



NOTIFICACIÓN: 26/5/16 LDO: SR. ORTEGA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10
C/ Málaga nº2 (Torre 2 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 63 88
Fax.: 928 42 97 25

F dinario
M
M
M
F 016
IUP: LR2015095858

Intervención:
Demandante

Abogado:

Procurador:

Demandado BANCO SANTANDER S.A.
Perito Nuria Garcia Pascual
Perito

SENTENCIA

Las Palmas de Gran Canaria a 24 de mayo de 2016

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO MORALES MATEO, Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia Num. Diez de Las Palmas de G.C. y su Partido Judicial, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, promovidos por el/la Procurador/a Sr/a. Bordón Artilles en nombre y representación de Dª bajo la dirección del/la letrado/a Sr/a. Ortega García contra BANCO SANTANDER S.A. representado/a por el/la Procurador/a Sr/a. Curbelo Ortega bajo la dirección del Letrado/a Sr/a.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Bordón Artilles fue presentada demanda que turnada correspondió a este Juzgado, la que fue admitida por medio de auto en la que se ordenaba emplazar al demandado para que en el plazo establecido se personara en autos y contestara a la demanda.

SEGUNDO.- Verificado el emplazamiento, la demandada se personó en los autos y contestó a la demanda dentro del tiempo y forma, señalándose seguidamente día y hora para la audiencia previa al juicio, que tuvo lugar el día señalado compareciendo las partes personadas y ratificándose respectivamente en la demanda y contestación, solicitándose por ambas partes el recibimiento del juicio a prueba, el que fue recibido, se propusieron pruebas y se practicaron en el día del juicio señalado con el resultado que obra en autos las de interrogatorio de partes, pericial y testifical de la actora.

TERCERO.- La parte actora pretende se declare la nulidad por vicio del consentimiento por error a causa del incumplimiento de la demandada de informar a la actora conforme a la normativa protectora de los usuarios de banca de las ordenes de compra de dichos valores y contratos con la restitución de las prestaciones en concreto de los 170.000 euros invertidos menos rendimientos e ingresos cobrados.

La parte demandada se opone alegado también en síntesis que no existió vicio del consentimiento; que no se infringió la normativa bancaria y del mercado de valores; que no se infringió la normativa sobre consumidores y usuarios ni de las condiciones generales de contratación, que no ha existido incumplimiento contractual ni existe obligación de indemnizar daños y perjuicios,





CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto determinados plazos dado el cúmulo de asuntos que pesan sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Durante los meses de junio y julio de 2007 se formó un consorcio bancario entre las entidades Banco Santander, Royal Bank of Scotland 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 un millón cuatrocientos mil valores, con cinco mil euros de valor nominal unitario, emitidos a la par, esto es, por su valor nominal, garantizando el Banco Santander S.A. la emisión.

Los valores tenían diferentes características en función de si el consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro 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 renta 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 distribuable 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 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 subordinados 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 ordinarias 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. Y

4º.-) Los valores convertibles ciertamente no tenían el capital garantizado, pero su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía.

En todo caso, se trataba de un producto líquido, es decir podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, y tenían la solvencia del Banco Santander y la adicional de La Caixa respecto al 10 % del total de la emisión.

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.





En resumen, se trataba de un producto económicamente similar a la compra de acciones, por lo que el adquirente estaba asumiendo un riesgo de fluctuación atenuado por los intereses que recibía a cambio. Su único riesgo es la dependencia del valor del mercado de las acciones y el de la fecha de conversión de los valores en acciones.

Por tanto, y como conclusión de lo hasta aquí expuesto, - sin desconocer la existencia de resoluciones contrarias (tales como las SSAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 24 de enero de 2.013, de Cadiz (Sección 2ª) de 14 de enero de 2.014, de León (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2.014 y de Madrid (Sección 4ª) de 18 de julio de 2.014, que se citan por los recurrentes) -, considera este juzgador que el producto "Valores Santander " no puede ser calificado como producto complejo , como así se ha establecido en otras muchas resoluciones, entre las que pueden mencionarse las SSAP. de Ourense (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2.014, de Cáceres (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2.014, de Jaén (Sección 3ª) de 17 de enero de 2.014, de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 11 de febrero de 2.014, de Asturias (Sección 7ª) de 27 de marzo y 4 de abril de 2.014, de Zaragoza (Sección 4ª) de 14 de mayo de 2.014, de Cuenca (Sección 1ª) de 1 de julio de 2.014, y de Zaragoza (Sección 5ª) de 10 de julio de 2.014, Salamanca 27 de febrero de 2015.

SEGUNDO.- Dada la fecha en que se concertó el presente contrato, septiembre de 2017 no estaban en vigor la reforma derivada de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007.

En todo caso tal y como ha señalado la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014: "La existencia de esos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera, inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pero si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y le entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratando en qué consiste el error, le es excusable al cliente."

Hemos de analizar las circunstancias del cliente demandante en esta litis y de la actuación de la entidad financiera, para determinar si de ambos elementos deriva una presunción de error invalidante -que en tal caso tendría que ser destruida por la entidad financiera-, o bien por el contrario, bien por no tratarse la actora de una inversora no minorista, bien por haber cumplido la entidad demandada con todos los requisitos reglamentarios de información, corresponde al demandante la prueba de la existencia del error y de su inexcusabilidad.

Circunstancias subjetivas de la demandante actora.- Se trata de una cliente minorista de acuerdo con el art. 78 bis de la L.M.V., pues dentro de la clasificación de los clientes que ha de realizar la sociedad de inversión en clientes profesionales y minoristas, no cumple los requisitos del cliente profesional, y por tanto, como señala el inciso final del precepto, se trata de cliente minorista.





Dice el citado art. 78 bis L.M.V.: " Artículo 78 bis. Clases de clientes. 1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios. 2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales. b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar. c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras. Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio. e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas. La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los procedimientos que las entidades





establezcan para clasificar clientes.

1. *Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales."*

Pues bien, en este caso, se trata de una señora que ha trabajado como auxiliar administrativa sin estudios financieros sin relación alguna con los mercados financieros. Se trata de un perfil por tanto que no hace presumir que se trate de un inversor que puede tomar decisiones profesionales por sí solo en el mercado de la especulación de derivados financieros, ni se cumplen dos de los tres criterios que nominativamente cita el precepto para entender que nos hallamos ante un cliente profesional.

TERCERO.- *Deberes de la entidad financiera.*- Siendo una cliente minorista, el art. 79 bis citado exige que la sociedad de inversión obtenga información sobre los conocimientos y experiencia del cliente, y en otro caso "no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente". Además de ello, por supuesto, la entidad crediticia ha de cumplir los genéricos deberes para con todo cliente que especifica la norma: *"Información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, (que) deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales... A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias."* Estos deberes fueron aún más concretados en el R.D. 217/2008.

La respuesta a si la sociedad demandada cumplió con tales deberes ha de ser negativa. No se acredita una conveniente información previa a la contratación. La demandada insiste en que entregó a la actora de folleto informativo alguno o tríptico informativo en el que se resumen la características esenciales del producto en el momento o con anterioridad a la suscripción de la orden de compra; documento número 4 contestación al folio 266 de las actuaciones. La actora niega haberlo firmado en el momento de la suscripción y que lo firmó en el año 2015 cuando fue a retirar la documentación. Extraña a este juzgador que no se interesara por la demandada el interrogatorio de la actora sobre dicha cuestión.

En todo caso se hubiera firmado en el momento de la suscripción de la orden de compra, dicha entrega no cumple con la obligación impuesta al banco del deber de información puesto en relación con la complejidad del producto y el perfil de la demandante infra analizado. Dicho folleto que no tríptico esta redactado en un léxico incompresible para alguien ajeno a los mercados de valores como es la actora, no contiene ningún gráfico ni dibujo explicativo, ni se resalta en ningún momento que es un producto de riesgo ni que se trata de la adquisición de bonos convertibles en acciones de modo entendible para una persona de su formación.

CUARTO.- *Error vicio excusable.*- Pese a todo, el incumplimiento de los deberes legales por parte de la sociedad de inversión no significa sin más la apreciación del error del





consentimiento, y su excusabilidad, pues puede suceder que en el caso concreto el minorista tuviera un conocimiento suficiente del producto de inversión, o bien que esa falta de conocimiento que vició su voluntad se deba a su falta de diligencia. En el primer caso no habrá error invalidante; en el segundo lo habrá, pero la inexcusabilidad hará que no pueda invocarse como causa de anulabilidad del contrato. Ahora bien, como llevamos ya dicho, la infracción de deberes por parte de la sociedad de inversión invierte la carga de la prueba, subvierte la operativa habitual en el proceso del art. 217 de la L.E.C., de tal modo que es la sociedad demandada la que tiene que demostrar convincentemente que a pesar de la insuficiente información del producto en las fases pre y contractual, el inversor minorista obtuvo por otros cauces privados la información suficiente que impide apreciar el error propio u obstativo (según discusión doctrinal) del art. 1266 del C.C. sobre la cualidades esenciales del derivado "swap" concreto -esencialidad del error-, o bien que incurrió en una falta de diligencia tal que de haberse comportado como un "buen padre de familia" hubiera deshecho el error mental que padeció y que le llevó a la contratación de los productos -inexcusabilidad del error-. No obstante, respecto al último requisito, ya la jurisprudencia ha señalado que el incumplimiento de los deberes de la entidad de inversión supone la excusabilidad del error, pues una vez sentado que el cliente sufrió el error esencial, si se vio privado de la información necesaria por parte del Banco, a la que tenía derecho de acuerdo con el marco contractual expuesto, ese error es excusable de por sí.

La STS 20/1/2014 al respecto de *la Jurisprudencia sobre el error vicio*. *"La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan.*

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de





causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige 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, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al 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. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida 12. El deber de información y el error vicio . 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 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.

...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 suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente."

Procede en atención a lo expuesto la íntegra estimación de la demanda.

QUINTO- En cuanto a las costas y en virtud del criterio de vencimiento objetivo que sanciona el artículo 394 de la L.E.C. han de ser impuestas a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo de estimar y estimo la demanda formulada por la representación procesal de D^a debo de declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de Valores Santander documento nº 2 de la demanda condenando a BANCO SANTANDER S.A. a que abone a la actora la cantidad de 170.000 euros menos los rendimientos e ingresos cobrados, más los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello con expresa condena en costas a la demandada, por ser así de justicia.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Itma. Audiencia Provincial de Las Palmas en el plazo de veinte días hábiles contados desde el siguiente de la notificación.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Publica en el día de su fecha, doy fe.

