrito a presentar en este Juzgado.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el **Ilmo. Sr. D. Fernando MONTOJO MICÓ**, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Soria y su partido, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, DOY FE.