

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 05 DE ALCOBENDAS

Avd. Doctor Severo Ochoa 45 1º A , Planta 1 - 28100

Tfno: 912760368

Fax: 916572608

42020310

NIG: 28.006.00.2-2016/0009489

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1253/2016

Materia: Títulos valores

grupo8

Demandante: D./Dña. X

PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS SERRANO IGLESIAS

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. X

SENTENCIA Nº 42/2018

En Alcobendas a trece de Febrero dos mil diez y ocho.

Vistos por Dª María del Pilar de Frutos Sánchez, Magistrada/Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia 5 de Alcobendas (Madrid), en los autos de Juicio Ordinario número **1253/2016**, seguidos a instancia de **XZ** representado por el Procurador de los Tribunales D José Luis Serrano Iglesias y bajo la asistencia Letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez-Moran, contra la entidad **BANCO SANTANDER** representado por el Procurador de los Tribunales D. X bajo la asistencia Letrada de D. X sobre acción de nulidad.

En nombre de S. M. el Rey dicto la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó escrito de demanda, que fue turnada a este Juzgado, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que considera aplicables Suplica, que tras los trámites de ley se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la suscripción de títulos valores Santander suscrito por las partes con las consecuencias legalmente previstas y subsidiariamente de resarcimiento de daños y perjuicios.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda se declara este Juzgado competente para su conocimiento, sustanciar la misma por los trámites del Juicio Ordinario y emplazar a la parte demandada para que pueda personarse y contestar a la demanda dentro del plazo legal, como así lo efectuó, oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que considera aplicables suplicando se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo de sus pedimentos a la parte demandada y con imposición de las costas a la

parte actora.

Tercero.- Se señala para la celebración de la audiencia previa el día 4 de Mayo de 2017 a la que comparecen ambas partes que se afirman y ratifican en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda, Recibido el procedimiento a prueba se propone y admite el interrogatorio de parte, documental y testifical y se señala para la celebración del juicio el día 26 de octubre de 2017. Siendo el día y hora señalada se practica la prueba con el resultado que consta en el sistema informático y una vez efectuadas las conclusiones por las partes quedan los autos conclusos para sentencia.

Cuarto.- Cumplidos los trámites de la Ley excepto los plazos debido al excesivo número de asuntos que se tramitan en el Juzgado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO – Que por la parte actora D. Xs se insta la nulidad de la suscripción de 2 títulos de Valores Santander por importe de 10.000 euros y la posterior conversión en acciones y subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones por la parte demandada Banco Santander alegando que la parte actora formalizo una orden de suscripción de valores Santander con la demandada, su perfil es de consumidor minorista y ahorrador sin experiencia en producto financieros complejos o de riesgo. El Director de la sucursal de Alcobendas de Banco Santander le aconsejo y ofreció dicho producto haciéndole creer que era como a una renta fija y similar a un depósito a plazo, seguro rentable y líquido en todo momento y por eso solicito la suscripción de Valores Santander por importe de 10.000 euros. No se le entrego la Orden de Valores ni consta su existencia como tal, solo la solicitud del producto, aunque si indica que el actor estaba debidamente informado y se le había entregado el tríptico informativa de la nota de valores registrado por la CNMV y que conoce y entiende las características y riesgos del producto. Aunque es falso pues no se le entregó dicha documentación y ni que el actor conociera las características y riesgos del producto, ni si quiera hacer un análisis del producto, y existiendo contrariedad entre la solicitud de suscripción habla de gastos de comisión y el tríptico que indica que no se cobraran comisión Hasta octubre de 2012 dicho producto produjo rendimientos íntegros de 1948,84 euros . Dichos valores en octubre de 2012 obligatoriamente se convirtieron en acciones por un valor total de lo adquirido de 4.90,712 euros siendo el precio de la acción 5,82 2ueos. La parte actora ha tenido productos de renta variable o acciones que no son producto MID complejos o de riesgo y han adquirido fondos de inversión emitidos por la demanda. No se informó por parte de la demandada de manera adecuada y comprensible del producto ni de los riesgos y posible rentabilidad del producto o perdida de la cantidad invertida.

La CNMV ha sancionado a la demanda por la comercializan defectuosa de los Valores Santander siendo conformada por la Audiencia Nacional una de las sanciones por llegar a la conclusión del incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones de información a los inversores. El tríptico no define la naturaleza del producto, existe una publicidad engañosa con respecto los intereses que indicaba, contradicción de la orden y el

tríptico con respecto a la comisiones, y no se advierte de rentabilidades negativas como así ha ocurrido. La CNMV ha impuesto a Banco Santander por irregularidades en la comercialización del producto que ha confirmado la Audiencia nacional

Por todo ello considera que la parte demandada actuó en beneficio propio y no como un buen comerciante y ante la falta de información de la entidad bancaria sobre las características y riesgos del producto, dado que, se les ofreció como una imposición a plazo fijo que daba buena rentabilidad, ocultándoles los riesgos del mismo como podía ser la posibilidad de pérdida total del capital y que la rentabilidad estaba sujeta a beneficios.

Esta falta de información con el incumplimiento de la normativa bancaria afecto al consentimiento prestado por los actores viciado por error y les impidió prestar un consentimiento, libre, valido, y eficaz y por ello se pide su nulidad.

Con fecha de 4 de octubre de 2012 se canjean los Valores Santander por acciones del Banco Santander

La parte demanda Banco Santander se opone a la demanda alegando en síntesis que actores sabían, porque así fueron informados, que los Valores Santander eran un producto necesariamente convertible en acciones del Banco y por ello sujeto a la volatilidad del mercado, siendo informados los actores con carácter previo a la formalización del producto de su naturaleza, características, condiciones, riesgos y la especial referencia a convertirse en acciones, pues con carácter previo se les entrego el tríptico informativo de la emisión así como del folleto explicativo. Los actores tienen conocimientos financieros y han sido titulares de acciones en los años 2008 y 2009, además de un plan de pensiones Santander renta variable que es calificado de riesgo alto. Además el Sr Aragüetes fue empleado del Banco desde el año 1968 a junio de 1994, después pasa un periodo de excedencia y posteriormente en marzo de 2009 se reincorpora hasta Diciembre de 2012 que se prejubiló. Ha trabajado en varias entidades relacionadas con la construcción, inmobiliaria etc.

Se calificó al producto como amarillo, dado que, eran unos valores convertibles en acciones cuyo riesgo y complejidad era de tipo medio. Que Banco Santander cumplió con toda la normativa del mercado de valores por ello presto su consentimiento informado y valido en la suscripción de acciones y, además desde la suscripción de los valores se ha enviado a la parte actora del producto contratado y de la información fiscal de los valores suscritos con la demanda. Y, considera no aplicables el supuesto objeto de litis la sanción impuesta a la actora por la CNMV.

También se alega la caducidad de la acción

SEGUNDO.- Con carácter previo y antes de conocer sobre el fondo de la litis es preciso pronunciarse sobre la excepción de caducidad alegado por Banco Santander.

En cuanto a la nulidad absoluta por infracción de una norma prohibitiva o imperativa conforme al art. 6.3 del Código Civil, dicha acción es imprescriptible y por lo tanto no sometida su ejercicio a plazo de caducidad, conforme a reiterada jurisprudencia. En cuanto a la nulidad relativa del contrato, si es preciso analizar el plazo de caducidad de la misma, así como el día inicial para el cómputo de dicho plazo.

El artículo 1.301 del Código Civil dispone que: "La acción de nulidad sólo durará

cuatro años", pasando seguidamente a establecer el tiempo en que empezará a correr, estableciendo que "En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

La doctrina había venido señalando, como es sabido, que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1.969 del Código Civil, sino desde la consumación, y en este sentido conviene señalar que ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 declaraba lo siguiente: "*Dispone el artículo 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1.969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (SSTS, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928)"*", y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "*el artículo 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes "*, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "*en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó (...)*". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "*el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo "*, y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "*la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó "*".

Sin embargo esta doctrina se ha visto matizada por la Sentencia del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2015 que, entre otros, contiene los siguientes razonamientos: "*No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el artículo 1.301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).*

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la

jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

Y añade: "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 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".

Y, aplicando dicha doctrina al supuesto enjuiciado resulta que la acción no estaría caducada, toda vez que, si acudimos al criterio de la fecha de consumación del contrato y que los actores tienen conocimiento de la conversión de sus valores en acciones de forma obligatoria el 4 octubre de 2012 y habiéndose presentado la demanda unos días antes del 4 de octubre de 2016 quedando por tanto acreditado que se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto y por consiguiente no se puede estimar la excepción alegada de caducidad de la acción.

TERCERO.- Se alega por la parte actora la información incompleta por parte de Banco Santander acerca del producto suscrito Valores Santander, lo que determino la contratación del mismo por parte de los actores en la creencia de que se trataba de una inversión segura, de alta rentabilidad con recuperación del capital y les ocultaron la devolución de la inversión devaluada en acciones la acción de nulidad por vicio en el consentimiento lo que se imputa a la entidad demandada es haber incumplido la obligación que le impone normativa vigente de proporcionar a los clientes de toda la información que dispongan, información que ha de ser, clara suficiente, veraz, y se refiera de manera especial

a los riesgos que la operación conlleva y comprensible respecto del producto comercializado generando con ello un falso conocimiento de la realidad y consecuentemente viciado por error. Y, no adecuarse el producto al perfil de cliente.

Con carácter previo y antes de analizar si ha existido o no vicio en el consentimiento alegado es preciso hacer un análisis del producto contratado.

Conforme al artículo 401.2 de la Ley de Sociedades de Capital, las obligaciones o bonos, son valores emitidos en serie o en masa, mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes los suscriben. Son valores de financiación con los que el emisor obtiene recursos financieros a título de crédito que, por tanto, deberá restituir en el momento de su vencimiento.

Lo característico de la operación radica no en el contenido del contrato sino en su forma de documentación: el derecho de crédito del obligacionista frente a la sociedad emisora se incorpora a un valor representativo de una parte alícuota de la cantidad total del préstamo, que se caracteriza por su negociabilidad y su aptitud para ser transmitido libremente sin necesidad de notificación al deudor. El crédito se fracciona así en una pluralidad de valores que incorporan unos derechos comunes y uniformes frente a la sociedad emisora, y que pueden ser fácilmente negociados en mercados organizados. Al igual que las acciones, las obligaciones tienen la consideración legal de valores mobiliarios o negociables y pueden estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta (artículo 412.1 LSC), aunque esta última forma de representación es obligatoria para las obligaciones que coticen en un mercado de valores (artículo 496.1 LSC). La acción o participación es una parte alícuota del capital que atribuye al titular derechos corporativos o de socio, y, entre ellos, participar en los eventuales beneficios sociales, por lo que habitualmente se caracterizan como valores de renta variable o participativos. En cambio, la obligación es una parte alícuota de un crédito que confiere a su titular la condición de acreedor e incorpora el derecho a percibir un interés periódico y a obtener la restitución del principal, definiéndose como valores de renta fija, de deuda o no participativos.

Existen clases de valores en los que estas diferencias aparecen difuminadas (acciones privilegiadas con derecho a un dividendo fijo, obligaciones con participación en beneficios) o que permiten el tránsito entre ambas (obligaciones convertibles en acciones). El reembolso de las obligaciones deberá realizarse por la sociedad emisora en el plazo convenido, conforme al plan o cuadro de amortización fijado en el momento de la emisión. Pero existen otras formas posibles de rescate que, al tener lugar al margen del plan de amortización o en fecha distinta a la de su vencimiento normal, podrían calificarse de impropias o extraordinarias. Se trata del pago anticipado de las obligaciones que pueden haberse previsto en la escritura de emisión, como facultad de la sociedad emisora o resultado de un convenio entre la sociedad y los obligacionistas; de la compra en bolsa de las obligaciones a efectos de amortizarlas; o de la conversión de las mismas en acciones; aunque en este caso, al transformarse la condición de acreedor por la de accionista, se exige el consentimiento individual de las obligacionistas (artículo 430 LSC).

Las obligaciones convertibles en acciones son una simple modalidad de obligaciones que incorporan un derecho de crédito frente a la sociedad emisora y que, en caso de no ser convertidas, deben reembolsarse en la fecha de su vencimiento. Su característica principal consiste en la facultad que otorgan a sus tenedores para optar, como alternativa a la restitución de la suma prestada, por la conversión de las obligaciones en acciones, en los

periodos y de acuerdo con la relación de conversión que la sociedad emisora ha establecido.

La conversión se concibe legalmente como una facultad del obligacionista, que puede optar entre conservar su originaria posición de acreedor, esperando la normal amortización de los valores, o integrarse en la sociedad como accionista mediante la conversión de los mismos en acciones, aunque nada impide configurar la conversión en términos forzosos u obligatorios, en cuyo caso la emisión de obligaciones convertibles opera en realidad como un aumento de capital diferido en el tiempo. Por ello no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal ni ser convertidas cuando este valor nominal sea inferior al de las acciones que correspondan según la relación de cambio (artículo 415 LSC), garantizándose así el principio de integridad del capital social.

Junto a las medidas de protección atribuidas con carácter general a todos los obligacionistas, los tenedores de obligaciones convertibles tienen otros instrumentos de tutela específicos que tratan de salvaguardar su posición de socios potenciales, evitando que la sociedad pueda alterar el contenido económico del derecho de conversión mediante operaciones con efecto reflejo e indirecto sobre el valor de las acciones destinadas a los obligacionistas. Así, si la sociedad realiza un aumento de capital con cargo a reservas, se exige la modificación de la relación de cambio de las obligaciones por acciones en proporción a la cuantía⁴ del aumento (artículo 418.2 LSC). Del mismo modo, la sociedad no puede acordar una reducción de capital con devolución de aportaciones, salvo que con carácter previo reconozca a los obligacionistas la facultad de ejercitar su derecho de conversión (artículo 418.3 LSC).

En el supuesto enjuiciado conforme a la documental aportada el producto denominado Valores Santander, es un producto atípico emitidos por la demandada a través de una sociedad filial Santander Emisora 150. S A con el fin de obtener financiación para hacerse con la totalidad de las acciones del banco holandés ABN AMOR mediante una OPA (Oferta Pública de Adquisición) conjunta con los bancos Royal Bank of Scotland y Fortis.

Por ello durante los meses de junio y julio de 2007 se formó un consorcio bancario entre las entidades Banco Santander, Royal Bank of Soctland y Fortio para adquirir la entidad financiera ABN Amro.

Para financiar la parte de la contraprestación de la OPA (oferta pública de adquisición) que debía aportar el Banco Santander, se efectuó el día 4 de octubre de 2007 por Santander Emisora 140 S.A. Unipersonal, íntegramente participada por Banco Santander S.A., una emisión de valores por importe total de 7.000.000.000 euros, dividido en 1.400.000 valores, con 5000 euros de valor nominal unitario. Los referidos títulos fueron suscritos por 129.000 suscriptores con una inversión media de 54.000 euros por suscriptor. Con esta operación de captación de capital entre los clientes y la entidad demandada resultó viable y se llevó a efecto la adquisición financiera holandesa.

Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amor mediante la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación, de forma que si llegado el día 27 de julio de 2008, no se adquiría dicho banco, los valores serían un valor de venta fija con vencimiento a un año con una remuneración al fijo de 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE), sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada se pagaría antes del 4 de octubre de 2008. Si antes del 27 de julio de 2008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA, como así ocurrió, Banco Santander S.A. estaba obligado a emitir

obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y, en todo caso, antes del 27 de julio de 2008. Los valores se canjearían por obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander, convirtiéndose en un título de deuda privada (obligaciones). En caso de emitirse estas obligaciones, los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas, a su vez, eran obligatoriamente convertibles en acciones de la nueva emisión del banco, de manera que en ningún caso se produciría el reembolso en metálico. Cada vez que se producía un canje de valores, las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran los titulares de los valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones del Banco Santander.

El canje podía ser voluntario u obligatorio. El primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011; o bien, no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración (ausencia de beneficio distribuible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles al banco) o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicable, la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un periodo de canje voluntario. El segundo, el obligatorio, el 4 de octubre de 2012, o bien, antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos.

Así, el 4 de octubre de 2012 todos los valores en circulación serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander. El día 30 de marzo de 2012 la Junta de Accionistas del banco acordó conceder a los titulares de estos valores la posibilidad adicional de solicitar su conversión en 15 días naturales anteriores a los días 4 de junio, julio agosto y septiembre.

Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible, valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander, las obligaciones por su valor nominal y las acciones al 116 % de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones convertibles.

Así el precio de referencia para el canje de los valores se encontraba predeterminado, fijado en esas líneas ya en octubre de 2007.

Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración, la sociedad emisora decidía si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario. El tipo de interés al que se devengaba la remuneración desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2008, sería del 7,30 % nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir de 4 de octubre de 2008, el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería el Euribor más 2.75 %, pagadero trimestralmente hasta su necesaria conversión. Una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles, el rango de los valores es el de valores subordinados, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinadas de la entidad emisora, obligándose ésta a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid.

El inversor, pues, podía adelantar la conversión, esto es, el canje por acciones ordinarios de Banco Santander, el 4 de octubre de cada año y enajenar las acciones o esperar al canje obligatorio, a la conversión final, que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2012.

Llegada esta fecha operaba necesariamente el canje a la cotización predeterminada anteriormente señalada, por tanto el éxito y el riesgo de la inversión dependería del valor de las acciones en el momento de la conversión.

El precio de referencia de las acciones, llegado el vencimiento de la inversión, fue de 16,04 euros por acción, resultado de aplicar un 116 % a la media aritmética de los precios ponderados de la acción de Banco Santander en el mercado continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores al 17 de octubre de 2007, que había sido 13,83 euros, y el número de acciones que corresponde a cada valor Santander a efectos de conversión quedó fijado en 311,76 acciones por cada valor. La Junta General de Accionistas fijó un precio de conversión en 16 % superior al precio de mercado para evitar un efecto distintivo de esa emisión sobre los demás accionistas, y también previó un mecanismo antidilución para los titulares de los Valores Santander de forma que el precio de referencia a efectos de conversión, inicialmente fijado en 16,04 euros, ha venido siendo minorado como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital del banco. Por ello, el precio de referencia definitivo al que se canjearon los valores el día 4 de octubre de 2012, fue de 12,96 euros, tal y como se comunicó a la CNMV el día 30 de julio de 2012.

Según la Nota de valores registrada en CNMV el 19 de septiembre de 2007, el producto denominado Valores Santander, es un producto atípico emitidos por la demandada a través de una sociedad filial Santander Emisora 150. S A con el fin de obtener financiación para hacerse con la totalidad de las acciones del banco holandés ABN AMOR mediante una OPA (Oferta Pública de Adquisición) conjunta con los bancos Royal Bank of Scotland y Fortis. Y, en su página 12 se dice: *que los valores son un producto singular. El emisor no tiene constancia de valores comparables en el mercado español que puedan servir de referencia para valorar los valores*

Respecto de las características económicas de este producto financiero conviene hacer dos precisiones. La primera se refiere a que el precio de referencia para el canje o conversión no se fijara en el 100% de la cotización de las acciones del Banco de Santander en el mes de octubre de 2007, sino en el 116%. Es decir, un 16% superior al precio de mercado. Lo que se hace para evitar un efecto dilutivo de ese aumento de capital (o valores susceptibles de conversión) sobre los anteriores accionistas. Pues, al ser el patrimonio de la sociedad superior a su cifra de capital, cualquier ampliación de capital realizado a la par, en la que los suscriptores se limitan a desembolsar el nominal de la acción, reducirá proporcionalmente la diferencia entre capital y patrimonio, reduciendo la correlativa desvalorización de las antiguas acciones. En la medida en que la cifra del patrimonio se reparte tras la ampliación entre un número mayor de acciones, la diferencia entre el valor facial y el teórico-contable que presentaban las antiguas acciones no solo se reduce, sino que una parte de aquel valor intrínseco emigra también a las nuevas, determinando un fenómeno de "aguamiento" o "dilución" patrimonial de las antiguas acciones que se contrarresta exigiendo, a los suscriptores de las nuevas acciones, un "sobreprecio" por cada una de ellas en proporción a la diferencia previamente existente entre capital y patrimonio. Y, la segunda y última precisión, consiste en que la rebaja del precio predeterminado para el canje o conversión, de 16,04 euros por acción, a 12,96 euros por acción le beneficia al inversor.

La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander,

sociedad cotizada que opera en bolsa, de manera que el carácter complejo, entendido como de riesgo, surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado.

Si bien dicha adquisición se realiza conforme a un precio por acción fijado previamente, siendo igualmente un riesgo posible que en el momento en el que se realiza la efectiva conversión el valor de la acción haya descendido respecto al determinado previamente.

Y, como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid secc 20, de 13 de marzo de 2017, en su fundamento de derecho tercero: *“Por consiguiente nos encontramos ante un producto financiero de sencillo funcionamiento equivalente a una simple compra de acciones y comprensible para un inversor medio, sino ante un producto complejo y atípico puesto que a partir de la adquisición de ABN Amor se convierte en un producto de renta variable que no garantiza al inversor la recuperación del capital invertido, siendo su riesgo principal, además de la insolvencia del emisor y del banco garante, la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones al tiempo de su conversión. No son simples bonos convertibles ya que no participan de sus principales características, ya que en estos suele quedar a decisión del inversor el convertir los bonos en acciones y en caso contrario el emisor deviene obligado a devolver el capital más intereses. En los valores que nos ocupan la conversión del bono a acciones es forzosa y son, por tanto, productos de renta variable, no de renta fija; pero además, en el producto que examinamos existe otra característica de riesgo adicional para el inversor pues al estar el precio del canje de la acción ya estaba prefijado, asumía el riesgo de invertir en acciones del Banco Santander sin las ventajas de cualquier inversor en un mercado secundario: el de poder vender en cualquier momento a su precio de cotización. Ello determinó que el precio de canje final fuera de 13,15 euros la acción mientras que el valor de cotización de la acción el día 20 de julio de 2012 fue de 4,19 euros la acción*

El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de junio de 2016, si bien no referida a este producto sí a otro de otra entidad bancaria con similar funcionamiento, declara: *"CUARTO.- Segundo motivo de casación.*

Complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones. Planteamiento: 1.- En este segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 2.1 y 79 bis LMV, porque las obligaciones convertibles no son un instrumento financiero complejo. 2.- Al desarrollarse el motivo, se alega que aunque los bonos convertibles o canjeables son instrumentos financieros incluidos en el ámbito de la LMV, conforme a su art. 2.1

c), no tienen carácter complejo, según se deduce del art. 79 bis de la misma Ley. Decisión de la Sala: 1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles

ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado. 2.- 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 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."

El Tribunal continuando con su razonamiento al determinar el contenido esencial del que ha de ser informado el cliente, declara: " ... 2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las

condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos. 3.- 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 bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión. Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cuál sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones. Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas."

De todo lo considerado, en definitiva lo relevante es que sea cual sea la calificación que nos merezca el producto financiero, lo importante es que aquellos que lo adquieren hayan sido correctamente informados.

CUARTO.- En cuanto al error o dolo como vicio del consentimiento determinante de la nulidad negocial, conviene recordar que el error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 17-octubre-1989 y 3-marzo-2006, entre otras) un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que lo padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1266 C.C), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1269 del mismo C.C), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad (sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22-noviembre-1999).

Como se ha señalado en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997, 18 de julio de 2000 y 20 de marzo de 2006 , entre otras, en cuanto al error como vicio del consentimiento, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 señaló que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil , es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266.1º C.C), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. En definitiva, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994, para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no solo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo 6-junio-1953 , 27-octubre-1964 y 4-enero-1982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el Código Civil no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y buena fe (artículo 7 del Código Civil).

Las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de enero de 1982 y 18 de febrero de 1994, entre otras, señalaron que el error es excusable cuando no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y que, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran 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 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 su declaración; y añaden que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuando en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (STS 29-marzo-1994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no

haya incurrido en dolo o culpa.

Finalmente no puede desconocerse también que es verdad que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio (SSTS 30-mayo-1991 y 6-febrero-1998), teniendo su apreciación un sentido excepcional acusado, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no la falta de él. A lo que hay que añadir también, según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1966, que aquellos obstáculos que en orden al consentimiento, al objeto o causa del contrato sean invocados como susceptibles de impedir su virtualidad o que vicien lo pactado, deben correr a cargo del oponente, quien deberá acreditar la existencia de los hechos en que se funde para desvirtuar la realidad o apariencia formal de la existencia y eficacia del vínculo que se presente como contraído en forma legal.

Esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores de 23-julio-2001, 12-julio-2002, 12-noviembre- 2004 y 17-julio-2006, entre otras muchas.

Por lo que se refiere al dolo, conforme al artículo 1.269 del Código Civil, hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de unos de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

Dicho concepto legal exige la suma de dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio. El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones. Requiriéndose que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; que sea grave, si se trata de anular el contrato y que no haya sido causada por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes. El dolo comprende también la reticencia del que calla o no advierte cuando debía hacerlo conforme a la buena fe.

Por último, conviene recordar también (como señalan algunas de las sentencias citadas anteriormente y otras como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 5- octubre-2011) que el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden producir un consentimiento no informado y viciado por error, se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada sus efectos jurídicos. Y ello es consecuencia de que no todos los procesos de contratación origen de un ulterior litigio responden a unos mismos condicionantes determinantes de una solución única y general, dado que será procedente examinar en cada caso la fecha en que tuvo lugar la celebración del contrato (para determinar la normativa aplicable), los caracteres o perfil del inversor, la información ofrecida y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende en este tipo de procesos.

Por último y para encuadrar igualmente la existencia del error invalidante del consentimiento conviene recordar que en el presente caso, y atendida la fecha de contratación, la normativa reguladora del deber de información por parte de la entidad financiera aquí aplicable es la Ley del Mercado de Valores (LMV) en su redacción

anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en especial, su artículo 79.1, pues no se había traspuesto a nuestro ordenamiento la normativa MIFID, y el RD 629/1993 de 03 de mayo.

La Ley del Mercado de Valores, y en concreto su artículo 79, establece que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúe en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deben, entre otros principios requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

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

Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primará unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozca sus conclusiones hasta que se divulga la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento con el servicio de inversión que se preste.

De otro lado el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registro Obligatorios, en cuyo ANEXO, se recoge el " Código General de Conducta de los Mercados de Valores" (aplicable por referencia del artículo 2), en su artículo cinco establecía: "1.- Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 3.- La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 5.- Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las ciencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato

nuevas instrucciones en caso de ser necesario el interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes".

Además el Real Decreto 629/93 en su artículo 14 regula los "contratos tipo", estableciendo que dichos contratos deberán contener, además de las características esenciales de los mismos como ajustados en todo caso a lo dispuesto en la ley 26/84, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación de resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del mercado de valores, y en general, los requisitos que según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda.

QUINTO.- Para ver si ha existido o no vicio del consentimiento y si la información facilitada por la entidad bancaria ha cumplido los requisitos anteriormente citados es preciso tener en cuenta las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos y la prueba practicada que seguidamente se analizará.

Afirma la parte actora en el escrito de demanda que no fue informada debidamente por parte de la entidad bancaria las características del producto contratado, que lo hizo siempre en la creencia de que se trataba de un depósito a plazo fijo, que por ello existió un error, como vicio de consentimiento prestado, hecho que niega rotundamente la parte demandada.

En cuanto al perfil de los actor Sr X conforme el documento nº 5 aportado con la contestación a la demanda queda acreditado que fue empleado del Banco desde el año 1968 a junio de 1994, después pasa un periodo de excedencia al dedicarse a la política siendo elegido Concejal y Alcalde de Alcobendas y posteriormente en marzo de 2009 se reincorpora hasta Diciembre de 2012 que se prejubiló, en cuanto a las funciones que ejerció en el banco conforme a la prueba documental indica que estuvo de oficial sin indicar cuales eran las funciones concretas que realizaba, y según el testigo era de la rama administrativa abrir cuentas, remesas todo de rama administrativa. Y en lo que respecta al presente procediendo desde el año 1994 a 2009 no fue empleado de dicha entidad.

En el año 2008 y luego 2009 adquirió acciones del Banco Santander y Planes de pensiones Santander Dividendos y Santander Renta Variable de España

Teniendo en cuenta las características los valores Santander y el tiempo en el que este no estuvo prestando los servicios en dicha entidad desde el año 1994 hasta 2009 no queda acreditado que formación financiera tenía la parte actora y con respecto al producto contratado dado la singularidad del mismo dado que se estaba dedicando a la política.

De la prueba practicada no se puede inferir la adecuación de este producto a los

supuestos de inversión que habían tenido el Sr X, pues se presume que la parte actora cuando ha adquirido acciones sabía el riesgo que asumía al adquirir dicho producto, al igual con respecto a los planes de pensiones, pero una cosa distinta al producto objeto de litis que conforme se indica en la nota de valores registrada en la CNMV en su página 12 que los valores son un producto singular, y que el emisor no tiene constancia de valores comparables en el mercado español que puedan servir de referencia para valorar los valores y ello teniendo en cuenta que la parte actora cuando comercializa el producto estaba de excedencia y no prestar los servicios en la entidad.

En la orden de suscripción del producto (doc 2 aportado con la demanda y contestación a la demanda), en el que aparece la firma o rubrica del actor Sr X y de la Sra Isaura se expresa que han recibido y leído antes de la firma de la orden el tríptico informativo de la nota de valores registrada en la CNMV el 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el resumen del folleto completo están a su disposición y que entienden las características de los valores Santander sus complejidades y riesgos y que tras su propio análisis ha decidido suscribir el importe solicitado...

En la nota de valores de la OP de valores Santander de SANTANDER EMISORA 150 S A U, con la garantía de Banco Santander registrada en la CNMV el 19 de Septiembre de 2007 se dice que el importe nominal de emisión es de 7.000.000.000 euros divididos en 1.400 valores, de una única serie y clase con 5000 euros de valor nominal unitario que se emitirán a la par, la emisión no tiene rating... El Emisor de los Valores es SANTANDER EMISORA 150, S A. Unipersonal, sociedad de propósito especial íntegramente participada por Banco Santander cuyo objeto es la emisión de instrumentos financieros con la garantía de Banco Santander... no se cobrarán comisiones... y en la pagina 76 los clientes deberán completar y se les formulario que les proporcione.

Teniendo en cuenta lo anterior es destacable que la orden de suscripción (doc 2) es un documento elaborado por Banco Santander, en el que se ha rellenado y aparecen el nombre y apellidos del actor y la Sra Isaura, como los titulares que suscribe el producto contratado con sus correspondientes DNF, la denominación del producto, -Valores Santander-, y sin que se haya rellenado el número de títulos cuando el importe solicitado es de 10.000 euros y conforme al tríptico el coste unitario de cada título es de 5.000 euros, luego son 2 los títulos. Además en la suscripción no aparece la entidad emisora, cuando en el tríptico y la nota de valores es la entidad SANTANDER EMISORA 150 S A U, y no Banco Santander. Tampoco aparece ni el lugar ni la fecha de suscripción de dichos valores.

El testigo Miguel Fernández San Segundo declara que es empleado de Banco Santander coincidió con el actora en la sucursal de la Moraleja cuando estaba de ordenanza, y los servicios que realizaba el Sr X y en la rama de administrativa administrativa, abrir cuentas, remesa ... despues pidió una excedencia de unos años y luego vuelve y presto servicios. Ocupo un cargo político en el Ayuntamiento de Alcobendas, sabe que tenía acciones, el riesgo de valores Santander eran si se compraba el Banco después se

convertían en acciones. El comercializo el producto con el Sr. X, la orden se les explicaba el producto con el tríptico y se le entregaba al cliente no se le indico que fuera un depósito a plazo fijo. Después de la excedencia el Sr. X vuelve a trabajar a la entidad.. Recuerda lo que es el producto y que lo vendió el, conocía a Manuel Arahetes que era una persona muy estricta, se desplazó al banco cuando estaban comercializando se lo ofrecen y como le interesaba lo suscribió. La venta estaba garantizada y se remite al tríptico. Era un valor amarillo. Manual del Banco dice que tiene que estar garantizado el principal el testigo lo desconoce. Se venden con una prima de emisión a la par y se tendría que vender por encima del valor. No recuerda si se explicó al rating de emisión, la rentabilidad del segundo y años sucesivos fue inferior. El cliente no sabía a como se iba a vender la acción solo un porcentaje. El caser de la operaciones no era público se hacía por medio de la oficina.

Dicho testigo de forma generalizada alguna de las características del producto pero otras no recuerda y en concreto determinados detalles del mismo.

Y, con respecto a la documentación que se alega por la parte demandada remitida por Banco Santander después de la contratación no ha quedado acreditado que se remitiera o se recibiera por los actores, en dicho documentos aparece estimado cliente, pero no aparecen en ninguna parte de los mismos el nombre del actor ni de la Sra Isaura , ni tampoco su domicilio que, es lo normal.

Con respecto a la información que contenía el tríptico la Audiencia Provincial de Madrid sección 25 en sentencia de 27 de octubre de 2017, considera dicha información insuficiente con el deber de información de los riesgos del producto contratado, en su fundamento de derecho quinto dice que: *Esta sección en supuestos semejantes al aquí analizado ha valorado le incidencia de la entrega del tríptico y su contenido para considerar dicha información suficiente sobre la conversión de la cantidad invertida en acciones, con el conocimiento de la variación de valor de las acciones una vez realizada la conversión obligatoria por la propia naturaleza del producto final adquirido. A ese contenido informativo del tríptico, en las resoluciones antecedentes de esta Sección, se añade la valoración de las prueba personales practicadas respecto del cumplimiento del deber de información y del conocimiento por los clientes del producto contratado.*

El criterio expresado, suficiencia del tríptico sobre la conversión de la cantidad invertida en acciones, no puede ser considerado información suficiente con el deber de información de los riesgos del producto contratado establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, que concreta ese deber en 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.

En el presente caso el precio de conversión de la acción se fijó en el 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, precio por acción que concretó la demandada en un primer momento en 16,04 euros, sin que de la lectura del tríptico se pueda inferir de forma inequívoca el riesgo implícito en la operación que podría llevar finalmente a adquirir acciones por un valor no necesariamente equivalente al precio inicial de compra de bonos.

La parte central del tríptico, a la que alude la recurrente en su escrito de recurso, no permite estar en presencia de una información clara, detallada y comprensible de los riesgos de conversión. En el tríptico se concretan dos ejemplos teóricos de rentabilidad identificados como supuesto 1 y supuesto 2, folio 434, Tomo II, con premisas diferentes en la fecha de canje, en el precio de venta de acción y con distinto resultado identificado con la palabra TAE, del 9,394% en el primer supuesto y del -21,07% en el segundo, indicación relativa a la rentabilidad vinculada a los supuestos prefijados cuyo contenido no informa del riesgo concurrente en todo caso, al margen de los ejemplos expresados, relativo a no obtener acciones por un valor equivalente al precio inicial de compra.”

Por todo ello de la anterior prueba practicada no ha quedado acreditado que la parte demandada haya cumplido su deber de información exigible a una entidad financiera de los riesgos que comporta el producto contratado y como se indica en la STS de 9 de septiembre de 2014, pues todo cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación y esa falta de información es la que ha provocado que el consentimiento prestado por los actores en el momento de la suscripción de los valores Santander estuviera viciado por error, y ello teniendo en cuenta que la parte actora fue empleado del banco pero se encontraba en excedencia desde el año 1994 has el año 2009 sin que se haya acredita que durante dicho periodo pudiera tener conocimiento de todas las características del producto contratado pues se dedicó a la política.

Error esencial, grave e inexcusable que ha impedido a los actores conocer la verdadera naturaleza del producto suscrito, y los riesgos concretos del producto adquirido de manera que contrata con una representación mental equivocada sobre un elemento esencial del objeto del contrato, debido a esa información inadecuada y que los clientes no tenían capacidad para eludirla.

Como se indica la anterior sentencia citada de la Audiencia Provincial de Madrid (27-10-17) en su fundamento de derecho tercero se dice que: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre el deber de información exigible a las entidades financieras en momento anterior a la entrada en vigor de la normativa MIFID, entre otras Sentencias en la de fecha 8 de septiembre de 2014 que establece " 11. Normativa aplicable. Para la resolución de este motivo, en primer lugar hemos de precisar cuál de la normativa que se denuncia infringida, resulta aplicable al caso y cuál no. Para ello, como no puede ser de otra forma, hemos de tener en cuenta la relación de hechos probados expuesta en el fundamento jurídico 1. No hay duda de que la contratación de las participaciones preferentes se hizo en tres fechas, el día 30 de marzo de 2006, el día 30 de marzo de 2006 y el día 19 de julio de 2007. Para entonces, como muy bien apunta el recurso, todavía no regía el actual art. 79 bis LMV, que contiene la trasposición de la normativa MiFID y entró en vigor el 17 de febrero de 2008. Por lo tanto no cabe analizar la infracción de una norma no aplicable al caso. Nos ceñiremos a los deberes de información exigibles en la normativa aplicable, que era el RD 629/1993, de 3 de mayo". La Sentencia, con esa premisa, analiza el deber de información y establece " 13. Significación y alcance de los deberes de información. Ya tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que "(o)rdinariamente existe una desproporción entre la entidad que

comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993, "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)".

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 20, de 13 de marzo de 2017 se dice en el fundamento de derecho sexto que *“la información previa que consta se ofreció a la actora sobre las características y riesgos de los valores adquiridos, según resulta de la propia testifical a la que se ha aludido fue absolutamente insuficiente y resultó a la postre engañosa, en la medida que impidió a los actora conocer su verdadera y real naturaleza, que no era de la un producto de renta fija o una simple inversión en acciones, provocándose así la formación viciada de su consentimiento a la hora de suscribir la orden de suscripción de valores objeto del presente procedimiento, que por ser grave, excusable y afectar a los elementos esenciales de la operación concertada, han de ser tachadas de nula, pues ha quedado suficientemente probada la concurrencia de un error esencial que ha viciado el consentimiento prestado por el demandante, pudiendo concluirse que fueron inducida, a consecuencia de una insuficiente y defectuosa información precontractual, una falsa percepción sobre las características propias del activo que contrataba, haciéndole creer que eran productos de renta fija sin riesgo, omitiendo una información esencial y determinante a la hora de decidir su contratación. Error excusable, pues es consecuencia del cumplimiento defectuoso del deber de informar que incumbía a la entidad bancaria quien había tomado la iniciativa de la contratación de un producto complejo, y ello frente a unos clientes respecto a lo que no se ha acreditado que tuviera un conocimiento previo del funcionamiento, naturaleza y riesgos asociados los valores contratados, ya que el único conocimiento que poseía se sustentaba en la información inexacta, incompleta y difícilmente comprensible facilitada por la entidad ahora apelante, de tal que cabe concluir que, de*

haber conocido con detalle y exactitud el producto que le ofrecieron, no lo habría adquirido.

Por todo ello conforme a los preceptos y doctrina antes citada procede declarar la nulidad de la suscripción de los valores Santander objeto de litis.

SEXTO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato por la existencia de vicio en alguno sus elementos esenciales, en este caso el consentimiento, determinan que conforme a lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil que los contratantes deban restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, por lo que la demandada Banco Santander deberá devolver a la actora el capital invertido, entregando el precio de la suscripción de valores Santander, con más los intereses legales devengados desde la fecha de la suscripción. Y de igual modo los actores deberán devolver a la demandada los títulos las acciones más los productos o rendimientos percibidos con los correspondientes intereses desde su percepción, lo cual deberá determinarse en ejecución de sentencia.

Por todo ello procede estimarse la demanda.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponerse las costas a la parte demandada.

F A L L O

Que con la estimación de la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D José Luis Serrano Iglesias en nombre y representación de **D X** contra la entidad **BANCO SANTANDER S A** representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier García Guillen, debo declarar y haber lugar a la misma, declarando la nulidad de la suscripción valores Santander por importe de 10.000 euros, condenando a la parte demandada a que abone a la parte actora la cantidad de **10.0000** euros más los intereses legales desde la fecha de suscripción. La parte actora, por su parte, deberá reintegrar las acciones con los rendimientos, en su caso obtenidos, con sus intereses legales.

Y, con imposición de las costas a la parte demandada.

Contra la presente sentencia puede interponerse RECURSO DE APELACIÓN dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la misma, a tenor de lo prevenido en el art. 458.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se pone en conocimiento de las partes que para la admisión del recurso de apelación será necesario que en el momento de su interposición se haya consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado la cantidad de 50 euros, debiendo acompañar el justificante acreditativo de dicho ingreso.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la dictó estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha; doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.