



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Sección: NPM

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3
Avenida Medular nº 7
Arrecife
Teléfono: 928 59 93 51 - 928 59 93 52
Fax.: 928 59 91 72
Email.: instancia3.arre@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000528/2016
NIG: 3500442120160004765
Materia: Reclamación de Cantidad
IUP: AR2016027139

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante		Juan Luis Perez Gomez- Moran	
Demandado	BANCO SANTANDER S.A.		

Dña. , Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Arrecife.

DOY FE: Que en los autos sobre Procedimiento ordinario seguidos en este Juzgado bajo el número 0000528/2016, a instancias de contra BANCO SANTANDER S.A. obra la sentencia de fecha 27 de junio de 2018, del tenor literal siguiente, **la cual ha sido declarada firme:**

SENTENCIA

En Arrecife, a 27 de junio de 2018.

Vistos por el/la Ilmo/a Sr./Sra. , MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Arrecife los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0000528/2016 seguido entre partes, de una como demandante D./dña. , dirigido por el Letrado D./Dña. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN y representado por el Procurador D./Dña. y de otra como demandada D./Dña. BANCO SANTANDER S.A., con la postulación arriba expuesta, sobre Reclamación de Cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador/a de los Tribunales Sr/a. , en nombre y representación de , en la que atendiendo a los hechos y fundamentos de derecho en su escrito inicial apuntados, se interesa se dicte sentencia por la que:

- se declare la nulidad por error del consentimiento de la orden de compra de Valores Santander habido entre las partes del proceso de fecha de 12 de septiembre de 2007,.
- se condene a la entidad demandada a devolver a la actora la suma de 80.000 euros más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.
- subsidiariamente, se declare el derecho del actor a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la suscripción de Valores Santander en importe de 18.313'18 euros.
- todo ello con imposición de costas a la parte demandada.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada, presentando ésta escrito de contestación dentro del plazo legalmente previsto oponiéndose a lo peticionado de contrario.

SEGUNDO. Posteriormente se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa, teniendo lugar el día 5 de diciembre de 2017. En el día y hora señalada comparecen ambas partes debidamente asistidas, y celebrándose en la forma legalmente prevista, con el resultado que obra en autos, dándose por finalizado el acto tras señalarse fecha para el juicio.

TERCERO. El día 26 de marzo de 2018 se celebró el juicio con la práctica de la prueba en su día admitida, y, tras la emisión de las oportunas conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. PRETENSIONES DE LAS PARTES

Se ejercita en este procedimiento por la parte actora una acción principal tendente a obtener la declaración de nulidad por vicio del consentimiento de la suscripción de Valores Santander, ex *artículos 1254 , 1261 , 1266 , 1269 y siguientes del CC* y LMV 24/1988, fundándose en la ausencia de información debida en la comercialización del producto, y actuación dolosa de la entidad bancaria, refiriendo, en esencia, no haber recibido información alguna sobre la verdadera esencia de lo que iba a contratar, obviándose toda información acerca de los riesgos inherentes a la operación, negando la entrega del tríptico informativo aprobado por la CNMV en cuanto la venta se produjo antes de que hubiese sido registrado, no habiéndose realizado una evaluación del perfil del cliente ni de su administrador, no disponiendo de específicos conocimientos y cualificada para tomar conocimiento del producto, generando todo ello un falso conocimiento de la realidad que le llevó a emitir una declaración no efectivamente querida.

La demandada se opuso a la estimación de la pretensión ejercitada de contrario, alegando, con carácter principal y en los términos de su escrito de contestación: 1) que la parte actora basa sus pretensiones de nulidad en la supuesta existencia de un error invalidante en el consentimiento que habría sido causado por una sostenida como deficiente información proporcionada por el Banco; 2) que la suscripción se realizó de forma consciente y voluntaria, habiendo sido la parte actora informada de las características y riesgos del producto. 3) que concurre caducidad de la acción ejercitada de contrario; 4) que se ha de estar al comportamiento de la parte actora posterior a la suscripción del producto y al verdadero motivo de interposición de la demanda.

SEGUNDO.-SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En relación con la caducidad alegada por la parte demandada según expone en sus fundamentos de derecho "V.2", se debe estar al razonamiento seguido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, Sentencia de 26 Abr. 2017, Rec. 658/2016: *"Alega en primer lugar que las acciones por vicio en el consentimiento ejercitadas por la parte actora respecto del producto Valores Santander había caducado al momento de interponerse la demanda, por entender que debiendo comenzar el cómputo del plazo desde la consumación*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



del contrato, conforme a doctrina jurisprudencial (STS, Sala Primera, de 12 de enero de 2015), debe entenderse que ésta se produce con el evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido, lo que según afirma se habría producido en el presente caso en los meses inmediatamente posteriores a la contratación, habida cuenta las reuniones de seguimiento mantenidas por el Sr. Fructuoso con los empleados de Banco de Santander en las que tuvo conocimiento directo y expreso de que se trataba un producto ligado a acciones en el que se podían sufrir pérdidas y que en todo momento fue consciente de la evolución negativa del producto.

2

La STS, Sala Primera., del Pleno, de 12 de enero de 2015 [ROJ: STS, Sala Primera, 254/2015 -ECLI: ES: TS:2015:254; Rec. 2290/2012], citada en el recurso y cuyo criterio ha sido seguido y desarrollado por la STS, Sala Primera, 376/2015, de 7 de julio (LA LEY 99177/2015) , así como por las SSTS, Sala Primera, 489/2015, de 16 de septiembre (LA LEY 136691/2015) , 102/2016, de 25 de febrero y 435/2016 (LA LEY 16496/2016), de 29 de junio (LA LEY 79274/2016) , al examinar el cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento o por dolo, declara que " el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato (...). No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , con la perfección del mismo. (...) 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"». (...) La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes. Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) . (...) 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".

Dicha doctrina jurisprudencial parte de la dicción literal del art. 1301 CC (LA LEY 1/1889) y declara que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por causa de error o dolo no puede comenzar en el momento de la perfección del contrato, sino que conforme lo establecido en dicho precepto el día inicial será el de su consumación, que, según doctrina ya consolidada, tiene lugar cuando se han cumplido todas las prestaciones de ambas partes. La consumación del contrato que determina el inicio del plazo para el ejercicio de la acción, exige que " se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato", en cuya situación, el contratante afectado por el vicio en el consentimiento, "mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento". Conforme a los criterios interpretativos de las normas previstos en el art. 3 CC (LA LEY 1/1889) y en particular atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y al espíritu y finalidad de aquéllas, concluye que "en relaciones contractuales complejas como con frecuencia lo son los contratos bancarios, financieros o de inversión y es el caso, 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".

En definitiva, contra lo que parece sostener la apelante, dicha doctrina no supone que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación deba comenzar cuando los aquí apelados pudieron conocer el riesgo de pérdidas de los valores sobre el que se proyectaba el error. Entendemos que el Alto Tribunal no se aparta del tenor literal del art. 1.301 CC (LA LEY 1/1889) , sino que, conforme al mismo, declara que el plazo comenzará desde la consumación del contrato, en cuyo momento, el contratante que haya sufrido el vicio en el consentimiento puede haber tenido conocimiento del mismo. La interpretación acorde a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada la norma en relación con los contratos bancarios y financieros -por cuanto interesa- determina que, en todo caso ese cómputo no pueda comenzar "antes" de que el contratante afectado por el error o por el dolo haya podido percatarse de su existencia, que normalmente coincidirá con el de la consumación. Dicho de otro modo, la doctrina plasmada en la citada STS, Sala Primera, de 12 de enero de 2015 y seguida en las posteriores citadas no modifica la previsión legal del inicio del cómputo del plazo desde la consumación del



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



contrato, sino que declara que en los contratos bancarios y financieros no podrá comenzar antes del conocimiento por el contratante afectado del vicio en el consentimiento padecido.

En el presente caso habida cuenta que no consta la fecha concreta de suscripción de los Valores Santander hay que partir de la fecha de ejecución de 1 de octubre de 2007. Por cuanto ahora interesa, una vez adquirido por el Consorcio Bancario, integrado entre otros por Banco de Santander, el Banco ABN Amro, los demandantes acudieron al canje voluntario de las obligaciones en acciones en fecha 2 de julio de 2012, en4 que, por lo tanto, quedaron cumplidas las prestaciones del contrato, siendo evidente que, presentada la demanda el 31 de julio de 2014, la acción no había caducado.”

También, entre otras, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia 152/2017 de 1 Jun. 2017, Rec. 412/2016: “Resta finalmente por examinar el motivo del recurso en el que se denuncia la caducidad de la acción de anulación por haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto a tal fin en el art. 1301 C.Civil (LA LEY 1/1889) , viniendo centrado el problema en determinar el día inicial para el cómputo de ese plazo que en dicha norma aparece referenciado, en los casos de concurrencia del error como vicio invalidante de la voluntad, "desde la consumación del contrato".

Acerca de la determinación de cuál habrá de ser el día inicial debemos también citar la STS, Sala Primera, 12 enero 2015 en la que se interpreta el momento de la consumación contractual como aquel en el que se ha alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato y además se ha posibilitado que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes. Por ello concluye la citada resolución declarando que "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" .

A partir de aquí el Banco apelante sostiene en su recurso que el día inicial debe situarse en el caso enjuiciado en el año 2008 que es cuando el valor de los títulos adquiridos en el año 2007 descendió a casi el 50% de su precio de adquisición, momento en que los contratantes pudieron percatarse de los riesgos del producto adquirido, habiendo reconocido además en su escrito rector que recibieron en su día los extractos bancarios en los que se contenía esa valoración, a pesar de todo lo cual no dirigieron su reclamación frente al Banco hasta el año 2014.

No podemos compartir esa fecha como momento inicial pues la propia dinámica de este



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



producto supone que el importe que los compradores vayan a recibir finalmente estará sujeto a fluctuación a lo largo del período que transcurra desde la perfección del contrato hasta la fecha del canje, voluntario u obligatorio, lo que así tuvo lugar en el caso examinado en que el matrimonio demandante tuvo que sujetarse al canje obligatorio llevado a cabo en octubre 2012 en que obtuvieron un rendimiento negativo por importe de 153.237,18 euros, siendo éste el momento en que tuvieron verdadero conocimiento de los riesgos que supuso la operación y el quebranto económico que tuvo como resultado, sin que desde entonces hubiera transcurrido el señalado plazo de cuatro años cuando tiene lugar la presentación de la demanda que ahora nos ocupa en octubre 2015.

5

En definitiva, esta Sala comparte la acertada conclusión de la Juez de primera instancia de entender que la parte demandante incurrió en error invalidante al contratar el producto denominado Valores Santander, sin que dicha acción se encontrara caducada, procediendo por tanto la confirmación de la Sentencia apelada.”

En el presente caso habiendo concurrido el canje obligatorio el 4/10/2012 (tal y como se deriva principalmente de los documentos 10 y 18 de la contestación a la demanda) y presentada la demanda, como consta en las actuaciones, el 12/09/2016 en Decanato de este Partido Judicial, esto es, no transcurridos los 4 años referidos por la jurisprudencia transcrita, no se entiende, conforme a la misma, caducada la acción nulidad por error del consentimiento del escrito de demanda y, en consecuencia, es procedente la desestimación de la excepción formulada por la demandada, y entrar a valorar y resolver el fondo del asunto.

TERCERO: SOBRE LA NATURALEZA DEL PRODUCTO OBJETO DE LA LITIS

Respecto a la naturaleza del producto sobre el que versan las presentes actuaciones se debe estar al razonamiento sostenido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Las Palmas, SAP LAS PALMAS , Sección 5ª, 5 de diciembre de 2017:

“No es esta la primera vez que la Sala se encuentra ante un supuesto controvertido de colocación de los denominados " Valores Santander ", tras cuyo análisis ha alcanzado el convencimiento, y en esto disentimos del contenido del numeral 56 de la sentencia recurrida, de que nos hallamos ante un producto complejo. Ya decíamos en *nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2016 -Rollo 369/2014 - y de 25 de enero de 2017 -Rollo 255/2014 -* que <<no cabe duda que los " Valores Santander " deben calificarse como producto complejo -así lo hizo la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores- y en todo caso como un producto especulativo, de alto riesgo, que puede ocasionar importantes pérdidas para quien lo adquiere, y singular, en el sentido de que es diferente a los productos financieros que existían en mercado de valores, por todo lo cual su comercialización precisaba de una serie de medidas para salvaguardar los intereses de los inversores minoristas no profesionales que lo adquirían, pues el producto contemplaba riesgos importantes que podían pasar desapercibidos para un inversor no informado, lo que podía llevarle a error sobre el producto adquirido, en sentido de una representación mental equivocada sobre las características y riesgos del mismo en el caso que se adquiriera el producto sin ser verdaderamente consciente de los riesgos asumidos y sin estar dispuesto a asumir tales riesgos en el caso de haber sido informado sobre los mismos [...]El Tribunal considera que, obviamente, resulta esencial que el cliente actor, a la



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



hora de contratar tal producto, tuviera pleno conocimiento del mecanismo de conversión de su inversión a acciones del banco, más concretamente de la fecha en que se determinaría el número de acciones en atención al importe invertido.

Ciertamente en el "TRÍPTICO DE CONDICIONES DE EMISIÓN DE LOS VALORES SANTANDER " se establecía en el apartado C.- Precio de Canje y Conversión que "(ii) las acciones de Banco Santander se valorarán al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles ("Precio de Conversión").

6

A un experto financiero no se le hubiera escapado, leyendo la referida cláusula, que recibiría en la fecha del canje el mismo número de acciones (salva las correcciones que se efectuaran a consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital de la entidad que provocarían una rebaja en el valor de la acción a efectos del conversión en relación a la fecha de canje) fuera el que fuera el momento en que efectuara dicho canje (esto es tanto en el periodo voluntario el 4 de octubre de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, como en el obligatorio del 2012) por cuanto lo que determinaba el precio de la acción convertida no era la "fecha del canje" sino la fecha de "emisión de las obligaciones". Así pues, el producto tenía un importante componente especulativo, del que podía resultar ganancia en la inversión, pero también un importante riesgo de pérdida elevada, dependiendo tal ganancia o pérdida de la evolución del precio de cotización bursátil de la acción del "Banco Santander, S.A." en el momento del canje en relación con el precio prefijado en la emisión para dicho canje, de tal forma que si en el momento del canje o conversión del título por acciones el precio de cotización bursátil fuera superior al precio prefijado existiría ganancia en la inversión, mientras que si en tal momento el precio de cotización bursátil fuera inferior al precio prefijado para el canje se produciría una pérdida en la inversión, mayor cuanto menor fuera el precio de cotización.

Por ello, el momento de determinación del valor de la acción convertida se muestra fundamental para que el cliente se haga una representación del riesgo especulativo que asume [...]Vemos pues que lo relevante en este producto no es tanto que el cliente supiera que tras el vencimiento recibiría acciones del Banco Santander, pues tal resultado de la inversión no es el "riesgo" asumido. Si cuando se produce el canje el cliente hubiera percibido acciones que en ese momento se valoraran en el importe de la inversión (en nuestro caso 40.000,00 €) ningún riesgo habría asumido con la operación; el riesgo sería el posterior al canje con la evolución de "sus" acciones. El verdadero riesgo, propio del negocio además de la evolución del Euríbor para el percibo de la remuneración, está en que precisamente por la fecha de valoración de la acción, no a la fecha de canje (por tanto no de "su" acción) sino a la fecha de emisión de las obligaciones, podía producirse - como así ha sucedido - una importante desviación patrimonial entre lo entregado inicialmente y lo percibido en acciones tras el canje. Esta circunstancia puede pasar desapercibida a un cliente inexperto que puede por ello adquirir los " Valores Santander " sin ser verdaderamente consciente de los riesgos que asume de donde la existencia de error por falta de información y consiguiente representación mental equivocada sobre la naturaleza, característica y riesgos del producto puede provocar la anulación del contrato.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Por ello, conforme a lo ya razonado, se hacía necesario que la entidad financiera demandada prestara a su cliente una información comprensible y adecuada de las características de dicho producto y los concretos riesgos ya expresados que les puede comportar su contratación.

Como ya se ha pronunciado nuestro *tribunal Supremo en la sentencia anteriormente referida de 3 de febrero de 2016* "a información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. (...). Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (*Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre*)" [...] Con todo, lo relevante es que los Valores Santander eran un producto novedoso en el mercado financiero que podemos incluso calificar de "ingeniería financiera. Se diseña el producto "ad hoc" para obtener del ahorro de pequeños inversores los fondos necesarios para costear la OPA de ABN Amro, en un momento anterior a que se conozca si la referida adquisición llegará a buen fin, por lo que se capta el dinero de los ahorradores a través de una sociedad filial sin necesidad de realizar una ampliación de capital, lo que en su caso se llevaría a cabo con emisión de nuevas acciones sólo si se adquiere el nuevo banco, y, además, de forma escalonada (dependiendo de las solicitudes de canje en cada ventana voluntaria anual) [...] La publicidad con la que se ofertó el producto (documento 17 de la demanda) es, respecto a la información de los riesgos a que se ha hecho referencia, absolutamente nula. Se limita a decir que "Al cumplirse los 5 años los valores se convierten automáticamente en acciones del Santander, según los términos del folleto informativo registrado en la CNMV (2)" para concretar en la remisión (2) que "Salvo en caso de amortización anticipada, conversión obligatoria en el quinto aniversario con prima del 16% sobre cotización según fechas y condiciones recogidas en el folleto" por lo que, en una rápida lectura bien pudiera parecer que es en la "conversión" cuando se aplicaría el precio de la acción con la prima del 16%. Contrariamente a señalar riesgos el folleto es claramente potenciador de beneficios económicos, nunca de pérdidas ("La oportunidad ha vuelto", "aprovéchese de esta oportunidad").

La simple entrega ya en la fecha de suscripción de los valores del "tríptico informativo de la nota de valores registrada" en el que figura la cláusula de valoración resulta igualmente insuficiente. Y no lo consideramos suficiente en cuanto su redacción de por sí resulta enmarañada (así, para la valoración se expresó: ". media aritmética de la cotización media ponderada ...") y, lo que es más importante, se refleja precisamente tras los supuestos de "canje" (igualmente en redacción enmarañada: "En caso de emitirse las Obligaciones Necesariamente Convertibles y desde ese momento, los Valores pasarán a ser canjeables por las Obligaciones Necesariamente Convertibles. Éstas, a su vez, serán necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada vez que se produzca un canje de Valores, las Obligaciones Necesariamente Convertibles que reciban en dicho canje los titulares de los Valores canjeados serán automáticamente convertidas en acciones de



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Banco Santander.") por lo que, sin la necesaria explicación, volvemos a insistir, un cliente inexperto podría razonablemente confiar que cuando efectuara el canje de sus Valores se entregaría un número de acciones en correspondencia con el valor que estas tuvieran en la fecha del "canje" (el propio folleto publicitario - doc. 13 de la demanda - señala que "al cumplirse los 5 años los Valores se convierten automáticamente en acciones") y no en una fecha anterior (la de "emisión" de las obligaciones>>.

En resolución, y como advertimos al inicio de este fundamento jurídico, consideramos que los denominados "Valores Santander", calificados como producto "amarillo" por la propia entidad bancaria, reviste las características de un producto financiero complejo.

8

TERCERO. La falta de información y el perfil de los clientes. Siendo complejo el producto colocado a los apelantes, la única forma de que los mismos pudiesen obtener un correcto y completo conocimiento del destino de su inversión pasaba por la concurrencia de un triple requisito, a saber, que se les proporcionase información suficiente del producto, que dicha información se mostrase con claridad y fuese de fácil comprensión para que los clientes alcanzasen el conocimiento necesario del negocio en que se sumergían y, finalmente, que el banco se cerciorase tanto de que los clientes conocían el alcance de su inversión como que les era conveniente de acuerdo con su perfil. Y ninguno de los tres requisitos aparecen probados con el material probatorio aportado a la causa.

Cierto es que se entregó a los apelantes un tríptico informativo, a todas luces insuficiente y de capciosa explicación como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, pero no hay constancia exacta de que les fuese proporcionado antes de que consintieran la inversión, ni siquiera en su versión en borrador previo a la aprobación por la CNMV, que no tuvo lugar hasta el 19 de septiembre de 2007. Se ha acreditado documentalmente que el 3 y el 11 de septiembre se hacen por los apelantes sendos ingresos de 25.000 euros en la cuenta creada en la entidad apelada (folio 60 y siguientes), en concepto de "ampliación capital valores" y al folio 70 se documenta la denominada "orden de suscripción" por importe de 50.000 euros, aunque este documento carece de firma. Lógico es pensar que si ya los días 3 y 11 de septiembre los apelantes hicieron los ingresos es porque los mismos ya debían haber obtenido, con mayor o menor precisión, datos sobre el destino que iba a proporcionarse a dichas sumas transferidas. Y no teniendo cuenta abierta en la entidad apelada su destino no podía ser otro que el de la inversión objeto del litigio. De hecho, el 11 de septiembre de 2007 (folio 618) suscriben un documento denominado "contrato tipo de depósito y administración de valores" cuya finalidad, entendemos, les habría sido explicada a los clientes. Una lógica interpretación del devenir de los actos humanos apunta a que la inversión sucede a la información sobre su destino y no a la inversa. La parte apelada ha pretendido hacer creer, y parece que convenció al juez a quo, que los apelantes hicieron las transferencias sin conocer el destino que se iba a proporcionar a su dinero, esto es, sin una finalidad aparente, y que sólo a partir del 19 de septiembre se le proporcionó el dato del producto destinado a albergar y gestionar el producto de sus ahorros. Mas la Sala entiende que esta interpretación de los datos ni está debidamente acreditada mediante la oportuna firma de los contratos ni parece lógica.

9



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Sea como fuere, lo cierto es que, como hemos dicho, aun cuando hubiera constancia de que el tríptico, único material informativo, les hubiera sido entregado con anterioridad a la fecha de suscripción de la adquisición del producto, dicha información era además de insuficiente, poco clara.

Sin que tampoco pueda preterirse la confusión que puede generar entre personas legas en conocimientos financieros el que se firmase un documento intitulado "contrato tipo de depósito", cuya denominación parece apuntar a la suscripción de una modalidad de depósito

Y en modo alguno puede suplir la parquedad, confusión y oscuridad antedichas el que los apelantes firmasen un documento que contenía una cláusula en la que se incluye la mención de que han leído el tríptico informativo del producto y que "comprenden sus complejidades y riesgos". En primer lugar porque se trata de una cláusula estandarizada y vacía cuyo alcance negocial ha sido incluso negado por el *Tribunal Supremo*. Así, en su *sentencia de 12 de enero de 2015* -EDJ 2015/7310- proclama que <<se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la *sentencia núm. 244/2013, de 18 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. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto *C-449/13* , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista>>. Y en segundo término porque, como expusimos, de la lectura de dicho tríptico no se alcanza a comprender el alcance de la inversión.

Decíamos igualmente en la *sentencia de 25 de enero de 2017* antes mencionada: <<la obligación que tenía la entidad financiera que comercializó el producto financiero en orden a informar al cliente de las características y riesgos del mismo venía impuesta por la Ley de Mercado de Valores incluso antes de su reforma por la Ley 47/2007 que introdujo la normativa MiFID; obligación de información que es sustancialmente la misma que la posterior a tal reforma por más que hoy la regulación sea más clara y precisa que la existente con anterioridad.

Ya nuestro Alto Tribunal ha tenido oportunidad de señalar respecto a los deberes que imponía dicha anterior normativa, por todas *STS de 3 de febrero de 2016 (nº 21/2016, rec. 1454/2015 - ROJ: STS 319:2016, ECLI: ES:TS:2016:319)* que: "Como ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, *Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre* , y *547/2015, de 20 de octubre*), también con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...)».

10

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

« 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 y 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 en 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 acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

(...). En la medida en que no había entrado en vigor la reseñada normativa MiFID, no regía la exigencia de recabar el test de idoneidad (art. 79 bis.6 LMV), con la consiguiente valoración de que existió un asesoramiento. El test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



10. En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación (*sentencia 588/2015, de 10 de noviembre* , con cita de la anterior *sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014* , y *sentencia 742/2015, de 18 de diciembre*). >>

Tampoco consideramos que se haya realizado un estudio del perfil de los inversores para determinar si el producto les convenía y era idóneo a su condición inversora. Ciertamente es que en la época en que se suscribió el producto no era legalmente obligatorio confeccionar los cuestionarios de conveniencia e idoneidad impuestos por la transposición de la Directiva MiFID. Pero ni estaba prohibido ni, además, las entidades bancarias estaban relevadas de conocer el perfil de sus clientes cuando estos reclamaban o les eran colocados productos financieros complejos. Y, claro es, los datos que tuvo en cuenta la comercializadora del producto que declaró en el plenario se nos revelan del todo insuficientes: licenciados, de mediana edad y que ya habían negociado con acciones (este último dato no ha sido confirmado). También lo consideró así la CNMV en el informe personalizado emitido a instancias de los apelantes, cuando dice <<la entidad reconoce que no aplicó otro mecanismo para determinar el perfil del cliente más allá del juicio subjetivo del propio comercial que le atendió, sin que haya quedado acreditado la forma o criterios seguidos por la entidad para concluir que los Valores Santander se ajustaban a su perfil de riesgo e inversión>> (folio 60).

En el supuesto que se analiza en este expediente sólo contamos con las manifestaciones de la empleada del banco relativas a la idoneidad y conveniencia del producto en relación con unos clientes a los que acababa de conocer. Y los únicos datos que le interesaron fueron el que fueran licenciados y de mediana edad. También mencionó que el que habían tenido previamente acciones pero este dato no se ha confirmado. Por otro lado, el que fueran licenciados, o que hubiese uno de ellos sido administrador de una sociedad, no los convertía per se en expertos financieros o conocedores de estos productos ya que el Sr. Florian es licenciado en periodismo y la Sra. Olga en psicología, estudios muy distantes de los conocimientos financieros específicos que requiere una adecuada comprensión del producto que se les colocó.

En resolución, concluimos en este fundamento que ni se ha probado que se hubiese informado a los apelantes de forma clara y comprensible de la naturaleza, el funcionamiento y alcance del producto, ni tampoco que el mismo se ajustaba a su perfil de inversor.

CUARTO. El error. Para que el error, entendido como uno de los vicios del consentimiento, pueda determinar este y, por ende, invalidar el contrato, además de recaer sobre la sustancia de la cosa, o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrar el pacto - *artículo 1267 del Código Civil* - (esto es, ha de ser esencial), ha de ser excusable, entendido este concepto jurídico en el sentido de que pudiera ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, siempre teniendo en cuenta las circunstancias y condición



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



de la persona que lo padece. En supuestos como el que nos hallamos, la jurisprudencia entiende que el error es excusable cuando la parte contraria estaba obligada a suministrar determinada información y o no lo hace o lo hace de manera inadecuada o insuficiente. Exponente destacado de esta tesis es la doctrina que contiene la *sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014* que en el apartado undécimo de sus razonamientos jurídicos desglosa los requisitos necesarios para que pueda apreciarse el error vicio, a saber:

a) que la representación equivocada merezca esta consideración, "lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias";

b) que recaiga sobre el objeto o materia del contrato (*artículo 1261.2º del Código Civil*);

12

c) que sea esencial "en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa";

d) que las circunstancias erróneamente representadas han de haber sido tomadas en consideración cuando se gesta o se perfecciona el contrato: "lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual";

e) "que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad[.] la representación ha de abarcar tanto el carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error";

f) que sea excusable, esto es que ni con la diligencia exigible a cada contratante en las circunstancias que concurren se habría alcanzado a comprender qué se contrataba. En el ámbito de la excusabilidad hemos de resaltar que el hecho de ser empresario, incluso de haber estudiado derecho o economía, no proporciona per se conocimientos financieros, ni de matemática financiera, ni sobre productos de inversión financiera, mercados secundarios, mercados de futuro, naturaleza y funcionamiento de permutas financieras.

Dice la mencionada resolución del Tribunal Supremo que <<por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero[.]Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar>>.

13

En *nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2016 -Rollo 369/2014* - señalábamos que <<en relación con el error invalidante en los contratos de inversión o de adquisición de productos o instrumentos financieros, y en especial cuando el inversor es un pequeño o mediando ahorrador, sin especiales conocimientos ni experiencia financiera y adquiere un producto complejo y alto riesgo, es preciso considerar tres factores; primero, que el inversor de ordinario no está familiarizado con el producto adquirido y desconoce sus características, operativa y riesgos que implica; segundo, que el producto implica un importante riesgo de pérdida de toda o parte de la inversión, del cual el inversor debe ser informado debidamente; y tercero, que el inversor y la entidad financiera no están en situación de equilibrio en el ámbito de la contratación, sino en una situación asimétrica, dado que mientras que la entidad tiene amplios conocimientos del producto objeto del contrato, que si es emisora ella misma ha creado o diseñado, y dispone de importantes medios para evaluar la situación del mercado y prever en la medida de lo posible su evolución, el cliente inversor carece de conocimientos financieros y de medios para conocer la situación del mercado y su previsible evolución. A todo ello debe añadirse una consideración sociológica derivada de escasa cultura financiera de la gran mayoría de los pequeños inversores, lo cual motiva que tales inversores confíen en el director o empleado de la entidad financiera que les comercializa el producto, en especial si son clientes habituales de la misma, y hace que sigan sus consejos en orden a adquirir el producto que les recomienda, creyendo que es el idóneo para sus intereses y objetivos, sin preocuparse, dado el crédito que conceden a la entidad de la que son clientes, de recabar una información complementaria o examinar con detenimiento los documentos que de modo preciso y detallado se refieren al producto adquirido, pues es sabido que raro es el cliente que se lee la llamada "letra pequeña" dado que su lectura es ardua y difícil de comprender para personas que no están familiarizadas con los términos jurídicos y financieros, y en todo caso el cliente confía en que el directivo o empleado de la entidad le ha ofrecido lo mejor para sus intereses>>.

La Sala, tras el análisis de la documentación aportada y el visionado de la vista oral del juicio, ha alcanzado, como se viene explicando, un convencimiento contrario al obtenido por el juez de primera instancia. Con la prueba aportada no se ha acreditado (I) ni que los apelantes hubiesen sido informados con claridad del producto que iban a adquirir, (II) ni que se hallasen los contratantes en situación de equilibrio a la hora de contratar,(III) ni que el producto fuese de comprensión sencilla, ni siquiera tras la lectura del tantas veces mencionado tríptico, (IV) ni



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



que, finalmente, fuese idóneo y conveniente en relación con el perfil minorista de los apelantes atendidos sus intereses personales de conservación del capital. Por consiguiente, consideramos que la sentencia de primer grado ha de revocarse, estimándose la demanda iniciadora del expediente por considerar que el consentimiento prestado por los demandantes fue viciado por error, lo que determinó la nulidad del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del Código Civil . Esto es, debe la entidad demandada devolver a la parte actora la cantidad invertida en la adquisición de los " Valores Santander ", 50.000 euros, más el interés legal devengado por dicha cantidad desde el 11 de septiembre de 2007 (fecha en que se realizó la segunda imposición), y ello en los términos de los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil ; debiendo los demandantes, a su vez, restituir al banco el importe íntegro percibido (bruto, no el neto percibido tras la retención del IRPF) por las remuneraciones derivadas del contrato durante su vigencia, con los intereses legales desde cada percepción, así como las acciones canjeadas y sus dividendos percibidos tras dicho canje obligatorio bien en acciones bien en capital¹⁴ -en este caso igualmente con sus correspondientes intereses legales desde su percepción -. Estas operaciones habrán de llevarse a cabo en el trámite de ejecución de sentencia.”

CUARTO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA SOBRE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

-I-Preliminar

Atendiendo a los términos en que quedó planteada la controversia y acción de anulabilidad ejercitada a continuación, resulta que la cuestión central a analizar no es sino la concurrencia del vicio de consentimiento en que se afirma se incurrió, debido a la falta de debida información por parte de la entidad demandada.

Se debe recordar que entre los requisitos esenciales proclamados en el art. 1261 CC se halla el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art 1282 del CC , y que será nulo, según establece a su vez el art. 1285 de dicho texto legal , si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de las derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio y si ello es así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón sí cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria, todo ello puesto en relación con la normativa aplicable a tales supuestos.

Ha de añadirse asimismo que para que el error invalide el consentimiento el mismo debe



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



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, de modo que se revele paladinamente su esencialidad, que no sea imputable a quién lo padece, y la existencia de un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (STS, Sala Primera, 14 y 18 febrero 1994 , y 11 mayo 1998), debiendo ser apreciada la excusabilidad valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Acerca de la excusabilidad del error ha de añadirse que para medir la misma el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte, apreciándose error excusable en casos en los que existe notoria asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato, refiriendo la

15 STS, Sala Primera, de 20 de enero de 2014: *"ordinariamente 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 financieras. 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 simetría 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", añadiendo que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero", y que "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".*

-II-Conclusiones probatorias

A la vista de la prueba practicada, declaraciones vertidas en juicio y documental dada por reproducida, que se valoran en su conjunto se llega a las siguientes conclusiones:

-1-la parte actora es una persona física que se considera consumidor minorista, inversor de perfil de riesgo conservador, sin experiencia en productos financieros complejos;



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



-2-en fecha de 12 de septiembre de 2007 la parte actora dio orden de suscripción de los denominados VALORES SANTANDER en importe de 80.000 euros; que según reza la demanda no se comercializó con la actora dicho producto como un “producto financiero de riesgo” y que se le ofreció como un “mero bono o plazo fijo simple por el que se le ofrecía un 7,5% de interés fijo y después una remuneración de euribor +2.75%”. Que según la testigo , empleada de la demandada, y tachada por la actora, manifestó que buscó al actor porque lo tenía entre sus cartera de inversores y que ya “habían tenido productos similares”; que a esa conclusión no se puede llegar a la vista de la documental (4 contestación) sobre las inversiones del actor, que aparece como propietarios de acciones de BBVA, SA , ALTADIS SA y TELEFÓNICA SA, entendiéndose que la inversión en acciones de dichas compañías, no puede considerarse como un producto financiero complejo, y a mayor abundamiento, las mercantiles citadas se trata de compañías que notoriamente llevan años en la bolsa española, son compañías d egran capitalización, internacionales y sobradamente conocidas para cualquier español, no considerándose en modo alguno como una inversión, permitase, “exótica”, y que encaja con el perfil de riesgo conservador, o de inversor conservador alegado por la parte actora;

16

-3- que este juzgador considera que con la prueba aportada, y de los razonamientos dados y acogiendo los de la jurisprudencia expuesta sobre este tipo de productos de comercialización nacional y en masa, que no se ha acreditado: (I) ni que el actor hubiese sido informado con claridad del producto que iban a adquirir, ya que se parte de la suposición errónea, admeás de lo ya expuestos, por el personal del banco que le captó como inversor que los Valores Santander son equivalentes a acciones; (II) ni que se hallasen los contratantes en situación de equilibrio a la hora de contratar; así el señor es una persona física que se considera consumidor minorista, inversor de perfil de riesgo conservador, sin experiencia en productos financieros complejos, y la otra parte contratante es una entidad bancaria cuyo objeto de comercio son los contratos bancarios, que quien le atendió fue una empleadaque, por contra si tenía experiencia y formación específica en este tipo de productos, (III) ni que el producto fuese de comprensión sencilla, ni siquiera tras la lectura del tantas veces mencionado tríptico, (IV) ni que, finalmente, fuese idóneo y conveniente en relación con el perfil minorista de los apelantes atendidos sus intereses personales de conservación del capital.

Por consiguiente, se debe estimar la demanda iniciadora del expediente por considerar que el consentimiento prestado por el actor fue viciado por error, lo que determinó la nulidad del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del Código Civil . Esto es, debe la entidad demandada devolver a la parte actora la cantidad invertida en la adquisición de los " Valores Santander ", 80.000 euros, más el interés legal devengado por dicha cantidad desde el 12 de septiembre de 2007, suscripción, y ello en los términos de los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil ; debiendo los demandantes, a su vez, restituir al banco el importe íntegro percibido (bruto, no el neto percibido tras la retención del IRPF) por las remuneraciones derivadas del contrato durante su vigencia, con los intereses legales desde cada percepción, así como las acciones canjeadas y sus dividendos percibidos tras dicho canje obligatorio bien en acciones bien en capital -en este caso igualmente con sus correspondientes intereses legales desde su percepción -. Estas operaciones habrán de llevarse a cabo en el trámite de ejecución de sentencia.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



QUINTO: Al haber sido estimada la demanda, y de acuerdo con las previsiones del *artículo 394 de la LEC* , procede hacer expresa imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar la demanda interpuesta por frente a Banco Santander S.A.,y en consecuencia debo declarar la nulidad por error del consentimiento de la orden de compra de Valores Santander habido entre las partes del proceso de fecha de 12 de septiembre de 2007, y debo condenar y condeno a la demandada a devolver a la parte actora la cantidad invertida en la adquisición de los " Valores Santander " , 80.000 euros, más el interés legal devengado por dicha cantidad desde el 12 de septiembre de 2007, suscripción, y ello en los términos de los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil ; debiendo los demandantes, a su vez, restituir al banco el importe íntegro percibido (bruto, no el neto percibido tras la retención del IRPF) por las remuneraciones derivadas del contrato durante su vigencia, con los intereses legales desde cada percepción, así como las acciones canjeadas y sus dividendos percibidos tras dicho canje obligatorio bien en acciones bien en capital -en este caso igualmente con sus correspondientes intereses legales desde su percepción -. Estas operaciones habrán de llevarse a cabo en el trámite de ejecución de sentencia.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a todos los interesados haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a partir . de su . notificación,. para su posterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial, previo depósito de la suma de 50 euros.

Así lo .acuerdo, mando y firmo.

ES CONFORME con los originales a los que me remito y cumpliendo lo acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140.2 LEC en relación con el artículo 453.2 LOPJ, y para entregar a expido y firmo el presente en Arrecife a 2 de junio de 2020.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
